

EL ARTÍCULO 24.1 CE COMO «NORMA DE CONDUCTA» PARA JUECES Y TRIBUNALES Y «NORMA DE CONTROL» PARA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO

1. INTRODUCCIÓN: TÓPICOS DE LA JURISPRUDENCIA.—2. DESARROLLO DOGMÁTICO DE ESTAS IDEAS: LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE CONTROL.—3. APLICACIÓN DE ESTOS CONCEPTOS: RELEER EL ARTÍCULO 24.1 CE.—4. EL «PRETENDIDO» (?) DERECHO AL ACIERTO JUDICIAL.—5. EL SOLAPAMIENTO DE LA NORMA DE CONDUCTA Y LA NORMA DE CONTROL: EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN.—6. ALGUNAS CONSECUENCIAS.—7. UNA PROPUESTA SOBRE EL CAMBIO DE LA NORMA DE CONTROL. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

1. INTRODUCCIÓN: TÓPICOS DE LA JURISPRUDENCIA

Estas páginas están provocadas por la reflexión derivada de la insatisfacción que suscitan algunas afirmaciones típicas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o de otros tribunales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Primer ejemplo: el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un «pretendido» derecho al acierto judicial. ¿Quiere con esto decirse que el derecho a la tutela judicial efectiva no obliga al juez a resolver el caso que le plantea un ciudadano conforme a una correcta aplicación de lo que establece el Derecho y que aquél no tiene un derecho público subjetivo a que el juez resuelva su caso «perfectamente» —de la mejor manera posible— en Derecho? O, más bien, lo que verdaderamente se quiere decir con el conocido tópico de la jurisprudencia constitucional es sólo que por la vía del recurso de amparo el Tribunal Constitucional no va a controlar si la aplicación del Derecho —en materia de arrendamientos urbanos, por ejemplo— es la correcta, sino que se va a limitar a examinar si la prestación de justicia por parte del juez

cumple con un estándar mínimo de calidad (motivación, respuesta razonable y no arbitraria a todas las pretensiones planteadas). Con este primer ejemplo ya se pone sobre la pista de lo que aquí quiere decirse en esencia: el derecho a la tutela judicial efectiva es para los órganos judiciales algo distinto a lo que es para el Tribunal Constitucional. El art. 24.1 CE es para los órganos judiciales una «norma de conducta o actuación», para el Tribunal Constitucional es una «norma de control». La norma de conducta contiene criterios mucho más exigentes que los que caben en la menor densidad de la norma de control.

Otro ejemplo de la jurisprudencia constitucional: el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se vulnera cuando la irregular —ilegal: contraria a las normas reguladoras del proceso— actuación del órgano judicial ha provocado una «indefensión material». Según esta proposición, el juez que omitiera injustificadamente el emplazamiento de un demandado en un proceso, de forma tal que éste estuviera apartado por completo del mismo y la resolución definitiva se hubiera dictado *inaudita parte*, no habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva si, al resolver el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional considera acreditado que existió un conocimiento extraprocesal del pleito. O, ¿no querrá decir esa afirmación, más bien, exclusivamente, que el Tribunal Constitucional sólo va a controlar por la vía del recurso de amparo los casos en los que un incumplimiento de las reglas procesales por parte del órgano judicial ha desencadenado una situación irremediable de indefensión material? El tópico citado sólo recogería una «norma de control» para el Tribunal Constitucional; no, desde luego, una «norma de conducta» para los jueces y tribunales.

Un tercer ejemplo, que también tiene su arranque en la jurisprudencia constitucional (relativa a la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva del acceso al recurso legal), pero que se refiere a la actuación de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Una ya muy conocida jurisprudencia de este Tribunal de casación está sosteniendo la tesis (y resolviendo conforme a ella) de que la vía del recurso de casación por «interés casacional» (art. 477.2.3.º LEC) está exclusivamente reservada a los asuntos tramitados «por razón de la materia», de forma tal que los asuntos tramitados por un procedimiento determinado «en razón de la cuantía» sólo tienen acceso al recurso de casación si su cuantía supera los 25 millones de pesetas (art. 477.2.2.º LEC). La interpretación que conduce a esta tesis se basa en una discutible argumentación sistemática, a mi juicio, verdaderamente endeble.

Al final de la mayor parte de los Autos del Tribunal Supremo que inadmiten recursos de casación en aplicación de esta doctrina se encuentra la afirmación de que la decisión que se adopta no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, porque no es «ni arbitraria ni irrazonable» (ésta es una buena prueba

de la escasa fuerza de convicción que el Tribunal Supremo atribuye a su propia construcción argumentativa). El texto literal del que se vale la Sala Primera del Tribunal Supremo en muchas de las resoluciones a las que se está haciendo referencia es el siguiente: «el derecho a los recursos (...) está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, *con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales*» [debería decir «error patente»; los errores «materiales» (manifiestos) son los que pueden «ser rectificadas en cualquier momento» (art. 267.3 LOPJ)].

Resulta verdaderamente sorprendente que el Tribunal Supremo no diga que su interpretación no vulnera la tutela judicial efectiva «porque es la interpretación correcta de la Ley de Enjuiciamiento Civil». No: el órgano judicial se contenta con que su interpretación de la legalidad relativa al recurso de casación no sea arbitraria ni incurra en error patente. ¡Qué bajo ha caído la exigencia en la interpretación de la ley del órgano judicial encargado de garantizar la correcta y uniforme interpretación de la ley!

Esto tiene una explicación: el Tribunal Supremo conoce los criterios con los que el Tribunal Constitucional examina las decisiones judiciales de inadmisión de recursos por la vía del amparo constitucional en el que se invoque el art. 24.1 CE: arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente. Ésa es la «norma de control» (de muy escasa densidad, como es manifiesto) que el Tribunal Constitucional ha deducido para sí mismo del art. 24.1 CE. «Para sí mismo», pero no para el Tribunal Supremo, al que el art. 24.1 CE, como «norma de conducta» debería imponer criterios interpretativos más exigentes.

En realidad, esa coletilla que se incluye al final de los mencionados Autos del Tribunal Supremo es sólo un aviso al recurrente, que expresado coloquialmente tiene el siguiente contenido: «no vaya usted al recurso de amparo, porque se lo van a inadmitir». Porque lo que sucede es que el Tribunal Supremo está equivocadamente utilizando como «norma de conducta» para él, lo que sólo es una «norma de control» para el Tribunal Constitucional.

Como anuncio agorero me permito advertir (con mucho de exageración, sin duda, pero con intención gráfica) de que o se interioriza la distinción entre el art. 24.1 CE como «norma de conducta o actuación» para los jueces y tribunales y como «norma de control» sólo para el Tribunal Constitucional, o estamos en el mejor de los caminos hacia la justicia «de lo razonable» (o, mejor dicho, «de lo no irrazonable»), desvinculada del método riguroso y de la interpretación de la ley con pretensiones de corrección.

2. DESARROLLO DOGMÁTICO DE ESTAS IDEAS: LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS DE CONDUCTA Y NORMAS DE CONTROL

La distinción entre normas de conducta o actuación (*Verhaltensnormen*) y normas de control (*Kontrollnormen*) procede del debate en el ámbito jurídico-administrativo en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial. Desde luego, no se pretende en estas páginas mediar en ese debate. Se expondrá de él sólo lo estrictamente necesario para dar una idea de la distinción conceptual a la que se está haciendo referencia; distinción que, por su parte, considero útil para explicar la diferenciada forma de vincular que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con respecto a los jueces y tribunales y con respecto al Tribunal Constitucional.

El modelo básico y normal de control por los jueces y tribunales de la actuación administrativa (art. 106.1 CE) descansa en la idea de que la misma norma que aplica la Administración para el cumplimiento de la tarea o competencia de la que se trate es la que, en un proceso impugnatorio, determina el alcance del control judicial pleno, tanto sobre la interpretación de la norma realizada por la Administración, como de la determinación de los hechos relevantes, como del proceso de subsunción realizado por aquélla. En el modelo de control judicial de la actividad administrativa que puede calificarse como regla general de dicho control existe una simetría entre la programación de la actuación administrativa que realiza la norma y la intensidad de los parámetros que utiliza el órgano judicial para revisar jurisdiccionalmente esa actividad.

Si los preceptos aplicables para el otorgamiento de una licencia de armas, por ejemplo, disponen que se concederá esa licencia cuando el solicitante reúna las condiciones físicas y psíquicas adecuadas y exista una especial necesidad relativa a la seguridad personal, los mismos parámetros que rigen la actividad administrativa de aplicación de esos preceptos son utilizados por el órgano judicial en su función de control. Se da en estos casos una simetría de la norma de conducta (administrativa) y de la norma de control (judicial). Al juez corresponde en supuestos como éste la competencia de decir la última palabra sobre la interpretación y aplicación al caso concreto de cada uno de los conceptos utilizados por el supuesto de hecho de la norma. Nuestra jurisprudencia en esta materia da testimonio de que esto es así realmente.

Se ha sostenido, sin embargo, que en concretos supuestos o ámbitos de actuación administrativa sería aceptable que se introdujera una divergencia entre la norma que regula la actuación administrativa y la que tuviera que aplicar el juez en su labor de fiscalización. La norma de control permitiría sólo que el órgano judicial fiscalizara determinados aspectos de la actuación admi-

nistrativa, pero no todos o no todos con una densidad total (en el marco de lo posible conforme al método jurídico).

Por ejemplo, las normas que regulan determinada actividad planificadora de la Administración someten a ésta a determinadas reglas (observancia de un determinado procedimiento, vinculación a decisiones ya adoptadas en otros planes que deban ser respetados, etc.) y a una multitud de principios (programación final —no condicional— de la actividad administrativa) que la Administración debe intentar satisfacer en la medida de lo posible mediante una adecuada ponderación de las circunstancias del caso [respeto al medio ambiente (art. 45 CE), pero, al mismo tiempo, promoción del progreso económico (art. 40 CE) y de los intereses de la propiedad del suelo (art. 33 CE), etc.].

Es posible sostener que en la función del control judicial de estas decisiones administrativas los parámetros de control de los que se vale el juez no se solapan con el complejo normativo que regula la adopción de las mismas por la Administración, sino que la fiscalización judicial está limitada a examinar, por ejemplo, si se ha seguido el procedimiento establecido, si se han constatado con el suficiente rigor los datos fácticos y se han incluido en la ponderación todos los intereses relevantes, si se han adoptado soluciones irrazonables, etc. (no interesa ahora tanto agotar con detalle esta cuestión, como exponer de forma gráfica la distinción conceptual de que se está tratando).

Se produce aquí una asimetría entre la norma de conducta (administrativa) y la norma de control (judicial), que atribuye al juez sólo la fiscalización (más o menos intensa) de determinados aspectos de la actuación administrativa. En aquellas partes de la decisión a las que no alcanza el control judicial se entiende que se ha atribuido a la Administración (por la norma que regula su actuación) una «competencia para decir la última palabra». El juez sigue siendo, como es lógico, también en estos casos, el competente para adoptar la última decisión en el tiempo, pero, en los aspectos que escapen a su control, la Administración dice la última palabra vinculante.

La tesis más conocida en el Derecho alemán que sostiene esta distinción es la denominada «doctrina de la atribución normativa de la competencia para adoptar la última decisión» (*normative Ermächtigungslehre, Letztentscheidungsermächtigung*), que exige que esa atribución a la Administración esté establecida legalmente de forma expresa o tácita (o, lo que es lo mismo, que se pueda llegar a ella, al menos, por vía interpretativa). En esos supuestos de modelo de «control judicial restringido», las limitaciones de la norma de control, en la medida en que suponen un límite paralelo a la plenitud de la tutela judicial, han de poder justificarse con apoyo en algún bien o interés constitucionalmente digno de protección. No se trata con ello de dejar alguna actividad administrativa sin control judicial, sino de introducir una divergencia,

justificada constitucionalmente, entre la norma de conducta que se dirige a la Administración y la de control que se pone a disposición del órgano judicial.

Aquí termina esta brevísima exposición. Interesa sólo retener la idea de la distinción entre la norma de conducta y la norma de control, no el contexto del que procede.

3. APLICACIÓN DE ESTOS CONCEPTOS: RELEER EL ART. 24.1 CE

Procedamos ahora a importar la distinción destacada entre la norma de conducta y la de control (que no está conceptualmente vinculada a las relaciones entre la Administración y los órganos judiciales) para aplicarla a la forma de vincular del art. 24.1 CE, respectivamente, a los jueces y tribunales, por una parte, y al Tribunal Constitucional (a través del recurso de amparo en el que se invoque como vulnerado dicho precepto constitucional), por otra. Es para ello necesario volver a leer el texto del art. 24.1 CE una vez más, despacio, ingenuamente y sin prejuicios: el art. 24.1 CE garantiza el derecho del ciudadano a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales «en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos».

El Estado prohíbe a los ciudadanos «tomarse la justicia por su mano» (en la expresión clásica) en la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Esa prohibición se acompaña de una prestación estatal sustitutoria: la protección judicial de aquéllos. Por expresarlo en los términos utilizados por la STC 175/2001, de 26 de julio (FJ. 5): «es la falta de poder de cada individuo para imponer sus derechos e intereses —consecuencia necesaria del deber de respeto a los demás y de la paz social a que se refiere el art. 10.1 CE— la que dota al derecho a la tutela judicial efectiva de su carácter materialmente esencial o fundamental, en tanto necesario para la realización de los derechos e intereses de los particulares».

Lo que el Estado debe ofrecer a los ciudadanos, sin embargo, no es una protección judicial razonable o no arbitraria de los derechos de las personas. El art. 24.1 CE debe garantizar la protección judicial íntegra (y efectiva) del derecho, tal y como lo define el ordenamiento jurídico, en toda su extensión, ni más, ni menos. El art. 24.1 CE obliga a los jueces y tribunales a resolver el caso que le plantea cada ciudadano con la única solución correcta (que, a veces, la hay), con la mejor solución o con la más convincente de las posibles (en el peor de los casos). No se pretende entrar aquí en el terreno de la metodología. Se quiere afirmar que el art. 24.1 CE es una norma de conducta para jueces y tribunales que les vincula a resolver, no de forma razonable (sin más), no arbitraria y libre de errores fácticos patentes, sino de la mejor manera posible en Derecho.

Lo que controlan las sucesivas instancias y lo que se controla a través del recurso de casación (en cuanto a la aplicación del Derecho) es la correcta prestación por el órgano judicial inferior del derecho a la protección judicial «de los derechos e intereses legítimos» en toda la extensión que a éstos les da el ordenamiento jurídico. Éste es justamente el fundamento de los recursos. Ante la posibilidad de que la sentencia no se ajuste a Derecho, es decir, que sea desacertada, el ordenamiento jurídico procesal crea la figura de los recursos, cuya finalidad es la corrección del error, para llegar, precisamente, al «acierto» judicial.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, como es sabido, no controla a través del recurso de amparo en el que se invoque el art. 24.1 CE, el cumplimiento de esa obligación del juez en toda su extensión. La norma de control general (el «canon», en la terminología que se está imponiendo en las resoluciones constitucionales de los últimos años) que el Tribunal Constitucional ha derivado, para él, del art. 24.1 CE es la de examinar que la resolución judicial impugnada no sea ni arbitraria, ni irrazonable, ni incurra en error patente (de carácter fáctico o predominantemente fáctico).

Llegamos con esto a la «asimetría»: ¿qué puede justificar la «divergencia» entre la norma de conducta aplicable a los jueces y tribunales y la de control que el Tribunal Constitucional ha deducido para sí del art. 24.1 CE? La divergencia procede de otro precepto constitucional que, para el recurso de amparo cuya resolución se otorga al Tribunal Constitucional, disocia el contenido del «canon» de examen de éste del contenido que vincula a los jueces y tribunales. El art. 123.1 CE, al establecer que el Tribunal Supremo «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales», impide, con la fuerza de un precepto constitucional que actúa como un límite «inmanente» del art. 24.1 CE para el Tribunal Constitucional, que las cuestiones relativas a la correcta interpretación de la legalidad denominada «ordinaria» o «infraconstitucional» pasen más allá del Tribunal Supremo.

Una vinculación del Tribunal Constitucional al art. 24.1 CE con la misma intensidad que la de los jueces y tribunales convertiría necesariamente al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo, en tribunal de casación (o de apelación), lo que, con toda claridad, sin embargo, excluye el art. 123 CE, que atribuye la competencia para decir «la última palabra» (por utilizar la terminología de la tesis que distingue entre las normas de conducta y las de control) en las materias de la legalidad infraconstitucional al Tribunal Supremo e impide que la densidad de control —propia de un recurso de casación— de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico «suba» más allá de aquél.

Se está sosteniendo, en definitiva, como fácilmente puede comprenderse, que el art. 24.1 CE es «algo distinto» para el juez ordinario y para el Tribunal Constitucional. Y, desde luego, no es ésta la primera vez que esto se afirma. Javier Jiménez Campo ha escrito, bajo un epígrafe titulado «los derechos fundamentales, entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional», y tras una referencia a la necesidad de distinguir entre cuestiones de «constitucionalidad» y de «mera legalidad» (derivada, en concreto, del art. 123.1 CE), que: «acaso derechos como los citados» (entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE) «puedan o deban ser *otra cosa* ante la jurisdicción ordinaria, precisamente porque en su garantía los tribunales no vienen ya obligados a observar la distancia deferente que, por imperativo institucional, mantiene el Tribunal Constitucional cuando controla actos u omisiones del Poder Judicial. En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, el distingo entre cuestiones de *constitucionalidad* y de *mera legalidad* pierde todo su sentido».

Es significativo de que el precepto constitucional que provoca la divergencia entre la norma de conducta y la norma de control sea el que atribuye al Tribunal Supremo la última palabra en materias de mera legalidad, el art. 123.1 CE, que los criterios generales de control que utiliza el Tribunal Constitucional para contrastar una resolución judicial impugnada en amparo con las exigencias del art. 24.1 CE —arbitrariedad, irrazonabilidad y error patente— no tengan conexión alguna expresa, precisamente, con la más o menos acertada aplicación de esa legalidad. No se utilizan cánones como el del «error de Derecho manifiesto», o la «patente infracción de ley», etc. Criterios de control como éstos obligarían al Tribunal Constitucional a vérselas, aunque fuera «de lejos», con la legalidad ordinaria. Para evitar este resultado, el canon de control que del art. 24.1 CE ha deducido para sí el Tribunal Constitucional tiene más bien que ver con conceptos procedentes de la lógica. El propio Tribunal ha aludido en muchas ocasiones a una forma de «control externo». En realidad, la tarea del Tribunal Constitucional en la resolución de un recurso de amparo en que se invoca el art. 24.1 CE consiste, desde el punto de vista metodológico, en muchas ocasiones, en una labor de mera subsunción de una resolución bajo alguno de estos tres adjetivos: irrazonable, arbitrario o patente (aplicado a errores fácticos). No es necesario decir que eso no es tampoco una tarea tan mecánica como el término «subsunción» sugiere.

4. EL «PRETENDIDO» (?) DERECHO AL ACIERTO JUDICIAL

Desde la STC 214/1999, de 29 de noviembre (FJ. 4), ha pasado a convertirse en una verdadera cláusula de estilo de la jurisprudencia constitucional

relativa al art. 24.1 CE la declaración de que «el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales» (entre las últimas, SSTC 93/2003, de 19 de mayo, FJ. 10; 196/2003, de 27 de octubre, FJ. 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ. 4; 8/2004, de 9 de febrero, FJ. 9). La afirmación es, a mi juicio, muy desafortunada y necesita una revisión, al menos, en su forma de expresarse. Una cosa es decir que el Tribunal Constitucional no puede controlar el acierto de las decisiones judiciales en materias de legalidad infraconstitucional y otra muy distinta que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un derecho al acierto judicial, que, además, con cierto despego, se califica de «pretendido derecho».

En la jurisprudencia constitucional de los primeros años se convirtió también en un tópico la afirmación de que el derecho a la tutela judicial efectiva no incluía el derecho a que el órgano judicial diera la razón al ciudadano que se la pedía, que ese derecho «no implica el aseguramiento de unas decisiones de los Tribunales conforme a los pedimentos» del ciudadano (STC 34/1982, de 14 de junio, FJ. 4). Esto es evidentemente correcto. Pero también es muy distinta la afirmación de que el art. 24.1 CE no incluye el derecho a que se dé por un órgano judicial lo que se pide y la que sostiene que dicho precepto no incluye un «pretendido» derecho al acierto judicial.

Existe en la jurisprudencia constitucional que aquí se critica una cierta confusión entre la norma de conducta (el contenido del derecho ante los jueces y tribunales) y la norma de control (la densidad del canon que utiliza el Tribunal Constitucional para controlar resoluciones judiciales en materia de legalidad ordinaria). El art. 24.1 CE garantiza al ciudadano que los órganos judiciales tutelarán efectivamente sus derechos e intereses legítimos conforme a las normas del ordenamiento jurídico (no puede ser de otra manera). Si no se quiere llamar a esto «derecho al acierto judicial», habrá que inventar otra expresión, pero necesariamente su significado será muy parecido. El órgano judicial ante el que se plantea una demanda no puede distinguir al actuar una parte de la prestación a la que le obliga el art. 24.1 CE que tuviera contenido constitucional (resolver hasta lo «razonable»; o, mejor dicho, hasta lo «no irrazonable») y otra que lo excediera (resolver hasta lo «correcto»). Debe reiterarse aquí el final de la cita de Jiménez Campo que se ha transcrito más arriba: «en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, el distingo entre cuestiones de *constitucionalidad* y de *mera legalidad* pierde todo su sentido».

Por lo demás, la citada afirmación de la jurisprudencia constitucional, como mensaje que el Tribunal Constitucional dirige una vez y otra a los ciudadanos y a los órganos judiciales, puede producir efectos nada beneficiosos. Que el Tribunal Constitucional reitere con frecuencia que el derecho a la tute-

la judicial efectiva no incluye el derecho al acierto judicial quizás provoque una inquietud justificada en el ciudadano reflexivo (y no digamos en el Abogado que estudia cuidadosamente el Derecho aplicable al caso que defiende, aspirando, precisamente, al acierto judicial), y un paralelo e injustificado exceso de tranquilidad en el juez al que se libera de un deber constitucional de acertar en sus decisiones. Sólo eso bastaría para justificar un cambio en la manera de expresar la idea que quiere transmitirse: que el Tribunal Constitucional no puede por la vía del recurso de amparo en que se invoque el art. 24.1 CE revisar la aplicación de normas de cualquier sector del ordenamiento jurídico, como si fuera un órgano de casación (salvo, naturalmente, que estén en juego otros derechos fundamentales).

5. EL SOLAPAMIENTO DE LA NORMA DE CONDUCTA Y LA NORMA DE CONTROL: EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Para un determinado contenido del derecho garantizado por el art. 24.1 CE, el del derecho de acceso a la jurisdicción, que puede calificarse como núcleo duro del mencionado precepto constitucional, se produce prácticamente un solapamiento entre la norma de conducta que vincula a los jueces y tribunales y la norma de control que utiliza el Tribunal Constitucional para examinar las decisiones judiciales de inadmisión de acciones. El derecho a obtener una primera resolución judicial que se pronuncie sobre el fondo de las cuestiones que un ciudadano plantea ante un órgano judicial constituye el contenido «primigenio» del derecho a la tutela judicial efectiva.

Como se sabe, las decisiones judiciales de inadmisión de la solicitud de una primera respuesta judicial son examinadas por el Tribunal Constitucional, cuando contra ellas se recurre en amparo, conforme a los tres criterios ya mencionados —irrazonabilidad, arbitrariedad y error patente— y conforme a otro que se añade sólo para este tipo de casos y que tiene una eficacia extraordinaria como canon de efectivo control: el principio *pro actione*. A través de este último criterio la norma de control se hace tan densa que puede hablarse casi de un solapamiento entre la norma de conducta y la de control. El Tribunal Constitucional analiza en estos casos la corrección de la primera respuesta judicial de inadmisión con la misma intensidad (y, en ocasiones, con superior intensidad) que un tribunal de apelación o de casación.

El riesgo de que en estos casos el Tribunal Constitucional se convierta en intérprete de la legalidad reguladora de los presupuestos procesales y requisitos de acceso a la jurisdicción (legitimación, postulación, plazos, subsanación de defectos, etc.) es inevitable y hay que aceptarlo. Por mucho que las resoluciones constitucionales se esfuercen en destacar que tampoco en estos casos el

Tribunal Constitucional es intérprete de la legalidad ordinaria, el principio *pro actione* introduce una densidad de control que, de hecho, se solapa con la del contenido de la norma de conducta impuesta a los jueces y tribunales en cuanto a la interpretación de la legalidad reguladora del acceso a la jurisdicción.

Muy distinta se presenta la situación hoy, como es sabido, en cuanto al derecho de acceso a los recursos. La norma de control de las decisiones judiciales de inadmisión de recursos frente a la primera respuesta jurisdiccional es actualmente la norma de control general del art. 24.1 CE: examen conforme al criterio de la irrazonabilidad, la arbitrariedad y el error patente. A partir de la STC 37/1995, de 7 de febrero (en especial, FJ. 5) empezó a tambalearse el criterio de control derivado del principio *pro actione*. No fue esa Sentencia la que lo eliminó como canon de examen constitucional de las decisiones de inadmisión de recursos. Allí se dijo, tan sólo, que «el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial».

Pero de ese «no operar con igual intensidad» se ha llegado hoy a la eliminación pura y simple del criterio, de forma tal que en la jurisprudencia reciente se afirma, sin más, que «en cuanto a la aplicación por los órganos jurisdiccionales de los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos, nuestro canon, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial, ha consistido en entender vulnerado el derecho de acceso al recurso, como una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), *tan sólo cuando las resoluciones judiciales de inadmisión incurran en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad*, únicas circunstancias que determinarían la lesión del mencionado derecho fundamental» (por todas, STC 46/2004, de 23 de marzo, FJ. 4).

Con esta norma de control de mínima densidad ha podido el Tribunal Constitucional aceptar como no contraria al art. 24.1 CE la ya referida interpretación de la Sala Primera del Tribunal Supremo que reserva la vía del «interés casacional» (art. 477.2.3.º LEC) a los asuntos tramitados «por razón de la materia»: «por discutible que pueda considerarse la argumentación que ha conducido a la inadmisión del recurso de casación, la densidad del control que puede ejercerse sobre las decisiones judiciales de inadmisión de recursos por la vía del amparo constitucional en el que se invoque el art. 24.1 CE no habilita a este Tribunal a revisar resoluciones como las aquí impugnadas» (AATC 191/2004, de 26 de mayo, FJ. 4; y 201/2004, de 27 de mayo, FJ. 4; cuya doctrina ha sido confirmada posteriormente por las SSTC 150/2004, de 20 de septiembre, FJ. 3; y 164/2004, de 4 de octubre, FJ. 3).

6. ALGUNAS CONSECUENCIAS

Creo que no es inútil desde la perspectiva práctica la construcción anterior que aplica al art. 24.1 CE la distinción entre norma de conducta (para jueces y tribunales) y norma de control (para el Tribunal Constitucional). Como se ha expuesto, la norma de conducta contiene unos criterios más exigentes que la norma de control, de menor densidad. Es necesario tener esto presente, por ejemplo, para no pedir del Tribunal Constitucional que haga más densos sus criterios de control. Que el Tribunal Constitucional no corrija determinadas interpretaciones legales restrictivas (pero no arbitrarias ni irrazonables) para el acceso al recurso de casación realizadas por el Tribunal Supremo no permite imputar al primero un menosprecio al derecho a la tutela judicial como si fuera corresponsable de la práctica restrictiva junto con el Tribunal Supremo. Las críticas hay que dirigirlas al destinatario correcto. La interpretación restrictiva es sólo imputable al órgano que la hace. Puede cuestionarse el correcto cumplimiento por ese órgano de la «conducta» que le impone el art. 24.1 CE, pero no hay por qué cargar al Tribunal Constitucional con un «control» más denso del que lleva a cabo. Para corregir esa interpretación restrictiva puede actuar el legislador y puede coadyuvar la doctrina científica. No hay motivo derivado del art. 24.1 CE, como norma de control, para hacer intervenir al Tribunal Constitucional.

Y si no debe imponerse a la norma de control la importación de los más exigentes criterios de la norma de conducta, menos todavía debe contaminarse la norma de conducta con los criterios de la norma de control. Ningún órgano judicial, como es evidente (pero parece que hay que recordarlo), puede impartir «la justicia de lo no irrazonable, no arbitrario y libre del error patente». La justicia que deben administrar los jueces y tribunales es la de la vinculación a la correcta aplicación del Derecho.

Tampoco puede aceptarse, por último —aunque esta cuestión sólo se vea aquí afectada tangencialmente—, que el canon de la razonabilidad y de la prohibición de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional utiliza en el importantísimo porcentaje de sus resoluciones que derivan de recursos de amparo en los que se invoca el art. 24.1 CE termine contaminando, como por inercia estadística, los criterios de enjuiciamiento constitucional cuando están en juego otros derechos fundamentales. Cuando se trata de enjuiciar, por ejemplo, si una manifestación ha sido prohibida de conformidad con el contenido constitucional del derecho de reunión (art. 21 CE), o si una información periódica ha vulnerado el derecho a la intimidad de un ciudadano [arts. 20.1.d) y 18.1 CE] para nada sirve, ni debe servir, como tal, el criterio de la razonabilidad.

7. UNA PROPUESTA SOBRE EL CAMBIO DE LA NORMA DE CONTROL

El Profesor García de Enterría ha aludido recientemente, en el contexto de un artículo emparentado en algo por su objeto con el de las presentes páginas, a «los daños colaterales del colapso judicial» (las interpretaciones restrictivas y formalistas para limitar el número de recursos que se admiten a trámite). Querría terminar refiriendo esa idea a la situación actual del Tribunal Constitucional, que no es el Tribunal al que se refiere directamente dicho autor.

No se descubre ningún secreto que no conste de forma palmaria en los volúmenes de la Memoria anual del Tribunal Constitucional, o que no se intuya a través de los suplementos del *BOE* en los que se publican las Sentencias constitucionales, que el recurso de amparo con fundamento en el art. 24 CE es el responsable directo de la situación de colapso en la que se encuentra el Tribunal Constitucional, que tiene muy serias dificultades para cumplir con efectividad otras funciones que la Constitución le atribuye en exclusiva: en especial, control de constitucionalidad de las leyes (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad) y conflictos constitucionales de competencia. Puede comprobarse en los citados suplementos del *BOE* en qué fechas fueron promovidos algunos de los procesos constitucionales de ese tipo que acaban de resolverse. Hace más de diez años en algún caso. Puede comprobarse también en esas Sentencias del Pleno del Tribunal que es ya casi regla general que alguno de los primeros fundamentos jurídicos de esas Sentencias se dedique a analizar si ha desaparecido o subsiste el objeto del proceso constitucional por las derogaciones o modificaciones normativas acaecidas desde que el proceso se inició. Sería posible ofrecer más datos, pero no creo que sea necesario.

La situación en la que hoy se encuentra el Tribunal Constitucional como consecuencia del ingente y creciente número de recursos de amparo en los que se alega una supuesta vulneración del art. 24 CE fue intuida, de forma que hoy podría calificarse casi de profética, durante los debates parlamentarios de la Constitución, por el Senador Sr. Angulo Montes, que formuló la enmienda *in voce* que determinó que el actual art. 53.2 CE contenga la expresión «en su caso», expresión que permitiría a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no otorgar el recurso de amparo ante este Tribunal para la defensa de todos los derechos fundamentales a los que refiere el citado precepto constitucional, o no otorgarlo en todos los casos. La señalada enmienda fue defendida, entre otros, con el argumento de que la posibilidad de excluir el recurso de amparo en ciertos casos podría «evitar que (el Tribunal Constitucional) se desnaturalizase por exceso de competencias», e, incluso, «por qué no decirlo, por exceso de casos a resolver en la importante función que corresponderá al Tribunal Constitucional». Esto es exactamente lo que hoy está sucediendo, a mi juicio:

el «exceso de casos» que entran en el Tribunal por la puerta de la invocación del art. 24 CE está impidiéndole cumplir correctamente con las demás funciones que la Constitución le atribuye y, en esa medida, este órgano constitucional se está «desnaturalizando».

A través del recurso de amparo en el que se invoca el art. 24 CE ha realizado el Tribunal Constitucional una función de capital importancia desde que empezó a cumplir con las tareas que le atribuye la Constitución y a dictar las primeras sentencias en 1981. No es ninguna exageración decir que la justicia ha cambiado objetivamente en España como consecuencia de esa jurisprudencia. Algo puede quedar por decir sobre el art. 24 CE en la jurisprudencia constitucional, pero podría pensarse que ya debe de ser poco.

A mi juicio, ha llegado el momento de que la protección a través del amparo en el que se invoque el art. 24 CE pierda su carácter subjetivo (el restablecimiento de la situación jurídica de un recurrente) y empiece a tener, tan sólo, un carácter objetivo (establecimiento de doctrina constitucional sobre cuestiones relevantes no resueltas), lo que significa que el Tribunal ha de contar con el margen de discrecionalidad necesario para pronunciarse sobre la admisibilidad de esta clase de recursos de amparo sólo atendiendo al interés objetivo (en el sentido indicado) de la cuestión planteada.

Está en juego, seriamente comprometido, el correcto cumplimiento por el Tribunal Constitucional de las funciones que le atribuye la Constitución, que no es ni sólo, como es evidente, ni sobre todo (como podría deducirse de las recopilaciones jurisprudenciales) la garantía del art. 24 CE. El argumento que a veces se utiliza para defender que las cosas sigan como hasta ahora, relativo a que el control del Tribunal Constitucional actúa de filtro para evitar las condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no lo considero despreciable. Pero es necesario ponderar. Y para conseguir el primer objetivo, prioritario, hay que sacrificar el segundo interés.

Si no se reforma la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en el sentido indicado (perfectamente compatible con el art. 53.2 CE, que se refiere al recurso de amparo, como ya se ha dicho, sólo «en su caso»), es el propio Tribunal, a mi juicio, el que puede y debe actuar. El tenor literal del art. 50.1 c) LOTC, al establecer como motivo de inadmisión «que la demanda carezca manifiestamente de contenido que *justifique* una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional», no obliga a pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso aplicando al concreto caso que se plantea los criterios de la nutrida jurisprudencia constitucional sobre el art. 24 CE. Ese «justificar una decisión sobre el fondo» admite sin problema alguno una interpretación que utilice un criterio de oportunidad. La demanda que invoca el art. 24 CE sólo deberá admitirse si plantea una cuestión que por su interés objetivo

«justifique» una decisión sobre el fondo. Para fijar este cambio de doctrina en cuanto a la admisión de estas demandas de amparo podría recurrirse a uno o varios Autos (de los regulados en el art. 50.3 LOTC), que fueran dictados por el Pleno del Tribunal para apartarse en este punto (sólo en cuanto a la admisión de las demandas en que se invoque el art. 24 CE) de la «doctrina constitucional precedente» [art. 13 LOTC, que se aplicaría previa avocación por la Sala del asunto de la Sección (art. 11.2 LOTC)].

Algún tímido intento en esta dirección ya se hizo en los AATC 248/1994, de 19 de septiembre, y 182/1997, de 2 de junio, en los que se puso en conexión la falta de contenido a la que se refiere el art. 50.1.c) LOTC con la «falta de entidad» notoria y manifiesta de la lesión alegada (en el primero de los casos citados estaba en juego una reclamación por valor de 7.700 pesetas). El cambio que aquí se propone, sin embargo, tiene mayor alcance que el de la utilización del criterio denominado de la «parvedad de materia» para inadmitir demandas de amparo fundadas en el art. 24 CE. La propuesta consiste en la inadmisión de la demanda de amparo que invoque el art. 24 CE, salvo que la Sección considere que aquélla plantea una cuestión relevante que justifique un pronunciamiento del Tribunal Constitucional por su interés objetivo.

Con ello se sacrifica, ciertamente, el carácter subjetivo del recurso de amparo como vía de restablecimiento de derechos subjetivos vulnerados. La última palabra al respecto la dirá el órgano judicial que conozca del asunto, conforme al sistema de recursos establecido en las leyes procesales, y no el Tribunal Constitucional. Pero se deja abierta la puerta para que este Tribunal siga pronunciándose sobre cuestiones relativas al art. 24 CE que tengan un interés objetivo. Puede ponerse como ejemplo de asunto que justificaba objetivamente una decisión por parte del Tribunal Constitucional la última jurisprudencia sobre el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con la exigencia de inmediación y contradicción, que impide la modificación de los hechos probados derivada de una distinta valoración de determinadas pruebas por el órgano judicial que conoce de la apelación penal (doctrina fijada por la STC 167/2002, de 18 de septiembre, FF.JJ. 9-11; y seguida por las SSTC 197/2002, de 28 de octubre; 198/2002, de 28 de octubre; 200/2002, de 28 de octubre; 212/2002, de 11 de noviembre; 230/2002, de 9 de diciembre; 41/2003, de 27 de febrero; y otras posteriores).

Aquí termina la propuesta: que sobre la aplicación de la norma de conducta que el art. 24.1 CE impone a los jueces y tribunales el Tribunal Constitucional ejerza a partir de ahora un control sólo de oportunidad objetiva.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Sobre la distinción entre normas de conducta y normas de control puede consultarse Mariano BACIGALUPO: *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, 1997, en especial, págs. 61-84; JAN-R. SIECKMANN: «Beurteilungsspielräume und richterliche Kontrollkompetenzen», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1997, núm. 2, pág. 104 (y la bibliografía a la que se remite en la nota 66 de ese estudio). La «doctrina de la atribución normativa de la competencia para adoptar la última decisión» está desarrollada por EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN en el comentario al art. 19 IV de MAUNZ/DÜRIG: *Kommentar zum Grundgesetz*, 1985, núm. marginales 188 y sigs.; de forma resumida hoy, en castellano, SCHMIDT-ASSMANN: *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, 2003, págs. 229-237. La tesis de Bacigalupo del alcance simétrico de las normas de conducta y de las de control, como fundamento del axioma según el cual debe existir una correlación casi lineal entre la densidad de la programación normativa y la intensidad del control judicial de la actuación administrativa, ha sido, por cierto, recogida en la reciente obra de Santiago MUÑOZ MACHADO: *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, tomo I, Madrid, 2004, págs. 507-510.

La cita de JAVIER JIMÉNEZ CAMPO que se hace en el apartado 3 de este trabajo procede de su obra *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, pág. 91. Una idea semejante a la que en ese epígrafe se expone —que el art. 24.1 CE es «algo distinto» para el juez ordinario y para el Tribunal Constitucional— se encuentra también, aplicada al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con el principio *in dubio pro reo*, en FRANCISCO CAAMAÑO: «Palabras para un culpable: de la duda razonable a la razonabilidad de la duda», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, 2002, págs. 631 y sigs., en concreto, págs. 655-656.

De los AATC 191/2004, de 26 de mayo, y 201/2004, de 27 de mayo (asunto «interés casacional»), ha dicho JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS: «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 2004», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72 (2004), pág. 203, que en ellos el Tribunal Constitucional pasa de la «deferencia» para con el Tribunal Supremo a la «obsequiosidad más rendida».

La referencia a «los daños colaterales del colapso judicial» procede de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S.A.*

c/ España, y la prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos», *Revista de Administración Pública*, núm. 163 (2004), págs. 169 y sigs., en concreto, pág. 172.

Que el «contenido» al que alude el art. 50.1.c) LOTC «puede entenderse en sentido subjetivo y objetivo», de forma semejante a lo que se sostiene en este trabajo, lo expone ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO, en JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2001, págs. 813-814, quien comenta los AATC 248/1994 y 182/1997 («parvedad de materia») en págs. 817-818. A la «necesidad imperiosa de abrir la posibilidad de rechazar las demandas sin hacer juicio alguno sobre su contenido, por la simple intranscendencia objetiva de la pretensión» se refirió, ya hace años, FRANCISCO RUBIO LORENTE: «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 60 (1988), págs. 507 y sigs., en concreto, pág. 528. Sobre el *certiorari* en el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, MARÍA ÁNGELES AHUMADA: «El *certiorari*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41 (1994), págs. 89 y sigs. Sobre la conveniencia de acentuar la función objetiva del recurso de amparo, aun a costa de limitar su carácter de protección individual-subjetiva, para remediar la situación de colapso del Tribunal Constitucional Federal en Alemania, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: «Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1996, págs. 281 y sigs.

Una reciente propuesta de reforma —distinta a la que aquí se formula— con respecto al recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión la realiza GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Documento de trabajo 58/2004 de la Fundación Alternativas, en especial, págs. 31 y sigs.

La referencia a la enmienda *in voce* del Senador Sr. Angulo Montes se la agradezco a JAVIER DELGADO BARRIO, que la citó, en el contexto de una explicación de los antecedentes de los actuales arts. 53.2 y 161.1.b) CE, en el discurso de apertura del año judicial pronunciado el 15 de septiembre de 2000, con el título «Del modo de arreglar la Justicia». El texto de la enmienda se encuentra en el *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 62; sesión plenaria del 29 de septiembre de 1978, págs. 3088 y sigs.

Han leído diversas versiones de este breve trabajo MARIANO BACIGALUPO, MARGARITA BELADIEZ, MIGUEL BELTRÁN, MIGUEL CASINO, JAVIER DELGADO BARRIO, JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, CARLOS ORTEGA CARBALLO, LUIS POMED, JUAN LUIS REQUEJO, JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS y FRANCISCO VELASCO. A todos ellos agradezco sus sugerencias y comentarios críticos.