

*El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*

(Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional)

---

Borrajo Iniesta, I.; Díez-Picazo Giménez, I.;  
Fernández-Ferreres, G.

Ed. Civitas, Madrid, 1995

**V**olver de novo ó eido do dereito, á tutela xudicial efectiva –aínda que sexa como recensor– é un reto que me vén imposto por esta monografía, ampla non tanto na súa extensión coma no seu enfoque, na que se aborda o tema do dereito á tutela xudicial dos dereitos fundamentais da persoa con tal incisión que, dando por supostas as grandes liñas da xurisprudencia constitucional, tenta unha revisión dalgún dos contidos heteroxéneos e asistemáticos fundamentalmente do artigo 24.1 da Constitución e, máis tarde, coa mesma intensidade e profundidade, do artigo 44.1 do mesmo texto constitucional.

Evidentemente, só un coñecemento da materia coma o que se demostra nesta obra permite analizar criticamente e ofrecer solucións a cuestións tan fundamentais na defensa dos dereitos dos cidadáns. Neste sentido, o libro que estamos a presentar é unha obra precisa, concienciada, exhaustiva, froito do estudio e da común experiencia como letrados dos seus autores ó servizo do Tribunal Constitucional, na que se leva a cabo unha análise, presidida pola obxectividade e a independencia, dos distintos aspectos problemáticos do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva e da protección que lles dispensa ós dereitos fundamentais da persoa o recurso de amparo, coa finalidade de contribuír á mellor e máis rematada defensa e protección xurisdiccional dos dereitos e liberdades fundamentais.

En canto á estrutura e contido do libro, adiantaremos que consta dunha introducción, seguida de tres capítulos sobre: as facetas problemáticas do dereito fundamental á tutela xudicial efectiva sen indefensión, a protección dos dereitos fundamentais mediante o recurso de amparo e, finalmente, as conclusións obtidas do estudio realizado.

Na **introducción** faise unha breve exposición das razóns que levaron á elaboración da obra, as súas pretensións e enfoque, poñendo previamente de manifesto as disfuncións do sistema de protección xurisdiccional dos dereitos fundamentais que, en tanto que contidos ou emanacións da dignidade humana, deben ser sempre respectados como base de lexitimación do sistema de organización do poder da sociedade. Non se procura unha fórmula máxica que resolva definitivamente os problemas que suscita o artigo 24.1 da Constitución, senón un diagnóstico dos puntos problemáticos existentes na xurisprudencia constitucional que desenvolveu o contido deste dereito fundamental, propoñendo, ó mesmo tempo, os seus posibles remedios e solucións, contribuíndo deste xeito á simplificalo complexo panorama doutrinal e xurisprudencial.

No **capítulo primeiro**, ante a existencia, a xuízo do seu autor, dunha xurisprudencia ambigua no desenvolvemento e protección do dereito á tutela xudicial efectiva na vertente do dereito a obter unha resolución xudicial sobre o fondo do asunto, proponse unha superación da doutrina xurisprudencial relativa ó acceso ós recursos e unha revisión da referida ó acceso á xustiza nun sentido estricto. O primeiro paso consistiría en deslindalas dúas manifestacións deste dereito fundamental, ó estaren confundidas na maior parte dos pronunciamentos do Tribunal Constitucional. Ademais, resulta necesario xerarquiza-

los distintos dereitos recollidos no artigo 24.1 CE, concedéndolle maior protección ó dereito de acceso á xurisdicción fronte ó dereito de acceso ós recursos legais. A xustificación que se nos ofrece parte da consideración de que o acceso ó proceso é determinante do acceso á xustiza ou dereito a obter unha resolución de fondo, mentres que o acceso ó recurso soamente é determinante para acadar unha revisión da sentenza de instancia. Engádese, a continuación, que a liña xurisprudencial do Tribunal Constitucional resulta criticable xa que o seu labor se traduce en ocasións en sentencias circunspectas e previstas nas que, en vez de controla-los requisitos condicionantes do acceso ó proceso dende a perspectiva da súa constitucionalidade, se descende ó caso concreto sen emprender maiores abstraccións.

En realidade, Borrajo Iniesta (que é quen materializa esta primeira parte da obra) é partidario dunha maior potencialidade do dereito de acceso á xustiza, erradicando os titubeos que ás veces o limitan na súa aplicación práctica. A última razón xustificativa desta proposta atópase no razoamento consistente en que o acceso ó proceso é moito máis transcendente para satisfacer-lo dereito á tutela xudicial efectiva, a diferenza do que sucede co dereito ós recursos xa que o seu exercicio contravén, segundo o prisma do autor, o dereito do favorecido pola sentenza de instancia a obter-la súa execución sen dilacións indebidas. A solución que se amosa parte dunha análise pormenorizada e da conseguinte revisión da doutrina xurisprudencial sobre o dereito ós recursos na que, se ben parece axeitado mante-lo nivel de protección dispensado ó dereito ó recurso no ámbito penal, non é posible dici-lo mesmo respecto da referida doutrina nas restantes ordes xurisdiccionais nas que se debería emprender unha reforma tendente a consolidar-la doutrina xurisprudencial máis estricta, abandonando definitivamente aquela outra tendente a favorecer-lo acceso á tutela xudicial efectiva de tódolos recorrentes. Cómpre, por tanto, superar-la confusión xurisprudencial existente pronunciándose aberta e definitivamente sobre o tema, dirixindo o esforzo do Tribunal Constitucional na dirección de obter-la definición do dereito ós recursos nas ordes xurisdiccionais civil, laboral e contencioso-administrativa coma o dereito a unha resolución fundada no dereito e non necesariamente sobre o fondo do asunto, permitindo calquera inadmisión dun recurso que non sexa arbitraria ou irrazoable, aínda que existan outras posibles interpretacións segundo as que sexa posible decretar-la admisión do recurso.

De seguido, Díez-Picazo Giménez aborda o tema da moti-

vación e congruencia das resolucións xudiciais, poñendo de relevo que non parece axeitado segui-la liña xurisprudencial definida polo Tribunal Constitucional tendente a considerar que infrinxen o dereito á motivación das resolucións xudiciais aqueles pronunciamentos da vía xurisdiccional ordinaria que sexan consecuencia directa dunha selección ou interpretación arbitraria ou manifestamente irrazoable da norma xurídica aplicable, xa que o labor de selección e interpretación das normas aplicables é algo que lles corresponde ós órganos xurisdiccionais ordinarios, en virtude do recoñecemento constitucional da exclusividade no exercicio da potestade xurisdiccional (art. 117.3 CE).

Polo que respecta á congruencia, tras considera-la xurisprudencia constitucional chégase á conclusión de que, se ben é certo que toda incongruencia ou alteración substancial dos termos do debate procesual xera indefensión ó violarse o principio de contradicción, existen nembargantes criterios moi diversos acerca de qué omisións ou excesos vulneran o artigo 24.1 CE. Dúas deben se-las ideas que han de guía-lo Tribunal Constitucional na difícil tarefa de discerni-lo camiño que se vai seguir: en primeiro lugar, máis que de incongruencia deberíase falar de indefensión ou falta de tutela xudicial efectiva; e, en segundo lugar, habería que identifica-la incongruencia unicamente cos supostos nos que a indefensión é consecuencia directa da falta de contradicción respecto dalgún pronunciamento do órgano xurisdiccional.

Finalmente, consideramos de interese destaca-la particular visión amosada polo autor desta parte da obra respecto do que se debe entender por prohibición xeral de indefensión. Novamente, tras expoñe-las posibles interpretacións do concepto, chega á conclusión de que a prohibición de indefensión ha de referirse ó respecto ó esencial principio de contradicción, de xeito que os contendentes dispoñan, en posición de igualdade, das mesmas armas e oportunidades de facer alegacións e probar canto estimen conveniente cara ó recoñecemento legal da súa tese. Estamos perante un dereito autónomo e distinto do dereito á tutela xudicial efectiva e dos dereitos recoñecidos no parágrafo segundo do artigo 24 CE, aínda que as conexións entre eles sexan moi estreitas.

O xuízo de indefensión, segundo unha abundante xurisprudencia constitucional, está constituído por seis elementos: a) a infracción da norma xurídica procesual; b) a privación ou limitación dos medios de defensa; c) a falta de imputabilidade ó

## BIBLIOGRAFÍA E RECENSIONES

xusticiable; d) o carácter definitivo e a falta de reparación da lesión do dereito fundamental de defensa; e) a carga de especifica-la defensa preterida; e f) o xuízo de incidencia.

Respecto do primeiro elemento abonde dicir que non é un elemento imprescindible xa que non é necesario en relación cos actos de comunicación procesual ou cando a indefensión proveña dunha norma correctamente aplicada e non da súa infracción, supostos estes últimos nos que o xuízo de indefensión debe conducir á inconstitucionalidade da norma. En segundo termo, é necesario que se produza unha limitación ou privación dos medios de defensa, isto é, da facultade de facer alegacións ou de propoñer e practicar probas ou ámbalas dúas cousas ó mesmo tempo. Segundo Díez-Picazo Gímenez, a regra que debe orientarnos para determinar qué situacións non causan indefensión consiste en desentenderse da configuración legal do dereito para atender ó seu contido esencial. En atención ó terceiro elemento, a falta de imputabilidade da lesión ó dereito de defensa supón que se empregou a dilixencia debida e que non houbo coñecemento extraprocesual, tendo en todo caso que probarse cumpridamente a mala fe ou negligencia, posto que non é posible nin lícito que o xusticiable asuma a carga de proba-la súa dilixencia ou o seu descoñecemento extraprocesual. Ademais, é preciso que a limitación da defensa non quedase sanada (por exemplo, mediante a posibilidade do xusticiable de realiza-lo trámite que inicialmente solicitou e lle foi denegado no seu tempo) e que o interesado puxese en coñecemento do órgano de instancia a privación ou limitación de que adoece o seu dereito constitucional á defensa, especificando neste momento o contido do que tería dotado os trámites de alegacións e/ou proba dos que se viu ilícitamente privado, regra da que loxicamente se exceptúan os casos nos que a indefensión se produciu na sentenza por terse extralimitado o órgano xurisdiccional respecto dos termos do debate. Por último, como xa adiantamos, é mester ademais que a indefensión lle cause un prexuízo ó recorrente, prexuízo que se podería ter evitado cunha satisfacción plena do dereito de defensa, xa que non habería indefensión se o medio de defensa preterido fose absolutamente non idóneo para o fin proposto ou se o xuíz xa o tivese en conta a través das alegacións ou probas da outra parte.

No **segundo capítulo** da obra, Fernández Farreres refírese ós aspectos procesuais do recurso de amparo dende a perspectiva da súa subsidiariedade. A Constitución de 1978 non sanciona o carácter subsidiario do recurso de amparo, pero tanto no ar-

tigo 43 coma no 44 da Lei orgánica do Tribunal Constitucional, o lexislador recoñece que a intervención do Tribunal Constitucional na defensa e protección dos dereitos fundamentais a través do recurso de amparo, é subsidiaria da actuación principal dos órganos xurisdiccionais competentes, polo que se establece con carácter xeral, como presuposto da admisibilidade do amparo constitucional, o previo esgotamento dos recursos utilizables así como a invocación, con ese motivo, do dereito fundamental presuntamente vulnerado.


En consecuencia, a subsidiaridade do recurso de amparo supón que hai que evitar que este recurso sexa un medio ordinario de protección e defensa dos dereitos fundamentais sen que previamente se lles concedese ós órganos xurisdiccionais ordinarios a posibilidade de remediar a lesión do dereito fundamental que o recorrente quere facer valer. Isto obriga o lexislador a organiza-las canles procesuais necesarias para garantirlle ó recorrente que non se verá abocado ó recurso de amparo como medio directo de defensa dos dereitos fundamentais, se ben, tendo presente que non se pode articular unha serie ilimitada de recursos xudiciais que poñan en dúbida a seguridade xurídica. Con todo, convén non esquecer, como moi acertadamente lembra o autor, que a tutela dos dereitos fundamentais non lle corresponde, nin primaria nin directamente, ó Tribunal Constitucional.

As consecuencias directas derivadas da asunción desta doutrina constitucional concrétnanse tanto na vixencia do principio do *favor actionis* no ámbito xurisdiccional ordinario, coma na esixencia de que o recoñecemento do amparo constitucional supoña a posibilidade de emendar a lesión do dereito fundamental efectivamente afectado. Neste sentido, Fernández Farreres entende que, malia non haber unha xurisprudencia constitucional definida, se deberían esgotar non só tódolos recursos utilizables na vía xurisdiccional ordinaria, senón tamén tódalas posibilidades de defensa das que dispoña o recorrente (por exemplo, un proceso declarativo plenario posterior á realización dun proceso sumario).

Nembargantes, non podemos esquecer a doutrina do Tribunal Constitucional referida ó recurso manifestamente improcedente, innecesario ou inútil, segundo a cal non se pode ampliar innecesariamente o prazo para interpoñer o recurso de amparo mediante a prolongación das actuacións xudiciais previas ou a utilización de recursos inexistentes ou manifestamente improcedentes. A solución fronte á ampla problemática que pode ori-

xinar esta doutrina en contraste coa necesidade de esgotar tódolos recursos da xurisdicción ordinaria con carácter previo á interposición do recurso de amparo constitucional, esixe, segundo o autor, abandonar ou aplicar moi excepcionalmente a doutrina referida, de xeito que se lle conceda importancia en atención ás circunstancias concorrentes reveladoras, por exemplo, da mala fe do recorrente que, con motivo da instrucción dos recursos, fora xa advertido da firmeza da resolución recorrida. O último requisito que vén esixindo o Tribunal Constitucional con carácter previo á interposición do recurso de amparo é o referido á invocación na vía xurisdiccional ordinaria da lesión causada como consecuencia da infracción do dereito fundamental, invocación na que hai que precisa-la súa cualificación xurídica "tan pronto como, unha vez coñecida a violación, houbese lugar a isto" (art. 44.1.c) LOTC). Nembargantes, o propio Tribunal Constitucional prescinde en ocasións do requisito da temporalidade da invocación, causando un auténtico baleiro do requisito en cuestión ó permiti-la invocación da violación presuntamente cometida en calquera momento previo á firmeza da resolución. Novamente se fai unha chamada ó Tribunal Constitucional, coa declarada intención de que se manteña a unidade da doutrina xurisprudencial sobre o requisito da temporalidade da invocación, o que resulta, así mesmo, plenamente coherente coa subsidiariedade do recurso de amparo constitucional.

Finalmente, as vintecatros **conclusións** que pechan o estudio comentado resumen e sintetizan, con moi bo criterio, os principais aspectos tratados na monografía, incidindo moi especialmente naquelas que resultan dunha superación dos postulados da doutrina xurisprudencial constitucional no eido da tutela xudicial efectiva.

Evidentemente, o libro é de grande utilidade, non só dende unha perspectiva teórica senón tamén dende un punto de vista eminentemente práctico, ó poñer de manifesto os desaxustes e incoherencias dunha xurisprudencia necesitada, nalgúns aspectos, dunha profunda revisión crítica ó servicio da unidade xurisprudencial, da igualdade e, consecuentemente, da xustiza. 

Inés Celia Iglesias Canle  
Bolseira do MEC