

SEGUNDA PARTE
 LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS
 FUNDAMENTALES DE NATURALEZA PROCESAL
 EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL,
 1/2000 DE 7 DE ENERO

I. El sistema de protección de derechos fundamentales propuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero	61
1. Criterio de la Ley respecto a la protección de derechos fundamentales	61
2. Especial referencia al sistema propuesto por el legislador para la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal	62
II. La protección de los derechos fundamentales en particular: disposiciones singulares sobre preferencia y sumariedad en la Ley 1/2000 de 7 de enero	66
1. Recursos de apelación contra autos que no admitan demandas por falta de requisitos legales	66
2. Recurso de queja	68
3. Ejecución provisional y recurso de apelación contra autos que la deneguen	69
III. El nuevo sistema de recursos extraordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Su especial incidencia en los derechos fundamentales procesales	69
1. La función del recurso extraordinario por infracción procesal dentro del sistema de recursos extraordinarios diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil	72
2. El recurso extraordinario por infracción procesal. La polémica sobre su introducción	82
3. La función del recurso en interés de ley en el sistema propuesto por el legislador. El Tribunal Supremo como último intérprete procesal	94

SEGUNDA PARTE

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DE NATURALEZA PROCESAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL,
1/2000 DE 7 DE ENERO

I. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
PROPUESTO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, 1/2000
DE 7 DE ENERO

1. *Criterio de la Ley respecto a la protección
de derechos fundamentales*

Siguiendo la tendencia de incorporar la regulación de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en un ámbito concreto, a la legislación procesal general —tendencia que antes se había concretado en las Leyes de Procedimiento Laboral de 1990¹⁰⁸ y de Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998—, la LEC 1/2000 determina las vías procesales de protección de estos derechos en el ámbito civil. Sin embargo, en esta ocasión el legislador procesal no crea procedimientos especiales, sino que opta por canalizar la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales a los procesos y medios ordinarios que la misma Ley establece.

La opción entre establecer procesos especiales de tutela de los derechos fundamentales u optar por su protección a través de los procedimientos ordinarios es una cuestión ya ampliamente debatida en el ámbito español, y aunque en su generalidad la doctrina acepta esta opción como válida, no se coincide en la valoración de su oportunidad; ya tempranamente Pérez Tremps señaló que “una correcta construcción del sistema de garantías debe partir de valorar en sus justos términos, al menos tres datos: eficacia de los instrumentos ordinarios existentes, estructura de las normas que regulan el derecho y naturaleza y alcance de la violación o amenaza del derecho”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Como hemos visto, el proceso especial de protección de derechos fundamentales en este ámbito se introduce por el Real Decreto 521/1990, de 27 de abril, y actualmente se mantiene en los artículos 175-182 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por el Real Decreto 2/1995, de 7 de abril.

¹⁰⁹ Pérez Tremps, P., “Protección específica y protección general de los derechos fundamentales”, *Introducción a los derechos fundamentales*, 6a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 1777.

En la doctrina española, como es natural, encontramos varias posiciones existentes respecto del tema, por ejemplo, encontramos que para Gimeno Sendra y Garberí Llobregat se obtienen ventajas de celeridad por el empleo de procesos especiales, por lo que, en su opinión, es desaconsejable el uso de procesos ordinarios.¹¹⁰ Frente a este parecer se encuentran posiciones que cuestionan el sistema de procedimientos específicos, en esta tendencia podemos mencionar a Borrajo Iniesta, quien señala que el acudir a procesos especiales acarrea varios problemas, entre ellos, la disociación entre los derechos fundamentales y el resto del ordenamiento, distinción que no es real.¹¹¹ En el mismo sentido, Díez-Picazo Giménez, partiendo de la heterogeneidad de los derechos fundamentales, señala que es posible que “la mejor tutela de los derechos fundamentales se consiga en buena medida a través de las instituciones procesales ordinarias”.¹¹²

Como se ha dicho, la Ley 1/2000 asume plenamente esta última opción, que tiene una primera manifestación en la remisión al juicio ordinario (artículo 249.1, apartado 2), a las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. Además, el citado artículo establece que la tramitación de estos procesos tendrá carácter preferente. En coherencia con lo anterior, la LEC deroga los artículos que integraban la garantía civil de la LPJDFP.¹¹³

2. Especial referencia al sistema propuesto por el legislador para la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal

La remisión a la vía del juicio ordinario civil puede extenderse, sin mayores inconvenientes, a casi la totalidad de los derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, ya que las vulneraciones a estos derechos se

¹¹⁰ Cfr. Gimeno Sendra, V. y Garberí Llobregat, J., *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid, Colex, 1994, p. 41.

¹¹¹ Borrajo Iniesta, I., “Reflexiones acerca de la reforma que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, p. 30.

¹¹² Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42, p. 125.

¹¹³ Disposición derogatoria única, apartado 2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones:

3o. Los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

realizan en un ámbito extraprocesal, es decir, la mayoría de las ocasiones su vulneración es imputable a particulares. Sin embargo, como se ha puesto de relieve en el capítulo anterior, no es factible establecer la remisión a un proceso ordinario en los supuestos de vulneraciones a los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE, ya que la vulneración a estos derechos sólo puede producirse en el curso de un proceso y teniendo por sujeto activo a los propios órganos judiciales. Así pues, un tratamiento eficaz debe partir del reconocimiento del hecho que las vulneraciones a este tipo de derechos fundamentales son al mismo tiempo infracciones objetivas de la legislación procesal, y, por lo tanto, existirá dentro de la misma norma un específico sistema para poner de manifiesto la infracción y enmendarla, es decir, el tratamiento procesal.¹¹⁴

Por consiguiente, y reiterando lo señalado en el capítulo anterior, es absurdo plantearse el establecimiento de procesos especiales para tutelar la vulneración de derechos fundamentales en el seno de un proceso, pues, al margen de las paradojas inherentes a un proceso, implicaría el intento de unificar, en un sólo expediente procesal, una multiplicidad de expedientes procesales, cada uno con su respectivo tratamiento procesal.¹¹⁵ Sería, en una expresión quizá demasiado gráfica, intentar ponerle puertas al campo. En contraste, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales se canaliza de una forma natural a través de los distintos medios que la propia legislación procesal establece. Sin que esto obste para reconocer el problema —distinto por completo de la vía elegida para la protección de estos derechos— que representa el grado de eficacia que estos medios alcancen. Siendo, en nuestra opinión, este aspecto en donde deben concentrarse los esfuerzos de la doctrina, buscando su perfeccionamiento.

La LEC 1/2000, de forma coherente con la decisión de no regular un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales sustantivos, en el caso de los derechos fundamentales de naturaleza procesal,

¹¹⁴ En este mismo sentido, véase a Jiménez Campo, quien señala que el procedimiento del artículo 53.2 no se “acomoda” objetivamente para dar tutela frente a infracciones de derechos causadas por el Poder Judicial. En su opinión “no cabe un tratamiento procesal singularizado para aquellos derechos como el que reclama, con carácter general, el artículo 53.2. Falta para ello la condición objetiva de que estas garantías fueran «separables» o aislables del orden garantizador que es, en su conjunto, el derecho procesal”. *Cfr.* Jiménez Campo, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en Alzaga Villamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución...*, *cit.*, nota 9, pp. 504-506.

¹¹⁵ *Cfr.* Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42, p. 156.

establece medios para reparar la vulneración dentro del mismo proceso en que ha sido realizada, por lo que su tutela se encausa a través del sistema general de recursos establecidos en la misma Ley.¹¹⁶ Dado que los epígrafes y el capítulo siguiente se dedicarán al análisis detallado de los medios que se dedican a la protección de los derechos fundamentales, en el presente epígrafe nos concentraremos en realizar una introducción que señale las líneas generales del sistema diseñado por el legislador, subrayando los aspectos que, a nuestro juicio, representan una especial trascendencia en la tutela de derechos fundamentales de naturaleza procesal.

Así pues, en nuestra opinión, pueden encontrarse tres tipos de disposiciones en la LEC, que se dirigen a distintos ámbitos de tutela de los derechos fundamentales de índole procesal; estos tres tipos de normas integran distintos niveles o grados de protección que van desde una protección genérica hasta instrumentos dirigidos a supuestos específicos. En primer término pueden señalarse las disposiciones de carácter general relativas a la nulidad de los actos procesales, estas normas regulan una materia susceptible siempre de originar la necesidad de tutelar derechos fundamentales de índole procesal, sin que tenga sentido, por tanto, establecer una tramitación preferente.

Como es sabido, las reglas generales de la nulidad de pleno derecho están recogidas por el artículo 225 LEC, el cual señala que los actos procesales serán nulos de pleno derecho cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; cuando se realicen bajo violencia o intimidación; cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión, y cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria. Finalmente, se abre la posibilidad a cualquier otro caso en que así lo señale la propia LEC.

¹¹⁶ Esta decisión es destacada por el legislador en el apartado X de la exposición de motivos, en la que expresa:

“En cambio, respecto de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, cuya infracción puede producirse a lo largo y lo ancho de cualquier litigio, esta Ley descarta un ilógico procedimiento especial ante las denuncias de infracción y considera que las posibles violaciones han de remediarse en el seno del proceso en que se han producido. A tal fin responden, respecto de muy diferentes puntos y cuestiones, múltiples disposiciones de esta Ley, encaminadas a una rápida tutela de las garantías procesales constitucionalizadas...”.

En segundo término existen instrumentos procesales que, siendo de carácter general, incorporan disposiciones singulares que buscan otorgar preferencia y rapidez al tratamiento de las infracciones de derechos que nos ocupan. Es el caso de disposiciones relativas a recursos de apelación contra ciertos autos que inadmitan demandas, y a todos los recursos de queja. En virtud de que en el epígrafe siguiente abordamos cada uno de los supuestos en que a través de la *preferencia* y *sumariedad* se busca agilizar la protección de los derechos procesales, no realizaremos ningún comentario y pasaremos al último grupo de normas de tutela de estos derechos.

El tercer nivel de protección está integrado por las instituciones que pretenden ampliar e intensificar la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, nos referimos, al caso paradigmático de la reforma al régimen de recursos extraordinarios y el consiguiente establecimiento del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal. En nuestra opinión, este nuevo conjunto de disposiciones está dirigido a subsanar el déficit de tutela de estos derechos en el ámbito de la jurisdicción ordinaria civil, con lo que finalmente el legislador cumpliría con el mandato del artículo 53.2 que señalamos en el capítulo anterior.

Respecto del sistema de recursos extraordinarios propuesto por el legislador del 2000, se puede señalar que representa una de las principales innovaciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, al mismo tiempo, uno de los puntos que más han llamado a la controversia. Aunque es evidente que la *ratio* principal de la modificación del régimen de recursos extraordinarios se encuentra en la intención de precisar y perfeccionar la labor que desarrolla el Tribunal Supremo, debe destacarse que, al hilo de la necesidad de esta reforma, el legislador procesal aprovecha la oportunidad para introducir medios que intensifican la protección de derechos fundamentales de índole procesal.

En efecto, como se verá en detalle más adelante, mientras el recurso de casación se dirige a asegurar la creación de doctrina jurisprudencial de calidad, el diseño del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal tiene como finalidad intensificar la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. De esta manera, se observa que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 afronta las necesidades de protección de los derechos fundamentales y establece un sistema para su protección.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN PARTICULAR: DISPOSICIONES SINGULARES SOBRE PREFERENCIA Y SUMARIEDAD EN LA LEY 1/2000 DE 7 DE ENERO

En relación con la incorporación de esta clase de disposiciones singulares, señalaremos en primer término que la LEC entiende el concepto de sumariedad en un sentido amplio o vulgar, tal y como lo ha puesto de manifiesto la doctrina.¹¹⁷ Es por ello, que los preceptos legales que a continuación veremos únicamente se refieren de modo expreso a la preferencia, buscando alcanzar la sumariedad —entendida como rapidez en la tramitación— por medio de la configuración legal de estas instituciones procesales.

1. Recursos de apelación contra autos que no admitan demandas por falta de requisitos legales

Como bien ha señalado Gómez Amigo, el recurso de apelación al ser un recurso ordinario sirve para denunciar cualquier infracción que se entienda cometida durante la sustanciación en primera instancia. Por lo que incluirá las pretensiones de nulidad del juicio o parte de él, por la infracción de normas o garantías procesales que hayan podido causar indefensión.¹¹⁸

Sin embargo, deseamos destacar la disposición que establece que, se tramitarán preferentemente los recursos de apelación legalmente previstos, contra autos que inadmitan demandas por falta de requisitos que la ley exija para casos especiales. La LEC, en estos casos especiales, establece como parte de los requisitos de la demanda, que se deben acompañar por los documentos que justifiquen el título en que fundamenta la pretensión.¹¹⁹

¹¹⁷ La exposición de motivos señala en su párrafo X:

“...entender, conforme a unánime interpretación, que la sumariedad a que se refiere el citado precepto de la Constitución no ha de entenderse en el sentido estricto o técnico-jurídico, de ausencia de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba...”.

¹¹⁸ Gómez Amigo, L., “La protección judicial civil de los derechos fundamentales. En particular, su tutela a través de los recursos, en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de abril de 1997”, *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Escuela de Práctica Judicial de Murcia, Consejería de la Presidencia, 1997, p. 244.

¹¹⁹ Estos documentos que habrán de acompañar a la demanda, de acuerdo con el artículo 266 LEC, son los siguientes:

Evidentemente, al otorgar preferencia a la tramitación de los recursos de apelación contra autos de inadmisión de la demanda, lo que se pretende es garantizar uno de los derechos básicos de los justiciables, como es el derecho al proceso, es decir, “el derecho subjetivo público de quien solicita un concreta tutela de los tribunales a obtener una sentencia que se pronuncie sobre tal solicitud”.¹²⁰ El Tribunal Constitucional desde sus primeras sentencias —13/1981, de 22 de abril, 14/1982, de 21 de abril, por ejemplo— reconoció que este derecho al proceso, también mencionado como derecho a una sentencia sobre el fondo, se encuentra contenido en el genérico *derecho a la tutela judicial efectiva*. Así pues, se propone un cauce de revisión para garantizar que toda inadmisión de una demanda sea efectivamente declarada por una efectiva ausencia de requisitos y presupuestos procesales.

El mismo caso es el establecido por el artículo 736 LEC, que establece que contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar sólo cabrá recurso de apelación, al que se dará una tramitación *preferente*, ya que en realidad se está estableciendo de una vía de control sobre los pro-

1o. Las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable.

2o. Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos, cuando éste sea el objeto de la demanda.

3o. Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.

4o. El documento en que conste fehacientemente la sucesión “mortis causa” en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión.

5o. Aquellos otros documentos que esta u otra Ley exija expresamente para la admisión de la demanda.

El artículo transcrito ha de ponerse en relación con el apartado segundo del artículo 269 que establece:

2. No se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266.

¹²⁰ Cfr. Oliva Santos, A. de la *et al.*, *op. cit.*, nota 79, p. 88.

nunciamientos denegatorios de medidas cautelares. Medio de control que se encuentra vinculado a la inclusión de la denominada *tutela cautelar* en el derecho a la tutela judicial efectiva.¹²¹

2. Recurso de queja

Como es sabido, este recurso es instrumental respecto de los demás recursos devolutivos, su existencia se justifica porque en el ordenamiento español existe una primera fase de admisibilidad ante el órgano jurisdiccional *a quo*, quien ha emitido la resolución impugnada. De no existir la posibilidad de revisar la inadmisión un recurso devolutivo, la recurribilidad de una resolución quedaría bajo el arbitrio del mismo órgano que la dicta.

En cuanto a su naturaleza, es pacífico aceptar por la doctrina que se trata de un recurso instrumental, pues está en función de la inadmisión de otro recurso. Igualmente se acepta que se trata de un recurso devolutivo, pues se interpone ante el órgano superior jerárquico del que dictó la resolución impugnada. Aunque la mayoría de la doctrina señala que se trata de un recurso ordinario, pues no se establecen en la Ley motivos tasados,¹²² se ha señalado que se trata de un recurso extraordinario, pues su especial función sólo permite su interposición ante las resoluciones denegatorias de admisión de recursos devolutivos y circunscrito a los motivos que busquen poner de manifiesto que la inadmisión fue indebida.¹²³

Desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, el recurso de queja juega un papel de especial trascendencia, ya que se dirige a garantizar el derecho de acceso a los recursos. Entendiendo este derecho, no como que las leyes deben establecer recursos —lo cual sólo es válido en el ámbito penal—, sino como derecho a pedir y obtener tutela por los cauces de los recursos que las leyes prevean.

Así pues, el recurso de queja contribuye a que las normas que establecen causas de inadmisión y requisitos o presupuestos de admisibilidad de los recursos sean interpretadas, “no tanto en el sentido más favorable a la viabilidad del recurso, sino de modo que no sea manifiestamente «arbitrario o irrazonable»”.¹²⁴ Lo anterior justifica que el artículo 494 LEC establezca que los recursos de queja se tramitarán y resolverán con carácter preferente.

¹²¹ *Ibidem*, p. 423.

¹²² Véase Ortells Ramos, M., *Derecho procesal civil*, Pamplona, Aranzadi, 2000, p. 526.

¹²³ Díez-Picazo Giménez, I. y Oliva Santos, A. de la, *op. cit.*, nota 71, p. 484.

¹²⁴ *Cfr.* Oliva Santos, A. de la *et al.*, *op. cit.*, nota 79, p. 421.

3. *Ejecución provisional y recurso de apelación contra autos que la deneguen*

De la misma manera, al establecerse en el apartado 4 del artículo 527 LEC que contra el auto que deniegue la ejecución provisional se dará recurso de apelación, que se tramitará y resolverá con carácter *preferente*, se está generando una vía para tutelar el derecho a un proceso de ejecución (integrado en la interpretación del artículo 24 CE en una línea doctrinal que se inicia con las STC 32/1982, de 7 de junio, y continuada en las SSTTCC 58/1983, de 29 de junio, 92/1988, de 23 de mayo, y 107/1992, de 1 de julio).

III. EL NUEVO SISTEMA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000. SU ESPECIAL INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES

Aún a riesgo de simplificar demasiado, y siguiendo un orden inverso a las exposiciones que se centran en los aspectos procesales, trataremos de describir las líneas generales de este nuevo régimen, para posteriormente analizar, con un grado más de detalle, las finalidades que se pretenden alcanzar con este sistema. Con este orden expositivo, se busca aportar una visión global del régimen de recursos extraordinarios de esta Ley, y sus implicaciones frente al problema que representa instituir vías de tutela para los derechos fundamentales de naturaleza procesal.

En primer lugar, debemos mencionar al recurso de casación que, residenciado ante la sala de lo civil del Tribunal Supremo, procede por el único motivo de infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. De acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, se consideran recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las audiencias provinciales cuando se dicten para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución; cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas, y cuando la resolución del recurso presente interés casacional.¹²⁵

¹²⁵ De acuerdo con el artículo 477.3 LEC se considerará que existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a:

a) Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo;

En segundo lugar, haremos mención del recurso extraordinario por infracción procesal, de especial interés para los fines de nuestra investigación. Este es un recurso de nulidad procesal dirigido contra las resoluciones dictadas por las audiencias provinciales que pongan fin a la segunda instancia, y se residencia ante las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia.

El recurso extraordinario por infracción procesal hereda de la casación por quebrantamiento de forma buena parte de los motivos que fundan su interposición, como son las infracciones de las normas sobre jurisdicción y competencia, infracciones de las normas procesales reguladoras de la sentencia, o infracciones de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Sin embargo, destaca el último de los motivos para su interposición: la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Es con la inclusión de este motivo donde se advierte la intención del legislador de ofrecer una respuesta sistemática a la necesidad de protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal; trataremos con detalle este tema más adelante.

Uno de los elementos más importantes de la LEC en relación con los dos recursos mencionados es el hecho que las partes legitimadas deberán optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación. De acuerdo con el artículo 466 LEC, si se preparan por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos, se tendrá por inadmitido el recurso de casación.¹²⁶

b) Resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales; o,

c) Aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

¹²⁶ En estrecha relación con este aspecto, el artículo 488 LEC establece que cuando litigantes de un mismo pleito opten, cada uno de ellos, por distinto recurso extraordinario, el que se funde en infracción procesal se sustanciará por el tribunal competente con preferencia al de casación, cuya tramitación, sin embargo, será iniciada y continuará hasta que se decida su admisión, quedando después en suspenso. Posteriormente, si se dicta sentencia desestimatoria del recurso por infracción procesal, se comunicará de inmediato al tribunal competente para la casación, con el fin de que de inmediato declare el alzamiento de la suspensión y se tramite el recurso. En cambio, si se estima el recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación presentado quedará sin efecto.

La alternatividad mutuamente excluyente de estos recursos extraordinarios es, quizá, el aspecto más controvertido del régimen de recursos extraordinario propuesto en la LEC, sin embargo, como veremos más adelante, esta característica es necesaria para la coherencia interna del modelo de Tribunal Supremo creador de doctrina jurisprudencial con *auctoritas* que la Ley se propone.¹²⁷ Una vez hecha la descripción esquemática de los recursos extraordinarios en la nueva LEC 1/2000, pasaremos a analizar las finalidades de la reforma, pues a nuestro juicio, es en este aspecto donde destacan la determinación de intensificar la tutela de derechos fundamentales de naturaleza procesal.

Como evidencia la lectura de la exposición de motivos, la finalidad principal del legislador, al modificar el régimen de recursos extraordinarios, es potenciar la creación de doctrina jurisprudencial de calidad por el Tribunal Supremo.¹²⁸ Por ello, partiendo de la preocupación por una efectiva tutela judicial, se abordan los problemas en que se encontraba el recurso de casación durante la última etapa de vigencia de la LEC de 1881. Estos se pueden resumir en que era un recurso utilizado hasta saturar la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en consecuencia, con una

¹²⁷ La parte relativa del apartado XIV de la exposición de motivos señala: “Nada tiene de heterodoxo, ni orgánica ni procesadamente y menos aún, si cabe, *constitucionalmente*, cuando ya se han consumido dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso extraordinario de casación y exigir a quien esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda, simultáneamente, la revisión de infracciones de Derecho sustantivo.

Si se está persuadido de que se ha producido una grave infracción procesal, que reclama reposición de las actuaciones al estado anterior a esa infracción, no cabe ver imposición irracional en la norma que excluye pretender al mismo tiempo una nueva sentencia, en vez de tal reposición de las actuaciones. Si el recurso por infracción procesal es estimado, habrá de dictarse una nueva sentencia y si ésta incurriere en infracciones del Derecho material o sustantivo, podrá recurrirse en casación la sentencia, como en el régimen anterior a esta Ley”.

¹²⁸ Esto se puede encontrar en el apartado XIV de la exposición de motivos:

“Con la convicción de que la reforma de la Justicia, en este punto como en otros, no puede ni debe prescindir de la historia, de la idiosincrasia particular y de los valores positivos del sistema jurídico propio, la tendencia de reforma que se estima acertada es la que tiende a *reducir y mejorar, a la vez, los grados o instancias de enjuiciamiento pleno de los casos concretos para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los sujetos jurídicos, circunscribiendo, en cambio, el esfuerzo y el cometido de los tribunales superiores en razón de necesidades jurídicas singulares, que reclamen un trabajo jurídico de especial calidad y autoridad*” (las cursivas son nuestras).

tramitación temporalmente excesiva y, además, sin que fuera procedente frente a un amplio abanico de materias.¹²⁹

Es de este conjunto de circunstancias, que dificultan el cumplimiento de las funciones del Tribunal Supremo, de donde surge la intención de hacer una revisión crítica de la correspondencia entre finalidad y funcionamiento de los recursos extraordinarios.¹³⁰ De la reflexión surge la necesidad de superar la idea, muy extendida en la práctica, del recurso de casación como una necesaria tercera fase procesal, para la determinación del derecho en el caso concreto.

Por lo anterior, se decide potenciar la función del recurso de casación como medio de creación de criterios de jurisprudencia, y por ende, potenciar la función del Tribunal Supremo como órgano creador de doctrina jurisprudencial de calidad. Paralelamente, se opta por intensificar la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal por la jurisdicción civil ordinaria. Es este objetivo el que más nos interesa para los fines de nuestro trabajo, y en él tiene su fundamento la configuración del recurso extraordinario por infracción procesal. Pasaremos a comentar estos objetivos en detalle.

1. La función del recurso extraordinario por infracción procesal dentro del sistema de recursos extraordinarios diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil

La finalidad que, de acuerdo con el régimen propuesto por la LEC, desempeña el recurso extraordinario por infracción procesal es la de generar un cauce de protección de los derechos procesales de los justiciables. En efecto, si se tiene en cuenta quiénes son los órganos competentes, las facultades que se les otorgan y los motivos por los que se puede interponer, se llega a la conclusión de que este recurso se dirige a la pro-

¹²⁹ Todos estos aspectos son de sobra conocidos y comentados, basta para ejemplificarlo los datos y las conclusiones sobre este recurso que se exponen en Consejo General del Poder Judicial, Libro Blanco de la Justicia, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 170 y ss.

¹³⁰ De la Oliva Santos, al exponer los criterios de este nuevo régimen de recursos extraordinarios, afirma que la LEC 1/2000 pretende una casación que se pueda insertar dentro del nuevo marco de finalidad y funciones de la casación y de los tribunales supremos que se está dando a nivel mundial. *Cfr.* “Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales”, *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 2000, p. 127

tección del *ius litigatoris*, otorgando a los justiciables un instrumento/medio de impugnación para la protección de sus derechos procesales.

La anterior afirmación se sustenta en el análisis de la reforma del sistema de recursos extraordinarios que se propone en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se plantea como la respuesta del legislador¹³¹ al problema de la saturación de la Sala Primera del Tribunal Supremo ante un exceso de recursos de casación, utilizados, en muchas ocasiones, de forma irresponsable, y que había redundado en una tramitación excesivamente prolongada de los procesos. Además, hay que recordar la existencia de un importante conjunto de materias que se encontraban excluidas del acceso a la casación.¹³² Este conjunto de circunstancias condicionan el desarrollo de las funciones del Tribunal Supremo, y obligaba a plantearse la necesidad de hacer una revisión crítica de la correspondencia entre la finalidad y el funcionamiento de los recursos extraordinarios, con especial incidencia en el recurso de casación.¹³³

De esta manera, de acuerdo con el legislador,¹³⁴ la reforma buscó lograr tres finalidades. En primer lugar, se quiso terminar con la distorsión en el uso del recurso de casación, utilizado como una tercera fase procesal necesaria para la determinación del derecho en el caso concreto. La segunda finalidad buscada era la de potenciar o reforzar la posición del Tribunal Supremo como órgano vértice del Poder Judicial, favoreciendo su función de órgano creador de doctrina jurisprudencial de calidad. Estas dos primeras finalidades obligaban a un replanteamiento del recurso de casación y de su ámbito, que habría de limitarse a los recursos por infracción de ley y, por tanto, con exclusión de su competencia de los recursos de casación fundados en motivos procesales. Y, junto a lo anterior, el legislador decidió afrontar también el déficit de protección de los

¹³¹ La exposición de motivos señala que el origen de la reforma propuesta es la preocupación por la efectividad de la tutela judicial en lo referente a los problemas del recurso de casación. *Cfr.* párrafo XIV.

¹³² La problemática de la casación civil y del funcionamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo se encuentra recogida en El Libro Blanco de la Justicia, *cit.*, nota 129, pp. 170 y ss.

¹³³ De la Oliva Santos, al exponer los criterios de este nuevo régimen de recursos extraordinarios, afirma que la LEC 1/2000 pretende una casación que se pueda insertar dentro del nuevo marco de finalidad y funciones de la casación y de los Tribunales Supremos que se está dando a nivel mundial (*cf. op. cit.*, nota 130, p. 127).

¹³⁴ *Cfr.* la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en especial el ya citado párrafo XIV.

derechos fundamentales de naturaleza procesal,¹³⁵ estableciendo el recurso extraordinario por infracción procesal, que pretende intensificar, ante la jurisdicción civil, la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. A pesar de que nos centraremos en la última de las finalidades mencionadas, las tres se encuentran estrechamente ligadas, por lo que debemos entrar a comentar las primeras dos finalidades para poder desarrollar adecuadamente la tercera.

En relación con la intención de combatir el abuso del derecho a recurrir en casación, que en la exposición de motivos se enuncia como “el deseo de superar la idea del recurso de casación como una necesaria instancia para la determinación del derecho en el caso concreto”, debemos señalar que era evidente una deformación en la práctica del recurso de casación,¹³⁶ al existir un claro abuso de su utilización, con el fin de suspender la modificación de una situación ya declarada antijurídica por los tribunales de instancia. Esta idea se encontraba generalizada en la doctrina española, donde era ya un lugar común señalar la necesidad de la reforma para corregir las condiciones vigentes.¹³⁷

La Ley de Enjuiciamiento Civil parte de un reconocimiento de esta problemática, y busca su solución desde varios ángulos. Así, en términos generales, debe tenerse en cuenta la regulación que facilita la ejecución provisional, con lo que los recursos quedan privados de cualquier eventual sentido dilatorio. En relación más directa con el recurso de casación resulta aún más destacable la objetivación del interés casacional.¹³⁸ Se

¹³⁵ Véase *supra*, capítulo I.

¹³⁶ La exposición de motivos de la LEC, en su párrafo XIV expresa lo siguiente: “Por coherencia plena con una verdadera preocupación por la efectividad de la tutela judicial y por la debida atención a los problemas que la administración de justicia presenta en todo el mundo, esta Ley pretende una superación de una idea, no por vulgar menos influyente, de los recursos extraordinarios y, en especial, de la casación, entendidos, si no como tercera instancia, sí, muy frecuentemente, como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del Derecho en el caso concreto”.

¹³⁷ Véase Fernández Ballesteros, M. A. y Oliva Santos, A. de la, *Derecho procesal civil*, 4a. ed., Madrid, 1995, t. II, pp. 557 y ss.

¹³⁸ En este sentido, en la Ley 1/2000 se considera que concurre interés casacional no sólo mediante la fijación de un parámetro de cuantía elevada, sino además, existirá interés casacional en los asuntos sustanciados por razón de la materia cuando éstos sean resueltos contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o, si fuera el caso, de los tribunales superiores de justicia; o sobre cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. Igualmente concurrirá interés casacional cuando las normas cuya infracción se denuncie lleven en vigor menos de cinco años. En este último lapso de tiempo, no

abandona con ello la línea inspiradora de las reformas anteriores, que buscaban limitar el acceso a casación únicamente a través del aumento de la cuantía mínima para que el recurso fuera procedente.

A. Tribunal Supremo y casación: fortalecer la auctoritas de la doctrina jurisprudencial

Como se ha señalado por el propio legislador, durante la última etapa de vigencia de la LEC de 1881, se hizo evidente que existía una deformación en la práctica del recurso de casación,¹³⁹ derivada del abuso en su utilización, principalmente con fines dilatorios de una situación que ya ha sido declarada antijurídica por los tribunales de instancia. La Ley de Enjuiciamiento Civil afronta esta problemática abandonando la línea de las últimas reformas, que buscaban limitar el acceso a casación únicamente a través del aumento de la cuantía mínima para que el recurso fuera procedente se proponga la *objetivación* del interés casacional.

considera previsible que se haya podido establecer doctrina jurisprudencial, con la excepción de que sí exista tal doctrina sobre normas anteriores de igual o similar contenido.

Cfr. Artículo 477. Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

3o. Cuando la resolución del recurso presente interés casacional.

3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

¹³⁹ La exposición de motivos en la parte relativa del parágrafo XIV expresa lo siguiente:

“Por coherencia plena con una verdadera preocupación por la efectividad de la tutela judicial y por la debida atención a los problemas que la Administración de Justicia presenta en todo el mundo, esta Ley pretende una superación de una idea, no por vulgar menos influyente, de los recursos extraordinarios y, en especial, de la casación, entendidos, si no como tercera instancia, sí, muy frecuentemente, como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del derecho en el caso concreto”.

En este sentido, en la Ley 1/2000 se considera que concurre interés casacional, no sólo mediante la fijación de un parámetro de cuantía elevada, sino, además, existirá interés casacional en los asuntos sustanciados por razón de la materia, cuando éstos sean resueltos contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; o sobre cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. Igualmente concurrirá interés casacional cuando las normas cuya infracción se denuncie lleven en vigor menos de cinco años, lapso de tiempo en el que se considera previsible que sobre su interpretación no se habrá podido establecer doctrina jurisprudencial, con la excepción de que sí exista tal doctrina sobre normas anteriores de igual o similar contenido.¹⁴⁰

La configuración del interés casacional nos lleva al objetivo de potenciar la función casacional de creación de criterios de jurisprudencia, y por ende la función del Tribunal Supremo como órgano creador de doctrina jurisprudencial de calidad. En efecto, el recurso de casación tiene claramente desde su origen una finalidad distinta a la de aportar una nueva revisión del proceso. Históricamente, en la casación existe una función de *nomofilaxis* junto a otra de unificación de criterios interpretativos de las normas, funciones que tradicionalmente configuran el interés público, el *ius constitutionis*, junto a éstas, pero claramente instrumental, se estableció el interés de los particulares, el *ius litigatoris*.

En los últimos tiempos, y enmarcada en un ámbito de reflexión sobre el papel de los máximos órganos jurisdiccionales de un ordenamiento jurídico, la función casacional de establecer doctrina jurisprudencial revestida de especial *auctoritas* se ha señalado como la principal de los recursos extraordinarios.¹⁴¹ La Ley 1/2000 busca potenciar esta función al optar por dar un nuevo contenido a los motivos de la casación civil y eliminar de ellos las impugnaciones de infracciones de normas procesales. Con esta decisión se busca mejorar las condiciones en las que realizará sus labores el Tribunal Supremo, lo que redundará en reforzar la *auctoritas*. El modelo elegido es un tribunal creador de doctrina jurisprudencial de calidad, integrado por pocos magistrados —número reducido de integrantes para posibilitar la uniformidad en los criterios—, y que lógicamente conozca de pocos casos, pero éstos de especial trascendencia.

La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, considera que el recurso de la configuración del interés casacional se encuentra estrechamente ligado al

¹⁴⁰ Véase la parte relativa del artículo 477 LEC.

¹⁴¹ Cfr. Taruffó, M., *Saggi sulla casazione civile*, Padua, 1997.

segundo de los objetivos de la reforma del régimen de recursos extraordinarios que hemos señalado: desarrollar la función del Tribunal Supremo como órgano creador de doctrina jurisprudencial de calidad, al favorecer la función casacional de creación de criterios de jurisprudencia. Se puede afirmar que ésta es la finalidad principal de la reforma que en esta materia fue propuesta por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el recurso de casación tiene claramente desde su origen una finalidad distinta a la de aportar una nueva revisión del proceso; su existencia está ligada al interés en controlar la labor de interpretación y aplicación judicial de la ley, y en evitar que se aparte de lo determinado por el legislador.

La casación surge como medio de proteger la actividad del legislador frente al juez,¹⁴² por lo que la función nomofiláctica es consustancial a este recurso, junto a la función de unificación de los criterios interpretativos de las normas.¹⁴³ Ambas funciones tradicionalmente configuran el interés público —denominado frecuentemente *ius constitutionis*— al que responde el instituto de la casación; y junto a estas funciones, con un carácter más instrumental, se reconoció el servicio del recurso al interés de los particulares —esto es, la tutela a través de la casación del llamado *ius litigatoris*—.

La casación debe ser el instrumento principal del Tribunal Supremo en la función de producción de criterios jurisprudenciales de calidad.¹⁴⁴

¹⁴² A este respecto, la doctrina ha señalado que el surgimiento del recurso de casación se halla en la preocupación por proteger la ley, en tanto emanación perfecta de la voluntad popular, de las distorsiones que implica la interpretación de los jueces. Por todos véase Calamandrei, P., *La casación civil*, trad. de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Argentina, 1945, t. II, pp. 59 y ss.

¹⁴³ Cfr. Taruffo, M., “Funzioni e problemi attuali della Corte de Cassazione”, *Il vertice ambiguo*, Bolonia, 1991, p. 168.

¹⁴⁴ Esto se puede encontrar expresamente en varios párrafos del párrafo XIV de la exposición de motivos:

“Con la convicción de que la reforma de la Justicia, en este punto como en otros, no puede ni debe prescindir de la historia, de la idiosincrasia particular y de los valores positivos del sistema jurídico propio, la tendencia de reforma que se estima acertada es la que tiende a *reducir y mejorar, a la vez, los grados o instancias de enjuiciamiento pleno de los casos concretos para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los sujetos jurídicos, circunscribiendo, en cambio, el esfuerzo y el cometido de los tribunales superiores en razón de necesidades jurídicas singulares, que reclamen un trabajo jurídico de especial calidad y autoridad.*”

La presente Ley ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación. En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mer-

De hecho, la función casacional de establecer doctrina jurisprudencial revestida de especial *auctoritas* se ha señalado como el objetivo principal de los recursos extraordinarios.¹⁴⁵

Para lograr esta finalidad es necesario transformar las condiciones en las que el Tribunal Supremo realiza su labor. El modelo elegido es el de un tribunal creador de criterios jurisprudenciales que por la calidad le otorguen una especial *auctoritas*. Y para lograrlo, el Tribunal Supremo debe estar integrado por pocos magistrados —sólo un número reducido de integrantes posibilita la uniformidad en los criterios—, que conozcan de pocos casos, aunque de especial trascendencia.¹⁴⁶ Es necesario que la Sala Primera concentre su actividad en un número reducido de asuntos, pero que al mismo tiempo no existan materias que se encuentren excluidas del ámbito de su competencia funcional. En esta tesitura, la Ley de Enjuiciamiento Civil opta por replantear el ámbito del recurso de la casación civil y elimina las impugnaciones de infracciones de normas procesales, al reconocer que, por un lado atienden principalmente al *ius litigatoris* —interés que debe ser secundario para un tribunal con la función deseada— y que, en segundo término, en el sistema jurídico español las infracciones procesales se encuentran comprendidas entre los derechos fundamentales de naturaleza procesal —por lo que es el Tribunal Constitucional quien dicta la última palabra al respecto—.

Por otra parte, puede observarse que, al optar por un modelo de Tribunal Supremo con la finalidad de crear doctrina jurisprudencial, el legislador se acerca al modelo que se ha llamado de Corte Suprema, en el que la labor del órgano vértice del Poder Judicial se proyecta hacia el futuro, buscando establecer los criterios que favorezcan la interpretación más

cantil; en segundo término, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales; finalmente, *la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial*. Porque ésta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a ese instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy.

En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante —sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la *singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica*” (las cursivas son nuestras).

¹⁴⁵ Cfr. Taruffo, M., *op. cit.*, nota 143, p. 67

¹⁴⁶ Cfr. Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 2a. ed., Madrid, 2001, p. 16.

justa de las normas sustantivas, ya sean de nueva creación o de los nuevos problemas que la evolución de la realidad y, por tanto, del tráfico jurídico plantea.¹⁴⁷ En efecto, se busca evitar que el Tribunal Supremo busque la solución justa *del caso concreto* y se concentre en la búsqueda de la interpretación más justa *de la norma*; como se ha señalado, la búsqueda de la solución justa del caso concreto es una actividad que se dirige hacia el pasado, por lo que la uniformidad en la interpretación es sólo contingente.¹⁴⁸

De acuerdo con el sistema propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, la función primordial de la casación es la de obtener doctrina jurisprudencial que sirva de guía en la interpretación futura de las normas al resto del Poder Judicial, es decir, se busca favorecer el *ius consitutio-nis*. En consecuencia, es lógico no mantener la competencia del Tribunal Supremo en el ámbito del control de los vicios *in procedendo* dado que, como se ha dicho, tiende a la protección del *ius litigatoris*, además de ser una materia sobre la que podrá pronunciarse posteriormente el Tribunal Constitucional al realizar la interpretación última sobre el artículo 24 CE. A ello hay que agregar que la casación por motivos procesales ocupa una buena proporción de los recursos materiales y personales disponibles.

Esta decisión de excluir los motivos procesales de la casación, con fundamento en la superioridad del Tribunal Contitucional en materia de derechos fundamentales de naturaleza procesal, conlleva la necesidad de asegurar una mejor protección de estos derechos ante la jurisdicción civil, lo que conduce a la configuración del recurso extraordinario por infracción procesal.

B. Intensificación de la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal

De acuerdo con el legislador, la nueva configuración del recurso extraordinario por infracción procesal está basada en dos elementos del ordenamiento jurídico español:

De un lado, se halla la posibilidad de que el legislador decidiera no establecer un sistema de recursos extraordinarios en el ámbito civil, ya que la obligación de una segunda instancia sólo existe para la materia penal,

¹⁴⁷ Cfr. Taruffo, M., *op. cit.*, nota 143, p. 98.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 168.

y siempre que se trate de una sentencia de condena. De esta forma se entiende la afirmación del legislador de que era “perfectamente posible” que decidiera no regular ninguna clase de recurso extraordinario para las infracciones procesales.¹⁴⁹

El otro elemento que el legislador utiliza para fundamentar la nueva configuración del recurso extraordinario por infracción procesal es la afirmación de que las violaciones *in procedendo* son históricamente secundarias a la casación. En nuestra opinión, lo que el legislador quiere señalar con esta afirmación es que las vulneraciones procesales son ajenas a la finalidad a que se dirige la creación del recurso de casación. En efecto, y como demuestra Calamandrei, la finalidad del recurso de casación es asegurar que el Poder Judicial se conduzca con un exacto apego a la ley, en tanto emanación del principio de la voluntad popular. Son las vulneraciones del juez las que representan un auténtico peligro para la obra del legislador. De esta forma, el recurso de casación tiene su justificación en la búsqueda de un exacto cumplimiento del principio de la división de poderes, por lo que es su finalidad nomofiláctica la históricamente esencial.

Considerando que, por un lado, el legislador tiene un amplio margen constitucional de configuración del régimen de recursos y que, por otro, para el recurso de casación la finalidad esencial es la protección del interés público, sería asumible, en el plano teórico, la posibilidad de que se diseñara un sistema de recursos en el que los vicios *in procedendo* no tuvieran acceso a los recursos extraordinarios.

Sin embargo, debe considerarse que, por un lado, los recursos para depurar las infracciones procesales contribuyen a la buena marcha de los

¹⁴⁹ De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no existe con base en el artículo 24 CE una obligación de regular un sistema de recursos; sin embargo, se establece que, una vez existentes los recursos, sí existe la obligación de no vedar irrazonablemente el acceso a éstos: *cfr.* la STC 119/1998, de 4 de junio, que en su fundamento jurídico 1o. dice: “1. ...como viene señalando este Tribunal en constante doctrina..., el acceso a los recursos tiene una distinta relevancia constitucional que el acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el F. 5 de la STC 37/1995, ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)”.

procesos en lo particular y de la administración de justicia en general, aspecto donde resalta especialmente el *ius litigatoris*. Por otro lado, debe recordarse que el legislador no había cumplido plenamente con uno de los mandatos derivados de la Constitución española de 1978, en lo atinente a la obligación de establecer una vía de protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal ante la jurisdicción ordinaria, obligación derivada del contenido del artículo 53.2 de la CE.

En efecto, la constitucionalización o, más exactamente, la elevación a nivel de garantía constitucional de la mayor parte de los derechos subjetivos procesales a través del artículo 24 de la Constitución, ha complicado el cumplimiento del mandato del mencionado artículo 53.2 de la Constitución.¹⁵⁰ Esta cuestión es abordada por el legislador, que propone resolver la aporía planteada a través del recurso extraordinario por infracción procesal ante los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas.

De esta forma, encontramos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil —y en su régimen de recursos extraordinarios— una finalidad que, sin ser la principal —que ya hemos dicho es potenciar la calidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo—, produce un resultado muy importante: reforzar la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, a través de una vía expedita residenciada en la jurisdicción ordinaria. Se busca reparar de esta forma las vulneraciones a los derechos subjetivos de naturaleza procesal, y, en su defecto, que encuentren un camino franco hacia el recurso de amparo.

En otras palabras, dado que en virtud del artículo 123 de la Constitución el Tribunal Constitucional es la instancia suprema en lo relativo a las garantías constitucionales, la vulneración de estos derechos siempre podrá ser reclamada mediante amparo, razón por la que se opta por excluirlos del ámbito de la casación. Sin embargo, dado que en el ordenamiento español venía existiendo un déficit de protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, el legislador arbitra un recurso extraordinario, ante unos órganos jurisdiccionales que se encuentran prácticamente carentes de competencias en términos reales, ofreciendo a todo justiciable que se considere afectado en sus derechos procesales una vía no saturada para obtener la reparación de la infracción procesal o de sus

¹⁵⁰ Cuestión ya bastante destacada por la doctrina: véase por todos Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *Tribunal Constitucional...*, *cit.*, nota 42.

derechos fundamentales de naturaleza procesal, en un tiempo razonable. Entre los efectos directos de este planteamiento se espera que la resolución de las vulneraciones de estos derechos fundamentales se realice directamente ante los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, lo que a su vez tendría el efecto mediato o indirecto de aliviar la sobrecarga de recursos de amparo que por vulneraciones al artículo 24 CE se presentan ante el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, podemos afirmar que en el recurso extraordinario por infracción procesal encontramos como principal finalidad la protección del interés del particular afectado en sus derechos procesales, es decir, la finalidad del recurso es proteger el *ius litigatoris*.¹⁵¹ En menor medida, se le puede reconocer al recurso una función nomofiláctica, aunque muy acotada por las limitaciones de los efectos de la sentencia, ya comentados.

2. *El recurso extraordinario por infracción procesal. La polémica sobre su introducción*

Sentado lo anterior, parece adecuado analizar ahora las críticas que un sector de la doctrina española ha vertido sobre la inclusión del recurso extraordinario por infracción procesal en el nuevo régimen de recursos extraordinarios, poniendo en duda su apego a la Constitución. De acuerdo con este sector doctrinal, la inconstitucionalidad del régimen de recursos se puede sostener con fundamento en tres líneas argumentales: la primera alega que se vulnera el artículo 123.1 CE, en cuanto el nuevo régimen de recursos significa una pérdida de la superioridad del Tribunal Supremo, al sustraer de su ámbito competencial la interpretación de las normas procesales; la segunda objeción señala que se vulnera el artículo 14 CE en lo relativo al derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley; y la tercera línea argumental considera que el régimen de recursos extraordinarios causará una reducción en la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal.

¹⁵¹ Cuando se otorga preferencia a la protección del interés individual, lo que se busca es la solución justa del caso concreto, entrando en lo que Taruffo llama modelo de la tercera instancia de la casación, por lo que, entonces, la igualdad en la aplicación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia adquieren una importancia “contingente” (*cf.* Taruffo, M., *op. cit.*, nota 143, p. 168).

A. La supuesta vulneración del artículo 123.1 CE

El primero de los señalamientos de posible inconstitucionalidad del recurso extraordinario por infracción procesal es el que sostiene que el régimen de recursos extraordinarios vulnera la superioridad del Tribunal Supremo, establecida por el artículo 123.1 de la Constitución española. De acuerdo con esta crítica,¹⁵² dado que el control de las infracciones de leyes procesales o las vulneraciones a los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución queda excluido del recurso de casación, el Tribunal Supremo perderá la condición de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con lo que se contraviene lo establecido por el texto constitucional.

De conformidad con este punto de vista, la superioridad en el ámbito de la interpretación de las leyes procesales sería suplantada por los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, y, por tanto, estos tribunales actuarían en las materias procesales como tribunales supremos en el ámbito territorial respectivo de cada uno de ellos.

En este sentido, Gimeno Sendra afirma que esta articulación del régimen de recursos sólo podría corresponder a la organización jurisdiccional de un Estado federal, pero “en modo alguno se cohonesta con la configuración que efectúa la Constitución de nuestro Estado, que, aunque descentralizado, mantiene una forma unitaria”.¹⁵³

Podemos dividir el argumento en dos afirmaciones muy relacionadas, pero distintas: por un lado, ¿qué significa la superioridad del Tribunal Supremo por mor del artículo 123 CE?; y, por otro, ¿realmente el sistema propuesto en la LEC es el equivalente a un sistema propio de un Estado federal?

Para responder a la segunda cuestión es necesario acercarnos a las funciones del Poder Judicial en una Federación: de acuerdo con García-Pelayo, este Poder estará encabezado por un tribunal federal superior o supremo, que como mínimo tendrá las siguientes competencias: prime-

¹⁵² Cfr. Moreno Catena, V. *et al.*, *Derecho procesal civil. Parte general*, 3a. ed., Madrid, 2000, p. 412; Moreno Catena, V., *Prólogo a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Tecnos, 2000, p. X.

¹⁵³ Gimeno Sendra, V., “El recurso extraordinario por infracción procesal”, en Morón Palomino, M. (dir.), *El proceso civil y su reforma*, Madrid, 1998, pp. 413-420. La misma ponencia se encuentra también en Picó i Junoy, J. (dir.), *Presente y futuro del proceso civil*, Barcelona, 1998, pp. 303-310.

ro, resolverá los conflictos entre las entidades federativas; segundo, resolverá los conflictos entre las entidades y la Federación, y finalmente será competente en los asuntos que suscite la aplicación del derecho federal; junto a este tribunal supremo existirán diseminados por el territorio de la Federación un conjunto de órganos jurisdiccionales que se encargarán de aplicar el derecho federal.¹⁵⁴ Junto al Poder Judicial federal, en las entidades federativas existirá un poder judicial de ámbito local, que será encabezado por un tribunal superior en la entidad federativa, y que será el encargado de la interpretación y aplicación última del derecho propio de las entidades federativas; esta esfera competencial requiere un conjunto de tribunales locales para su aplicación, mutuamente excluyente entre las entidades y con la Federación. Sin embargo, también debe reconocerse que la organización judicial no responde siempre y en todo caso al esquema expuesto en un Estado federal.¹⁵⁵

Es en la existencia de tribunales superiores en las entidades federativas, con un ámbito competencial propio, donde se ha pretendido encontrar el fundamento a las críticas que señalan que la Ley de Enjuiciamiento Civil sigue un modelo federal, ya que se afirma que los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas actuarían como tribunales superiores de entidades federativas, con un ámbito competencial propio y excluyente de los demás órganos.

A nuestro juicio, el sistema propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil no implica un federalismo judicial, pues la interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia procesal, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, por los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas no reúne las condiciones propias de las resoluciones de los tribunales supremos de las entidades federativas, dado que en ningún caso dictarán la última palabra en la ma-

¹⁵⁴ Esto es lo que ocurre en el caso paradigmático de Estados Unidos y, en el ámbito iberoamericano, en Argentina (*cf.* García-Pelayo, M., *Derecho constitucional y comparado*, Madrid, 2000, pp. 231 y ss.).

¹⁵⁵ Puede existir un Estado federal que tenga una jurisdicción unitaria, como es el caso de Alemania, donde puede darse el supuesto de que no existan tribunales superiores de los Länder; en el ámbito iberoamericano, es el caso del Poder Judicial en México, donde un asunto civil ordinario regulado por el código local puede llegar, vía recurso de amparo, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que evidentemente es un órgano federal. Para el caso alemán *cf.* Vogel, J. J. *et al.*, *Manual de derecho constitucional alemán*, 2a. ed., Madrid, 2000, pp. 660-662; para el caso mexicano véase Fix-Zamudio, H., *Ensayos de amparo*, 2a. ed., México, UNAM, 1999, p. 255.

teria. Al contrario, como se ha señalado, la facultad de interpretar la legalidad procesal se les atribuye precisamente porque en el ordenamiento español, la casación por quebrantamiento de forma no era la última instancia en que se dirimían muchas de las cuestiones relativas a la interpretación de derechos procesales, dado que por la vía del recurso de amparo éstas eran resueltas por la jurisdicción constitucional. Por tanto, si el Tribunal Supremo no dictaba la última palabra en materias procesales, mucho menos ahora lo podrán hacer los tribunales superiores de justicia, que además encuentran limitados los pronunciamientos de su sentencia a la anulación de la resolución impugnada, ya que de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias dictadas por las salas de lo civil y penal sólo pueden ordenar la reposición de las actuaciones al momento de que se produjera la violación de ley procesal o la vulneración de derecho fundamental, con lo que el proceso no termina en su resolución.

En conclusión, el recurso extraordinario por infracción procesal no establece un nuevo federalismo jurisdiccional al margen de los dictados de la Constitución, ya que no otorga a los tribunales superiores de justicia facultades de tribunales superiores en su ámbito, sino simplemente implica el reconocimiento de la función que el Tribunal Constitucional ha realizado como intérprete de los derechos fundamentales de naturaleza procesal.

La misma crítica de inconstitucionalidad tiene otra vertiente, desde la cual se sostiene que el artículo 123.1 CE otorga al Tribunal Supremo en exclusiva la función nomofiláctica y la facultad de dictar la última resolución en la aplicación de todas las leyes ordinarias.¹⁵⁶ Éste, en realidad, es otro aspecto del mismo argumento, porque lo que esta afirmación subraya es la idea de que la función de interpretación de las leyes procesales, a consecuencia de esta exclusión de materias de la casación y su correlativa inclusión en el recurso extraordinario por infracción procesal, pasa a ser desempeñada por las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas.

Esto nos lleva a lo que, en nuestra opinión, constituye el punto central de la cuestión: de una interpretación sistemática del artículo 123.1 CE se deduce que en materia de derechos fundamentales el órgano supremo no es el Tribunal Supremo, sino el Tribunal Constitucional.¹⁵⁷ A este res-

¹⁵⁶ Gimeno Sendra, V., *op. cit.*, nota 153, p. 419.

¹⁵⁷ “La Constitución configura al TC como «órgano superior» en relación con las garantías constitucionales, tal y como se deduce a contrario del artículo 123.1 de la Consti-

pecto se han escrito ríos de tinta y lo que se puede considerar es que de la regulación constitucional y legal del recurso de amparo,¹⁵⁸ así como del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva puede afirmarse que la materia procesal es competencia del Tribunal Constitucional. De hecho, la interpretación constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva ha ampliado tanto el contenido de éste que a través de él puede impugnarse la vulneración de casi cualquier infracción a las normas procedimentales.¹⁵⁹

La cuestión planteada no es nueva y se origina en las resistencias a la transformación de la situación preconstitucional, con un Tribunal Supremo como órgano superior ante quien se agota la última instancia procesal, y la que estableció la Constitución, con el Tribunal Constitucional como el último intérprete en materia de garantías constitucionales.

De hecho, una lectura superficial del ordenamiento español permitiría afirmar que el ejercicio de la superioridad del Tribunal Supremo está en la interpretación y aplicación de la legalidad; y que en cambio, la interpretación de las garantías constitucionales es competencia del Tribunal

tución; el artículo 1.1 de la LOTC, por su parte, califica al TC como intérprete supremo de la Constitución”. Por su parte, el artículo 5.1 LOPJ confirma esa supremacía por cuanto ordena a jueces y tribunales interpretar y aplicar “las leyes y reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de proceso” (Pérez Tremps, P., *op. cit.*, nota 106).

¹⁵⁸ “El recurso de amparo, antes o después, permite siempre al Tribunal Constitucional cumplir su función de intérprete supremo de los derechos fundamentales, unificando la doctrina al respecto, por más que el recurso de amparo no sea un instrumento que permita impugnar ante el TC cualquier decisión que pueda romper la unidad interpretativa, sino sólo aquellas que se basen en la violación de derechos” (*cf.* Pérez Tremps, P., *op. cit.*, nota 106, p. 149).

¹⁵⁹ Esto es lo que afirma la exposición de motivos en el apartado XIV: “No puede desdeñarse, en efecto, la consideración de que, al amparo del artículo 24 de la Constitución, tienen cabida legal recursos de amparo —a gran mayoría de ellos— sobre muchas cuestiones procesales. Esas cuestiones procesales son, a la vez, «garantías constitucionales» desde el punto de vista del artículo 123 de la Constitución. Y como quiera que, a la vista de los artículos 161.1, letra b y 53.2 del mismo texto constitucional, parece constitucionalmente invariable sustraer al Tribunal Constitucional todas las materias incluidas en el artículo 24 de nuestra norma fundamental, a la doctrina del Tribunal Constitucional hay que atenerse. *Hay, pues, según nuestra norma fundamental, una instancia única y suprema de interpretación normativa en muchas materias procesales. Para otras, como se verá, se remodela por completo el denominado recurso en interés de la ley*” (las cursivas son nuestras).

Constitucional. Sin embargo, esto no es así, y no lo es porque derivado de la constitucionalización de derechos subjetivos procesales, de la regulación legal del amparo y de la interpretación por el juez constitucional del artículo 24 de la Constitución, la distinción entre asuntos que estrictamente sean de mera legalidad y asuntos que incumban a las garantías constitucionales no es clara, al contrario, los límites son difusos, e incluso puede considerarse normal que en muchos casos se superpongan las competencias entre el Tribunal Supremo —en casación— y el Tribunal Constitucional —en amparo—. ¹⁶⁰

Esta superposición de competencias ha llevado a no pocas fricciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional;¹⁶¹ no obstante, en la vía de los hechos puede apreciarse que la interpretación última viene a ser la realizada por la jurisdicción constitucional.¹⁶²

Así pues, y a pesar de que el Tribunal Constitucional formalmente ha tratado de ser cuidadoso para no herir susceptibilidades,¹⁶³ en muchas ocasiones la misma naturaleza del derecho fundamental vulnerado requiere de una revisión de la interpretación de la legalidad procesal,¹⁶⁴ y

¹⁶⁰ Oliva Santos, A. de la, *op. cit.*, nota 64, pp. 10-13.

¹⁶¹ Recuérdese la situación provocada por la conocida Sentencia Constitucional 7/1994, cuando los magistrados de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo afirmaron que plantearían un amparo al rey ante la invasión de sus competencias por la jurisdicción constitucional.

¹⁶² Oliva Santos, A. de la, “El Tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2 y 3, 1982, pp. 337-364.

¹⁶³ Así, por ejemplo, la sentencia 148/1994 del pleno, donde afirma en f. j. 4o. que “el Supremo Tribunal de Justicia de la Nación es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales» (artículo 123.1 CE), a quien, por esto mismo, corresponde establecer con carácter definitivo cuál sea la interpretación que deba darse a cada concreta norma de rango legal o inferior sin más límite que el contenido susceptible de amparo constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas”.

¹⁶⁴ Esto se aprecia en la Sentencia de 10-4-2000, 94/2000, f. j. 5o., donde el tribunal inicia afirmando las limitaciones que le son propias: “Este respeto que, con carácter general, ha de guardarse a la decisión de los Jueces y Tribunales adoptada en el ámbito de la legalidad ordinaria, debe ser, si cabe, aún más escrupuloso cuando la resolución que se enjuicia es, como en este caso, del Tribunal Supremo —a quien está conferida la función de interpretar la ley ordinaria (también, evidentemente, la procesal) con el valor complementario del ordenamiento que le atribuye el Código Civil (artículo 1.6)—, y ha sido tomada en un recurso, como el de casación, que es extraordinario y está sometido en su admisión a rigurosos requisitos, incluso de naturaleza formal (SSTC 58/1995, 160/1996 y 125/1997)”.

en otras no ha existido el *self-restraining* que cabría esperar del propio Tribunal Constitucional.¹⁶⁵

Por lo anterior, las afirmaciones que señalan que el recurso extraordinario por infracción procesal vulnera el artículo 123.1 de la Constitución se sustentan en un entendimiento de la superioridad del Tribunal Supremo como equivalente a universalidad de competencias. Se trata de una posición errónea, por dos razones: por una parte, no es posible desde el sistema de protección de derechos fundamentales de la carta fundamental española de 1978; y, por otra parte, una posición como la descrita olvida que la mencionada universalidad competencial tampoco existió incluso cuando la casación por motivos procesales era competencia del Tribunal Supremo. De hecho, en el régimen de la LEC de 1881 las audiencias provinciales constituyeron el órgano jurisdiccional superior en muchas materias, y a pesar de los diversos criterios que sostenían en muchos temas, no se planteó por nadie la inconstitucionalidad del fenómeno.

En nuestra opinión, la cuestión sobre la constitucionalidad o la inconstitucionalidad del régimen de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el respeto a la superioridad del Tribunal Supremo, se encuentra en la existencia o ausencia de una vía para la unificación jurisprudencial. El mínimo que exige el orden constitucional es la posibilidad de unificación de la jurisprudencia, y, a nuestro juicio respetando este mínimo, la cuestión del control de la aplicación de la legalidad —y con mayor razón en el caso de la legalidad procesal— puede estar fuera del ámbito competencial del Tribunal Supremo. En el caso del régimen de recursos extraordinarios, esta unificación de la jurisprudencia se ase-

Pero inmediatamente después señala cuáles son las vías que le permiten esta revisión de la interpretación a través de lo que llama *razonabilidad constitucional*:

“Apoyándonos en la doctrina transcrita, debemos examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial impugnada. Y ello, evidentemente, no para suplantar la función del órgano judicial (STC 63/1990), competente, como hemos dicho, en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas a los casos controvertidos (artículo 117.3 CE), sino para comprobar la razonabilidad constitucional de los motivos tenidos en cuenta para fallar, reparando, en su caso, en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga ninguna cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación que sea arbitraria o infundada, o que resulte de un error patente cometido por el órgano judicial que tenga relevancia constitucional (SSTC 68/1983, 201/1987, 36/1988, 63/1990, 101/1992, 192/1992, 55/1993, 107/1994, y 5/1995) y que produzca efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (SSTC 172/1985, 190/1990, y 101/1992), a menos que sean imputables a la negligencia de la parte (SSTC 107/1987, y 190/1990)”.

¹⁶⁵ Oliva Santos, A. de la, *op. cit.*, nota 64, p. 66.

gura por dos vías: por un lado, la mayor parte de los vicios procesales tiene acceso al recurso de amparo, al ser reconducibles al artículo 24 CE; y, para los casos en que no sea posible el acceso a amparo, existe el denominado *recurso en interés de ley*, que con una legitimación abierta a entes públicos con interés en la unificación de jurisprudencia, llevaría ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la unificación de posibles contradicciones entre la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

B. *La supuesta vulneración del principio de igualdad*

Pasando a otro de los señalamientos de inconstitucionalidad que se han hecho en contra del régimen de recursos extraordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil, encontramos que se ha afirmado cómo a través del recurso extraordinario por infracción procesal se vulnera el derecho a la igualdad, contenido en el artículo 14 de la Constitución. De acuerdo con esta crítica, se vulnera el derecho fundamental a la igualdad, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, como consecuencia de atribuir a los diecisiete tribunales superiores de justicia la función de interpretar y aplicar la norma procesal en el ámbito de sus respectivas competencias.

Esta función se califica de inconstitucional al considerar que, a excepción de la realizada a partir del motivo 4 de este recurso, la interpretación de la legalidad procesal que hagan los tribunales superiores de justicia no será revisable por la jurisdicción constitucional.¹⁶⁶ Es esta pretendida ausencia de un medio de unificación de la doctrina legal procesal de los tribunales superiores de justicia, que lógicamente tendrá elementos dispares, lo que “provocaría, en la práctica la vulneración del artículo 14 CE en su manifestación de igualdad en la aplicación de la Ley”.¹⁶⁷

Este señalamiento de inconstitucionalidad manifiesta que los diecisiete tribunales superiores de justicia realizarán la función de establecer la doctrina legal procesal sin que exista un órgano que unifique las posibles discrepancias de esta doctrina legal, a excepción de la relacionada con el artículo 24 de la CE, por lo que esta interpretación dispar vulnerará, “en la práctica”, el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley.

¹⁶⁶ Gimeno Sendra, V., *op. cit.*, nota 153, pp. 419 y 420.

¹⁶⁷ *Idem.*

En nuestra opinión, y como ya adelantamos, los primeros elementos están muy relacionados con la pretendida vulneración del artículo 123.1 de la Constitución que, correlativamente a la pérdida de superioridad del Tribunal Supremo, implica la existencia de una suplantación de sus funciones por los tribunales superiores de justicia que —de acuerdo con esta opinión— las ejercerán sin que sea posible su control posteriormente.

Sobre este particular, nos remitimos a las consideraciones arriba señaladas, en el sentido de que los tribunales superiores de justicia verán muy limitada su posible función de establecimiento de doctrina procesal, tanto por lo restringido de los posibles efectos de su sentencia como por la revisión de sus pronunciamientos que fundándose en la vulneración de los derechos fundamentales de naturaleza procesal realizará la jurisdicción constitucional. Por otro lado, no estamos de acuerdo con que en lo relativo a los recursos interpuestos con fundamento en los tres primeros motivos del recurso por infracción procesal no proceda el recurso de amparo, al respecto no nos parece que existan fundamentos para esta afirmación, y en cambio nos inclinamos a la posición contraria.

Por otra parte, es importante hacer una breve reflexión sobre el contenido del derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley, pues es este derecho el que se alega vulnerado al no existir un medio de garantizar la igualitaria o uniforme aplicación de la Ley procesal.

El derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley no consiste en que la norma jurídica ante casos sustancialmente iguales sea aplicada siempre de la misma manera: pretender que no exista diversidad en la interpretación de la norma —aún en aras de la seguridad jurídica— es acercarse a la concepción de que el juez es un mero aplicador mecánico del derecho, que realiza una simple labor de subsunción del caso en la norma jurídica.

El mismo Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley no consiste en una obligación de los tribunales de resolver con el mismo criterio utilizado para resolver un juicio anterior¹⁶⁸ cuando se encuentren después ante un caso

¹⁶⁸ En este sentido, véase el Auto del Tribunal Constitucional de 12-6-2000, núm. 142/2000, que en su f. j. 1.º afirma que “Respecto a la supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley por haberse resuelto en sentido contrario a una decisión anterior dictada en un supuesto en el que ocurrían idénticos presupuestos fácticos, este Tribunal ha sostenido con reiteración [SSTC 205/1994, 120/1987 y 63/1984, entre otras] que el cambio de criterio de un órgano judicial ante supuestos idénticos es compa-

que sea sustancialmente igual.¹⁶⁹ De esta afirmación se deriva que entender que debe existir una resolución en idéntico sentido ante casos sustancialmente iguales no enlaza bien con la garantía de la independencia judicial,¹⁷⁰ sin olvidar tampoco que en el ordenamiento jurídico español el precedente judicial no es vinculante¹⁷¹ ni la jurisprudencia recibe la consideración de fuente del derecho.¹⁷²

En esta materia, el Tribunal Constitucional ha considerado que no se puede exigir que dos salas o secciones de un mismo órgano jurisdiccional resuelvan de forma idéntica.¹⁷³ Considerando que el precedente judi-

tible con los postulados del artículo 14, siempre que se lleve a cabo con fundamentación suficiente y razonable, que pueda reconocerse como solución genérica, y no como respuesta exclusiva al problema planteado o como fruto de un voluntarismo selectivo, ya que lo contrario llevaría a consagrar la petrificación del ordenamiento jurídico”.

¹⁶⁹ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que, en lo relativo al derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, se entenderá configurada la igualdad sustancial entre casos cuando exista semejanza de los hechos básicos y de la normativa aplicable; en este sentido véanse las SSTC 120/1987, de 10 de julio; 140/1992, de 13 de octubre; 269/1993, de 20 de noviembre; 218/1994, de 18 de julio; y 165/1995, de 27 de septiembre.

¹⁷⁰ La sentencia 183/1991 en su parte relativa afirma: “Pero ni el principio de igualdad ni su configuración como derecho subjetivo permiten asegurar un tratamiento idéntico uniforme o unificado por los distintos órganos judiciales, ya que el repetido principio ha de hacerse compatible con el principio de independencia de los mencionados órganos”.

¹⁷¹ *Cfr.* STC 159/1992, f. j. 1o.: “...conviene traer a colación nuestra doctrina sobre la controvertida figura del *precedente judicial*, cuyo seguimiento es siempre aconsejable en aras de la seguridad jurídica pero *nunca vinculante por exigencias de la justicia*, valor prevalente (Ahora bien, el juzgador puede apartarse de su anterior criterio en el enjuiciamiento de situaciones sustancialmente parejas si este cambio de rumbo es consciente y suficientemente motivado, sin que en tal caso se quebrante la igualdad en la aplicación de la Ley y el Derecho, para evitar que la divergencia aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo respecto de casos anteriores resueltos en distinto sentido, con interdicción así del capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del juez)”.

¹⁷² *Cfr.* Oliva Santos, A. de la, “La jurisprudencia en la Ley de Bases para un nuevo título preliminar del Código Civil”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, 1973, pp. 801-826.

¹⁷³ Sentencia de 1-6-1996, núm. 104/1996, f. j. 2o.: “En definitiva, pues, cada órgano jurisdiccional sólo puede compararse consigo mismo: la identidad del órgano jurisdiccional es presupuesto para realizar la comparación que toda discriminación en la aplicación judicial de la Ley lleva consigo (STC 168/1989). Y aún será de señalar que una reiterada doctrina constitucional viene poniendo de relieve que las Secciones de un mismo Tribunal son órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la Ley (SSTC 134/1991, 245/1994 y 285/1994)”.

cial no es vinculante, y que es conforme al artículo 14 CE que un tribunal se aparte de los criterios que guiaron la aplicación de la Ley en un caso anterior, no es posible exigir a distintos órganos atenerse a un único criterio de interpretación y, por lo mismo, no se puede considerar que esta diversidad vulnere el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley.¹⁷⁴

Lo anterior no implica soslayar el interés público en la unificación de los criterios jurisprudenciales relativos a las normas procesales. Al contrario, es obvio que la seguridad jurídica exige la unificación de criterios; sin embargo, éste es un ámbito donde deben ponderarse principios tales como seguridad jurídica e independencia judicial, a los que debe agregarse la consideración de las finalidades propias de las instituciones. Nos parece que en el ámbito de la casación por infracción de ley debe prevalecer la protección del interés público, mientras que no sucede así en la casación por motivos procesales,¹⁷⁵ y que lo verdaderamente importante es que existan vías de control frente a la aplicación arbitraria de la Ley.

C. La supuesta inconstitucionalidad de la “disyuntiva” entre recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal

La última de las críticas a la constitucionalidad del recurso extraordinario por infracción procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil pretende ser planteada desde una perspectiva “práctica”. En concreto, se pone en tela de juicio la constitucionalidad de la disyuntiva, mutuamente exclu-

¹⁷⁴ En este sentido véase la sentencia de 10-12-1990, núm. 200/1990, que afirma: “El valor constitucional de la igualdad en su versión de igualdad en la aplicación de la ley protege fundamentalmente frente a las divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos. Pero *ni el principio de igualdad, ni su configuración como derecho subjetivo, permiten asegurar un tratamiento idéntico uniforme o unificado por los diversos órganos judiciales*, incluso las Salas o Secciones que forman parte de un mismo órgano, en especial cuando existe un reparto de materias entre las mismas. Ni la Constitución impone una convergencia interpretativa entre esos órganos o Salas ni corresponde a este Tribunal la labor de resolver y unificar esas posibles divergencias en la interpretación de las leyes, materia exclusiva de los Jueces y Tribunales”.

¹⁷⁵ Porque cada una de ellas tienen como origen instrumentos distintos y, por tanto, finalidades distintas. La finalidad principal en la casación procesal es proteger el interés de los particulares, no la unidad del derecho, que no se ve amenazada con una inejecución de una ley procesal (Calamandrei, *op. cit.*, nota 142, p. 431).

yente, que debe afrontar el justiciable entre el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Así, se afirma que derivado de esta configuración, en la práctica, los justiciables optarán por no utilizar el recurso extraordinario por infracción procesal, lo que a su vez se traduciría en un menoscabo de la tutela de los derechos procesales, ya que por reportar mayores ventajas, prevalecerán las impugnaciones a las infracciones de ley sobre la búsqueda de la anulación de la resolución por motivos procesales.

Sobre la base de esta crítica se encuentra la afirmación de que el recurso extraordinario por infracción procesal implica muchos riesgos para el justiciable. Se afirma que, desde una perspectiva de riesgos y beneficios, el recurso extraordinario por infracción procesal generaría pocas ventajas, frente a riesgos demasiado grandes. En otras palabras, se afirma que desde la perspectiva del recurrente no tendría sentido interponer un recurso que, en caso de tener éxito, lo único que proporcionaría sería una retroacción de las actuaciones al momento en que se vulneraron sus derechos procesales —con el consiguiente prolongamiento de un proceso— y que, en caso de fracasar, cerraría definitivamente las posibilidades de una revisión en cuanto al fondo.

Se afirma entonces que para las partes el recurso extraordinario por infracción procesal no tiene utilidad, puesto que su actuación no se dirigiría hacia la obtención de su pretensión original, sino a la repetición del proceso. Considerando que la tendencia natural del justiciable es la satisfacción de sus pretensiones en el plazo más corto posible, al estar en la situación de tener que optar entre los dos recursos extraordinarios, privilegiará la utilización del recurso de casación, optando por no impugnar las posibles violaciones procesales. El resultado de lo anterior sería la consecuencia ya expresada de limitar la protección de los derechos fundamentales de carácter procesal.¹⁷⁶

Gimeno Sendra¹⁷⁷ también se apunta a esta crítica, ya que desde su punto de vista, la regulación del recurso extraordinario por infracción procesal obliga a sacrificar uno de los dos grupos de motivos —o los vicios materiales o los procesales—; también señala que existirán dilaciones indebidas debido a que los abogados “chicanosos” tratarán, en la medida en que haya litisconsorcios, que cada litisconsorte interponga un recurso distinto,

¹⁷⁶ Cfr. Moreno Catena, V., *Derecho procesal...*, cit., nota 152, pp. 410 y 411.

¹⁷⁷ Cfr. *op. cit.*, nota 153, pp. 413-420.

con objeto de retrasar la resolución del proceso, buscando que se tramite primero el recurso extraordinario por infracción procesal y después el recurso de casación.

En relación con esta objeción, se puede iniciar por señalar que darla por verdadera en términos absolutos llevaría a concluir la inutilidad de arbitrar vías para impugnar toda infracción legal de naturaleza procesal que traiga consigo la nulidad del proceso. En efecto, si aceptamos como criticable que es un recurso que sólo busca la anulación de lo actuado, no se podría explicar la subsistencia del recurso de casación, que históricamente nunca hubiera obtenido éxito, desde su versión originaria que implicaba reenviar los autos al juez *a quo* para que volviera a dictar sentencia. En consecuencia, de ser cierta esta afirmación, los motivos de impugnación procesales de la casación nunca se hubieran intentado por ningún justiciable, ya que siempre implican retrotraer los autos al momento procesal en que la violación fue realizada.

Sin embargo, podemos pensar que la crítica de inconstitucionalidad se dirige a la alternatividad excluyente entre los dos recursos extraordinarios. Al respecto, debe considerarse que esta opción busca evitar las prácticas de abuso del derecho a recurrir. El sistema de opción entre estos dos recursos exige así un cuidadoso planteamiento de las posibilidades de éxito y evita alegaciones realizadas con ligereza.

Por último, y en relación con las dilaciones indebidas a que hace referencia Gimeno Sendra, es evidente que no se diferencian de las que existían en el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, cuando se alegaban las dos clases de vicios en la misma casación. Es más, en el caso del régimen propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil se espera una disminución en los plazos, derivado de que las salas de lo civil de los tribunales superiores de justicia se encuentran bastante desahogadas en cuanto a su volumen habitual de trabajo.

3. La función del recurso en interés de ley en el sistema propuesto por el legislador. El Tribunal Supremo como último intérprete procesal

Recapitulando lo mencionado hasta ahora, la decisión de excluir las impugnaciones de infracciones de normas procesales tiene como fundamento el reconocimiento de la situación que provocan dos rasgos que

son propios de la Constitución española: en primer término, el hecho que, ex artículo 123 CE, el Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional supremo en la interpretación de garantías constitucionales, entendiendo el término garantías como equivalente a derechos.

En segundo lugar, implica reconocer que la Constitución eleva a rango de derecho fundamental un amplio abanico de derechos subjetivos procesales, y que, en consecuencia, su interpretación corresponde en último grado al Tribunal Constitucional, ya que su vulneración siempre encontrará una vía para reclamar su reparación mediante el recurso de amparo constitucional.

Así pues, para el recurso de casación, excluir de su ámbito la infracción de normas procesales, significa no distraer una sustancial proporción de recursos materiales y personales disponibles, en una interpretación que, en la mayoría de casos, será revisada. Además de que, ante la situación descrita, los criterios jurisprudenciales son más necesarios en la interpretación de la legalidad sustantiva ordinaria, al ser este un ámbito fuera de la competencia de la jurisdicción constitucional.

Visto desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, el establecimiento de un recurso que se dirige específicamente a la reparación de infracciones procesales, significa una vía expedita, por la cual las vulneraciones a los derechos subjetivos de naturaleza procesal sean reparadas, y en su defecto, que encuentren un camino franco, hacia el recurso de amparo.

Como se ha señalado, la nueva LEC, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, residenciado ante los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas —órganos que en términos reales tienen una carga competencial exigua—, ofrece a todo justiciable que se considere afectado en sus derechos procesales, una vía que por no encontrarse saturada, podría otorgarle una reparación de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, en una tramitación dentro de límites temporalmente razonables.

La existencia de una opción legislativa para fortalecer la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, se hace evidente si recordamos que el control de las violaciones *in procedendo* es históricamente secundario a la casación,¹⁷⁸ por lo que no se puede considerar consustancial a los recursos extraordinarios la existencia de motivos procesales. En

¹⁷⁸ Calamandrei así lo demuestra en su clásica obra *La casación civil*, *cit.*, nota 142.

otras palabras, teóricamente es posible, una vez se había decidido excluir de la casación las infracciones procesales, que el legislador se decidiera por no regular ninguna clase de recurso extraordinario para las infracciones procesales.¹⁷⁹

De esta forma, encontramos que las modificaciones al régimen de recursos extraordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se orientan hacia una finalidad, que sin ser la principal buscada por el legislador, producen, sin embargo, un resultado muy importante: reforzar la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal.

¹⁷⁹ De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional si bien no existe con base en el artículo 24 CE una obligación de regularse un sistema de recursos, se establece que una vez existentes los recursos sí existe la obligación de no vedar irrazonablemente el acceso a éstos, *cfr.* la STC 119/1998, de 4 de junio que en su fundamento jurídico 1o. dice: “1. ...como viene señalando este Tribunal en constante doctrina..., el acceso a los recursos tiene una distinta relevancia constitucional que el acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el F. 5 de la STC 37/1995, ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988)”.