

LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES TRAS LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO Y DEL RECURSO DE CASACIÓN

CUSTODY OF FUNDAMENTAL RIGHTS AFTER THE REFORM OF THE APPEAL FOR PROTECTION AND THE APPEAL FOR CASATION

CARMEN CHINCHILLA

*Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá*

Recibido: 25/06/2021

Aceptado: 27/07/2021

DOI: 10.14679/1297

Resumen: En los últimos años se han llevado a cabo reformas procesales que han tenido como resultado la reducción de la protección jurisdiccional de los derechos, en general, y de los derechos fundamentales en particular. Este trabajo es una reflexión sobre los efectos producidos por la reforma del recurso de amparo, del recurso de casación y de la nulidad de actuaciones.

Palabras clave: Derechos fundamentales; recurso de amparo; recurso de casación; nulidad de actuaciones.

Abstract: *In recent years, procedural reforms have been carried out that have resulted in the reduction of judicial protection of rights, in general, and fundamental rights, in particular. This work is a reflection on the effects of the reform of the appeal for “amparo”, the appeal for “casación” and the nullity of proceedings.*

Keywords: *Fundamental rights, appeal for “amparo”, appeal for “casación”, nullity of proceedings.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO: DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS A LA “TUTELA” DE LA CONSTITUCIÓN. 2.1. Las causas de la reforma y sus consecuencias. 2.2. Los términos del precepto legal reformado y su “desarrollo” por el propio Tribunal Constitucional. 3. LA REFORMA DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES. 4. LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN: DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS A LA TUTELA DE LA LEY. 5. REFLEXIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

En una de sus primeras sentencias –la 26/1981–, de la que fue ponente el magistrado Luis Díez-Picazo, nuestro Tribunal Constitucional afirmó que

“nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este tribunal”.

En ese “nada” y en ese “nunca” se resume lo mucho que para el Tribunal Constitucional significaba la tutela de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Casi cuarenta y tres años después de la aprobación de nuestra Constitución, podría decirse más bien todo lo contrario: que ahora, en 2021, muy pocas cosas que conciernan a los derechos fundamentales, y muy pocas veces, van a merecer la consideración y, por consiguiente, la protección por parte del Tribunal Constitucional –máximo intérprete de la Constitución y competente para conocer de los recursos de amparo para la tutela de los derechos fundamentales (artículo 161.1.b CE)–, ni tampoco por parte del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior, salvo en materia de garantías constitucionales (artículo 123 CE).

Dos reformas legislativas, una realizada en 2007 y la otra en 2015, promovidas de forma más o menos explícita desde ambas instituciones, han hecho que el recurso de amparo (ante el Tribunal Constitucional) y el recurso de casación (ante el Tribunal Supremo) hayan dejado de ser verdaderos recursos, para convertirse, prioritariamente, en instrumentos al servicio de la interpretación del Derecho. Es decir, el legislador, en ambos casos, ha transformado la naturaleza de estos recursos, primando, ante todo, su carácter objetivo y relegando a un lamentable segundo lugar su carácter subjetivo, es decir, de instrumento de tutela frente a las lesiones de los derechos, que es lo que hace que un recurso sea verdaderamente un recurso.

A ambas reformas, se suma la circunstancia de que, en nuestro país, no existe una doble instancia para todos los recursos contencioso-administrativos y que, antes bien, al contrario, la regla general, en esta materia, es que no la haya, y que sean los asuntos de los tribunales inferiores y unipersonales (los Juzgados) los que *suelen* tener doble instancia¹, mientras que los asuntos de los que conocen los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional no la tienen, ya que el órgano superior de ambos es el Tribunal Supremo y solo podrá conocer de ellos a través del recurso de casación que, como acabo de decir, ha sufrido una profunda reforma y una radical transformación hacia un recurso más objetivo que subjetivo.

A todo ello hay que sumar la siguiente circunstancia: cuando se reformó el recurso de amparo el legislador era consciente de que el Tribunal Constitucional, en un gran número de casos, iba a dejar de ser el garante de los derechos fundamentales y, por eso, al mismo tiempo que reformaba, restringiéndolo, el recurso de amparo, estableció que, a partir de ese momento, la tutela de los derechos fundamentales iba a quedar atribuida a los tribunales ordinarios. Más concretamente, se previó entonces que, cuando la lesión de los derechos fundamentales fuese causada por los propios jueces y tribunales en resoluciones contra las que no cupiese interponer recurso alguno (ordinario o extraordinario, como dice la Ley), entonces se podría utilizar el denominado “incidente de nulidad de actuaciones” que, sin embargo, iba a tener y tiene un enorme problema: el órgano competente para resolverlo es el mismo al que se le atribuye el haber causado la lesión del derecho fundamental de que se trate, por

1 Subrayo que “suelen” tener segunda instancia porque no siempre la tienen, ya que las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo contencioso solo tienen recurso de apelación si han sido dictadas en asuntos de cuantía superior a 30.000 euros (artículo 81.1.a LJCA).

lo que, difícilmente, puede considerarse un “recurso” efectivo o simplemente útil, por la sencilla razón de que el mismo órgano judicial que ha dictado una sentencia no tiene la deseable y necesaria imparcialidad para enjuiciar un recurso por vulneración de los derechos fundamentales que, precisamente, ha causado él mismo.

Todo esto que acabo de exponer y que, en realidad, es la conclusión o el punto de llegada de este trabajo, puede resumirse diciendo que, casi cuarenta y tres años después de la aprobación de nuestra Constitución, los derechos fundamentales, y los derechos en general, han visto reducido, drásticamente, su nivel de protección. Queda, por tanto, ya muy lejos aquel

“nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este tribunal”.

Veamos en qué han consistido las dos reformas que han llevado a este estado de cosas.

2. LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO: DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS A LA “TUTELA” DE LA CONSTITUCIÓN

2.1. Las causas de la reforma y sus consecuencias

La ley que llevó a cabo la reforma del recurso de amparo –Ley orgánica 6/2007, por la que se modifica la Ley orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional– explica muy claramente en su Exposición de motivos las razones que llevaron al legislador a realizarla. Así, y entre otras cosas, se refiere expresamente a “las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional”; a la “sobrecarga” que “sufrir el Tribunal”; y a que “el crecimiento del número de recursos de amparo” ha determinado que este recurso, en detrimento de los otros procesos constitucionales (recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad y conflictos) llegara a “ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal”.

Si el legislador fue tan claro en exponer cuáles fueron las causas de la reforma, no lo fue tanto, en mi opinión, al explicar cuáles iban a ser las consecuencias de la misma, pues en la exposición de motivos puso todo el acento en la modificación del trámite de admisión (como si la reforma fuese una cuestión pura y exclusivamente procesal) y nada dijo, sin embargo, sobre lo verdaderamente importante, es decir, sobre la transformación de la naturaleza del recurso.

Así, en la Exposición de motivos de la LO 6/2007, puede leerse lo siguiente:

“la primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibili-

dad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado”.

Como se podrá comprobar, la Ley no estaba –o no estaba solo y principalmente– modificando el trámite de admisión del recurso; esa era la consecuencia de lo que realmente estaba haciendo el legislador: transformar la naturaleza misma del recurso de amparo, por la sencilla razón de que, a partir de ese momento, para acceder al recurso de amparo, no bastaría acreditar que se ha sufrido una lesión en los derechos fundamentales y que se cumplen todos los requisitos procesales (legitimación, plazo, agotamiento de la vía previa, etc.), sino que, ante todo, debería justificarse que la cuestión planteada en el recurso tenía, objetivamente hablando, y no subjetivamente, mucha importancia (“especial trascendencia”) *para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución* y que, por eso, merecería una decisión sobre el fondo del asunto por parte del Tribunal.

Así pues, a partir de la reforma del 2007, sentado que el presupuesto del recurso de amparo es que el demandante haya sufrido una lesión en sus derechos fundamentales, lo que verdaderamente permite acceder al recurso y, en su caso, a la tutela por parte del Tribunal Constitucional del derecho fundamental lesionado, es que esa lesión y las circunstancias que la rodean tenga una trascendencia especial para que el Tribunal pueda ejercer su función de intérprete supremo de la Constitución. Por eso digo que el recurso de amparo deja de ser, exclusivamente, un recurso para la protección de los derechos fundamentales, para convertirse, sobre todo, en un recurso para la interpretación de la Constitución con el que, además, una vez admitido, por tener esa trascendencia, en el recurso, se ampararán, si es el caso, los derechos fundamentales lesionados. A este respecto, resultan muy elocuentes, en mi opinión, las propias palabras del Tribunal Constitucional que, reiteradamente, ha manifestado que

“Tras la referida reforma legal, la naturaleza del recurso de amparo ha cambiado y ahora, aunque sigue siendo un recurso de “última instancia”, ya no garantiza en todo caso la tutela de los derechos fundamentales, pues para que este recurso sea admitido a trámite “no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) LOTC]” (STC 155/2009, FJ 2, entre otras muchas)².

2.2. Los términos del precepto legal reformado y su “desarrollo” por el propio Tribunal Constitucional

El “nuevo” recurso de amparo quedaría así radicalmente transformado con solo añadir un requisito más al artículo 50 de la LOTC, que es el que regula la admisión del recurso amparo. A partir de la reforma, lo que el citado precepto establece es que, además del resto de requisitos exigibles para que un recurso de amparo sea admitido

2 STC 112/2019, de 3 de octubre de 2019, FJ 1.3 e); la negrita es nuestra.

por el Tribunal Constitucional (plazo, legitimación, agotamiento de la vía previa, lesión de uno de los derechos de los artículos 14 al 30 CE), tendrá que cumplirse la siguiente condición:

“que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”.

La definición del nuevo y más importante requisito para obtener el amparo del Tribunal Constitucional no podía ser más general e indeterminada: tener “especial trascendencia constitucional”. ¿Para qué o para quién?, habría que preguntarse. Obviamente no para el recurrente, pues eso, sin desaparecer, pasa a un segundo plano, en el trámite de admisión; sino para la Constitución o, dicho de otro modo, para la interpretación de la Constitución y su aplicación.

Ahora bien, sentado que la especial trascendencia no se predica de la lesión sufrida por el recurrente, sino de la cuestión planteada en su recurso, objetivamente considerada desde la perspectiva de la interpretación de la Constitución, el legislador dejaba abierta y, por consiguiente, en manos del Tribunal Constitucional, la tarea de concretar y dar contenido y significado a la expresión “especial trascendencia constitucional”.

Y, en efecto, fue el propio Tribunal quien terminaría concretando el significado de ese concepto jurídico tan novedoso e indeterminado. Y no lo hizo, como era de esperar, delimitando el concepto caso por caso sino que, a modo de “colegislador”, estableció en una sentencia –la 155/2009–, con carácter general, una lista abierta, aunque muy amplia, de supuestos en los que cabe considerar que se da esa “especial trascendencia constitucional” que desde entonces se exige para acceder al recurso de amparo.

Dichos supuestos son los siguientes:

“a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional [...].

b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, [...], o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE.

c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general.

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere

lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución.

e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros.

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

Como puede verse, y a pesar de que la doctrina del Tribunal Constitucional vincula a todos los órganos jurisdiccionales (artículo 5.1 Ley Orgánica del Poder Judicial), un recurso de amparo no será admitido si ya existe doctrina del Tribunal sobre el asunto que plantee el recurrente, a pesar de que el órgano judicial la haya infringido y haya podido vulnerar, por tanto, el derecho fundamental del demandante y aunque el recurrente, en las instancias inferiores, así lo haya puesto de manifiesto. Solo si esa doctrina está siendo incumplida “de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria”, o solo si el órgano judicial incurre “en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”, su recurso de amparo será admitido.

La “objetivación” del recurso de amparo lleva consigo, por tanto, la devaluación de este recurso como medio para obtener la tutela efectiva de los derechos fundamentales, y hace que se produzca la siguiente paradoja: la persona que haya sufrido una lesión en sus derechos fundamentales, sobre la que no pueden existir dudas, precisamente porque la lesión ya ha sido considerada como tal por el Tribunal Constitucional en otros muchos casos, no podrá, sin embargo, obtener el amparo del Tribunal, precisamente porque la cuestión ha sido tratada tantas veces, y de forma tan reiterada, que el contenido del recurso carece de trascendencia para esa nueva y preponderante función que debe cumplir el recurso de amparo: la de ser un instrumento para la defensa de la Constitución, en el sentido objetivo del término, por encima de ser un instrumento al servicio de la tutela de los derechos que la Constitución proclama.

Lo que acabo de calificar de paradoja me lleva a hacer la siguiente reflexión sobre la nueva configuración del recurso de amparo: desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución, la reforma de 2007 no plantea, en mi opinión, duda alguna, ya que nuestra Constitución no garantiza, en todo caso, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la salvaguarda de los derechos fundamentales, sino solo “en su caso”, como literalmente dice el artículo 53.2 CE. El legislador, por tanto, tenía un amplio margen para configurar un recurso de amparo fundamentalmente objetivo para, con ello, intentar dar solución a los problemas de funciona-

miento que el Tribunal Constitucional había llegado a tener debido a la sobrecarga de este tipo de recursos.

La pregunta que, como jurista y ciudadana, planteo es si no hubiera sido posible emplear otros medios (por ejemplo, reformas en la organización interna del trabajo del día a día del Tribunal o en el funcionamiento de las salas y del pleno; aumento de medios personales y materiales, etc.) antes que renunciar a que el recurso de amparo sea el último y eficaz remedio frente a las lesiones de los derechos fundamentales. Es más, y aun admitiendo que la reforma fuera imprescindible, y que la razón fundamental para llevarla a cabo fuese la sobrecarga de trabajo y el tiempo dedicado a los recursos de amparo por parte del Tribunal ¿no podría haberse previsto, como un supuesto de admisión del recurso de amparo, el de aquellos casos en los que, siendo evidente que se ha producido una lesión, por haberlo reconocido ya anteriormente el Tribunal Constitucional en otros supuestos iguales, bastaría con admitirlo y dictar una sentencia estimatoria con un fundamento jurídico único cuya argumentación fuera la remisión a la reiterada jurisprudencia del Tribunal?

Se me dirá que eso carece de trascendencia constitucional y, sin embargo, no lo creo así. ¿A caso no es trascendente para la aplicación y general eficacia de la Constitución (nótese que el artículo 50.1.b CE no solo habla de la “especial trascendencia constitucional” para la “interpretación” de la Constitución, sino también “para su aplicación o *para su general eficacia*”) que el Tribunal ampare a un ciudadano que ha visto lesionado su derecho fundamental por una decisión judicial que resulta contraria a la doctrina del propio Tribunal invocada por el recurrente en su proceso?, ¿sólo tiene trascendencia el caso si se trata de una negativa manifiesta a acatar la doctrina del Tribunal por parte del órgano jurisdiccional o si la doctrina es incumplida por muchos órganos de la jurisdicción ordinaria y muchas veces (“doctrina... incumplida de modo general y reiterado...”)?

En mi opinión, la respuesta debería ser que no y considerar lo contrario produce otra gran paradoja, como ha puesto de manifiesto T.R. Fernández, si bien, refiriéndose al recurso de casación que, como ya he dicho, ha sido reformado y restringido en nuestro país, en sentido muy parecido a lo que se ha hecho con el recurso de amparo. Afirma, muy acertadamente, el citado profesor, y puede trasladarse perfectamente y, con mayor razón aún, al recurso de amparo, ya que la doctrina del Tribunal vincula a todos los órganos jurisdiccionales, que “no tendría el más mínimo sentido poner tanto empeño en la elaboración jurisprudencial si, una vez establecida esta, el Tribunal [...] se desentendiera de asegurar su efectiva observancia”³.

Frente a la crítica que acabo de realizar, incluida la expresada por el profesor T. R. Fernández Rodríguez que comparto plenamente, podría argumentarse que para reparar las lesiones a los derechos fundamentales y para hacer cumplir la doctrina del Tribunal

3 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 119-124, realizada al hilo del Seminario sobre el nuevo recurso de casación, celebrado el 4 de octubre de 2018, en el CEPC y organizado por la Revista de Administración pública, de la que el citado profesor es director. En ese mismo número de la Revista, y en la nueva sección –Debates–, se publican las cuatro ponencias del Seminario a las que más adelante haré referencia.

Constitucional están los recursos ordinarios y, sobre todo, está el incidente de nulidad de actuaciones que, precisamente, fue reformado al mismo tiempo que el recurso de amparo, para que ese fuera el medio de compensar la transformación y restricción que sufría el recurso de amparo. Sin embargo, como ya he dicho, ello no es suficiente porque, en primer lugar, y como he adelantado en la introducción de este trabajo, en España, en el contencioso-administrativo no está garantizada, con carácter general, la doble instancia, ni siquiera para sanciones, como debería ser por las razones que ha expuesto también el profesor TR Fernández⁴. Y, en segundo lugar, porque el incidente de nulidad de actuaciones es una quimera, pues, como también he adelantado y expodré con más detalle a continuación, no es un recurso útil ni efectivo.

3. LA REFORMA DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

Como ya adelanté en la introducción de este trabajo, el legislador, consciente de la limitación que para la tutela de los derechos fundamentales suponía la nueva configuración del recurso de amparo, reformó al mismo tiempo el incidente de nulidad de actuaciones que, hasta ese momento, solamente podía fundarse en defectos de forma que causaran indefensión, o en incongruencia. Con la reforma, el incidente de nulidad de actuaciones puede basarse en “*cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario*” (artículo 241 de la LOPJ). Es decir, el incidente de nulidad está previsto y deberá, por tanto, interponerse, para agotar la vía previa al recurso de amparo, en aquellos casos en los que la lesión del derecho fundamental sea imputable a una resolución judicial que no sea susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario. Si no es así, es decir, si la lesión, por ejemplo, la ha causado la Administración, vulnerando el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, o un particular, vulnerando el derecho fundamental al honor de otro, no procederá la nulidad de actuaciones por la sencilla razón de que el titular del derecho fundamental supuestamente vulnerado habrá tenido la posibilidad de denunciar la vulneración en el proceso, dando así la oportunidad a los tribunales ordinarios de repararla⁵. Por otro lado, y como segunda condición

4 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Una reflexión necesaria...”, cit.

5 Vid. BELADIEZ ROJO, M., “La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ”, en L. Arroyo, M. Beladiez, C. Ortega, J.M. Rodríguez de Santiago (coors.), *El Juez del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2015, pp. 444-445. Expone la autora que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial y que, en consecuencia, “las resoluciones judiciales que no reparan las vulneraciones de los derechos fundamentales que se aducen en el proceso no incurrir, por este motivo, en una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la no reparación de tales infracciones no conlleva la lesión de este derecho fundamental, sino la de los derechos que no han sido debidamente tutelados”. Con base en ello, concluye la autora que “la Constitución no garantiza una vía impugnatoria contra las resoluciones judiciales que no tutelaron debidamente los derechos que se aducían el proceso. Tales derechos ya tuvieron un cauce procesal a través del cual podía solicitarse su reparación, como exige el artículo 53.2 CE”.

para solicitar la nulidad de actuaciones, la ley exige que la resolución judicial a la que se le imputa la lesión del derecho fundamental no sea susceptible de recurso alguno, porque si lo fuera, ese recurso será el cauce para solicitar la tutela de los derechos fundamentales lesionados.

Así, pues, los recursos ordinarios, por un lado, y el incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones judiciales contra las que no procede recurso alguno, por otro, se convierten así, desde 2007, en los medios para la tutela de los derechos fundamentales, mientras que el recurso de amparo ha pasado de tener simplemente carácter subsidiario, a ser un recurso excepcional. Y así lo ha señalado M. Beladiez, diciendo que “una de las consecuencias que ha tenido la exigencia de la «especial trascendencia constitucional» es que ahora la tutela de derechos fundamentales corresponde *casi en exclusiva* a los órganos judiciales. La tutela por el Tribunal Constitucional de estos derechos ha pasado a ser *excepcional...*”⁶.

Que la tutela de los derechos fundamentales corresponda, tras la reforma del recurso de amparo, casi en exclusiva a la jurisdicción ordinaria no merecería grandes reproches, si de verdad el sistema de recursos ante la jurisdicción ordinaria protegiera, de forma efectiva, los derechos fundamentales. Pero no es así, porque, como ya he dicho, por un lado, la segunda instancia no está asegurada en nuestro sistema judicial –lo cual ha merecido recientemente el reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷– y, por otro, el incidente de nulidad de actuaciones no puede cumplir esa función porque lo resuelve el mismo órgano que causó la lesión cuya reparación se solicita en el mismo.

La decisión del legislador de que el incidente de nulidad de actuaciones lo resuelva “*el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza*” (artículo 241.1 LOPJ) ha convertido a este remedio (que, no hay que olvidarlo, ha pasado a ser ahora casi el único para la tutela de los derechos fundamentales causada por una resolución judicial que carezca de recurso) en un instrumento inútil, pues no es lógico pensar que el órgano judicial que ha lesionado un derecho fundamental acepte que lo ha vulnerado, ya que, salvo error manifiesto, ese órgano judicial considerará que la solución que ha dado al caso es la que resulta conforme a Derecho. Así pues, con la nueva configuración del incidente de nulidad de actuaciones, se habría producido la siguiente paradoja: al mismo tiempo que se atribuye a dicho incidente una importantísima función constitucional⁸, para compensar las conse-

6 BELADIEZ, M., “La función constitucional...”, cit., p. 440.

7 STEDH de 30 de junio de 2020, asunto *Saqueti Iglesias c. España* (demanda 50514/13). Sobre esta importante sentencia vid. COBREROS MENDAZONA, E., “El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 118, 2020, pp. 17-48; y LOZANO CUTANDA, B., “La sentencia *Saqueti Iglesias c. España* impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 213, 2020, pp. 181-207.

8 Vid. BELADIEZ, M., “La función constitucional...”, cit., pp. 441-443. Según la autora, en opinión que comparto, del artículo 24 CE se deriva un específico derecho fundamental al recurso para la tutela de los derechos fundamentales que puedan vulnerar los órganos judiciales

cuencias restrictivas de la nueva configuración del recurso de amparo⁹, se regula de una forma que lo priva de toda posible utilidad real y, lo que es peor, que difícilmente puede resultar compatible con la exigencia de imparcialidad que imponen el artículo 24 CE y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos humanos y, en consecuencia, con el derecho a un recurso efectivo que proclama el artículo 13 del Convenio¹⁰.

A los dos problemas señalados (inexistencia de una segunda instancia generalizada en el contencioso-administrativo e inutilidad del incidente de actuaciones) se suma, finalmente, que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo también ha sufrido su correspondiente reforma y ha pasado a ser, a imagen y semejanza del recurso de amparo, un recurso objetivo para la formación de jurisprudencia. Veamos ahora en qué ha consistido esa reforma.

4. LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN: DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS A LA TUTELA DE LA LEY

A juzgar por el extremado rigor con el que la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo venía interpretando, en los últimos años, los requisitos de admisión del recurso de casación¹¹ –hasta el punto de haber merecido la condena del TEDH por considerarlo contrario al artículo 6 del Convenio¹²– no es de extrañar que desde la propia Sala de lo contencioso se impulsara la reforma del recurso de casación.

Como ya he adelantado, dicha reforma, emulando o, al menos, inspirándose en la reforma del recurso de amparo, ha establecido una nueva regulación en la que si

y, en consecuencia, el establecimiento de ese recurso no es una opción del legislador, sino una exigencia constitucional.

9 Vid. DÍEZ-PICAZO, L.M., “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?” en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, CEPC, 2018, p. 115, donde afirma que “es bastante obvio que la «ampliación» del incidente de nulidad de actuaciones era una suerte de contrapartida a la denominada «objetivación» del amparo constitucional, esto es, a la limitación del amparo a los casos que presenten «especial trascendencia constitucional»”. Asimismo, afirma que “existe la generalizada conciencia de que el incidente de nulidad de actuaciones no sirve para nada”.

10 Vid. MORENILLA P. y de CASTRO, J.L., “Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241-1.II, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, n.º 7784, 26 de enero de 2012; y BELADIEZ, M., “La función constitucional...”, cit., pp. 447-450.

11 Vid. CHINCHILLA, C., “Nuevos criterios de admisión del recurso de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2015, pp. 25-50. La actuación del Tribunal Supremo expuesta en ese artículo mereció el reproche del Tribunal Constitucional en su sentencia 7/2015.

12 Sentencia del TEDH, de 26 de mayo de 2020, caso *Gil Sanjuán c. España*. Vid. CHINCHILLA, C., “Nadie puede ser privado de su derecho al recurso por incumplir un requisito que no era exigible en el momento de su presentación (Comentario a la Sentencia del TEDH de 26 de mayo de 2020, caso *Gil Sanjuán contra España*)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 213, 2020, pp. 263-296.

bien, por un lado, se amplía el recurso a todo tipo de resoluciones y materias, por otro y, al mismo tiempo, se restringe drásticamente el acceso a este recurso al configurarlo como un recurso cuya función esencial va a ser, según declara la exposición de motivos de la ley orgánica 7/2015, “la formación de la jurisprudencia”. Y por eso se dice también en la exposición de motivos que el objetivo de la reforma es que el recurso de casación “cumpla *estrictamente* su función”¹³.

La nueva ley hace del “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia” el requisito esencial para que el recurso pueda ser admitido. El recurrente tiene, por ello, la obligación de acreditar “suficientemente”, en su escrito de preparación del recurso (primera de las dos fases en las que se divide la interposición del recurso de casación), la concurrencia de ese interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, y debe hacerlo, además, observando unos requisitos formales muy estrictos, ya que tanto el escrito de preparación, al que acabo de aludir, como el de interposición (segunda fase a la que se pasa una vez que ha sido admitido el recurso) no solo tienen limitado el número de páginas (15 y 25 respectivamente), sino también predeterminados los distintos criterios tipográficos, tales como el tipo de letra, el tamaño, el interlineado, los márgenes, etc.¹⁴.

A diferencia de lo que sucedió con el recurso de amparo respecto del que, como se recordará, el legislador solo definió el nuevo requisito y fue el Tribunal Constitucional quien, después, concretó los supuestos en los que se encarnaba el concepto de “trascendencia constitucional”, en el caso del recurso de casación, ha sido el propio legislador quien ha definido los supuestos en los que cabe entender que existe el “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”.

Así, y según lo establecido en el artículo 88 de nuestra Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA),

- “1. *El recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*
2. *El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:*
 - a) *Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictorio con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.*

13 Sobre el recurso de casación tras la reforma, vid. por todos BOUAZZA ARIÑO, O., *La casación en el contencioso-administrativo*, Civitas, 2021.

14 Al amparo de lo previsto en el artículo 87 bis, 3 de la LJCA, estas reglas se establecieron por Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2016, que fue publicado en el BOE el 6 de julio de 2016.

- b) *Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.*
 - c) *Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.*
 - d) *Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.*
 - e) *Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.*
 - f) *Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.*
 - g) *Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.*
 - h) *Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.*
 - i) *Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.*
3. *Se presumirá que existe interés casacional objetivo:*
- a) *Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.*
 - b) *Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.*
 - c) *Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.*
 - d) *Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.*
 - e) *Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.*

No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”.

Del artículo 88 de la LJCA, cuyo análisis en detalle desborda, con mucho, el objeto de este trabajo, puede decirse que lo que en él es una virtud, es al mismo tiempo

un defecto o inconveniente. Lo que tiene de bueno ese listado –abierto y extenso– de supuestos que revisten interés casacional objetivo, es que sirve para orientar a los ciudadanos y, sobre todo, a los profesionales sobre qué debe entenderse por un concepto tan nuevo para nosotros como es el de “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”. Al mismo tiempo, cumple también la función de limitar la discrecionalidad que la Ley otorga al Tribunal Supremo para determinar, en cada caso que se le plantee, si ese asunto tiene interés para que el Tribunal forme jurisprudencia. A este respecto, podría decirse –y esa es otra de las paradojas que se derivan de la regulación de la nueva casación– que la ley otorga al Tribunal Supremo una potestad –la de apreciar si el caso concreto tiene suficiente interés para formar jurisprudencia– cuyo ejercicio inevitablemente va a basarse en un juicio esencialmente subjetivo de lo que tenga interés casacional “objetivo”. Por eso, el artículo 88 intenta poner límites a ese amplio margen que la ley otorga al Tribunal Supremo para determinar en cada caso lo que tenga o no interés casacional objetivo¹⁵. Y por eso, como muy bien ha puesto de manifiesto J. Santamaría, el elenco de supuestos del artículo 88 tiene la ventaja de racionalizar la toma de decisiones por parte del Tribunal Supremo¹⁶.

El inconveniente que presenta, sin embargo, el hacer un listado como el del artículo 88 es que dificulta la presentación del recurso, ya que, en muchos casos, resulta muy difícil encajar en alguno de los supuestos del precepto el caso concreto que se plantea y que, desde la perspectiva del recurrente, debería merecer la consideración por parte del Tribunal Supremo. A ello se suma que, aunque la lista sea larga, existen casos que, en abstracto, tendrían interés casacional objetivo y que no están, sin embargo, en el listado¹⁷. Y si bien es cierto, en teoría, que la lista es abierta, no lo es menos que si ya resulta complicado que el Tribunal Supremo aprecie la existencia de interés casacional en los casos en los que el recurso se fundamenta en alguna o algunas de las circunstancias enunciadas expresamente en el artículo 88, más aún lo será si es el propio recurrente el que intenta sumar a la larga lista del precepto un nuevo supuesto de “interés casacional objetivo”, no expresamente previsto en el mismo.

15 El Tribunal Constitucional, en su Auto 65/2018, ha calificado de “amplísimo margen de apreciación” el atribuido por el legislador al Tribunal Supremo para determinar, en cada caso, si el recurso tiene o no «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

16 SANTAMARÍA PASTOR, J., “La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88”, *Revista de Administración Pública*, nº 207, 2018, pp. 43-59. En su ponencia, presentada en el Seminario que organizó la RAP en el CEPC sobre el recurso de casación, y al que ya he hecho referencia, el profesor SANTAMARÍA afirma que el artículo 88 “racionaliza la toma de decisiones por parte del Tribunal Supremo, evitando la formulación de criterios erráticos, por subjetivos o coyunturales, que arrojarían una imagen de arbitrariedad en la admisión o inadmisión de los recursos; y, sobre todo, proporciona a los litigadores una orientación sumamente valiosa acerca de las justificaciones que pueden alegar, lo que evitará –al menos, en parte– la construcción de razonamientos imaginativos”.

17 Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “Una reflexión...”, cit. El profesor cita, por ejemplo, el caso de las sentencias que tengan votos particulares. En el mismo sentido, SANTAMARÍA PASTOR, J., “La orientación...”, cit., quien también añade los casos en los que se plantee un conflicto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

No debe olvidarse, a este respecto, que el trámite de admisión del recurso de casación, mucho antes de que se aprobase la nueva regulación, era ya un trámite muy rígido e impregnado por una vocación muy restrictiva y poco favorable a la admisión de los recursos. Ahora lo es mucho más, desde el momento en que el recurrente no solo tiene que fundamentar su recurso en algo que, al menos de forma directa, le resulta del todo ajeno (la formación de jurisprudencia), ya que, evidentemente, lo que pretende no es otra cosa que la tutela de sus derechos, sino que, además, debe hacerlo de forma especialmente rigurosa, ya que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.1 LJCA, en su escrito de preparación “deberá *especialmente* fundamentar, *con singular referencia* al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar *el interés casacional y la conveniencia* de un pronunciamiento de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”.

Las cifras que se conocen sobre la admisión –más bien, inadmisión– de los recursos de casación hablan por sí solas sobre la dificultad de que se admita, en la actualidad, un recurso de casación: de los 25.152 recursos de casación resueltos por la Sección, desde que entró en vigor la reforma (22 de julio de 2016) hasta el 31 de diciembre de 2020, solo se han admitido 4.087, habiéndose inadmitido, por tanto, los 21.065 restantes. Es decir, solo el 16,24 % de los recursos ha sido admitido¹⁸.

A la luz de todo lo dicho, podemos concluir que, en la actualidad, el recurso de casación tiene una función principal –la de la defensa de la ley (la denominada función “nomofiláctica”)– y una función secundaria, la de la protección de los derechos del recurrente. El propio Tribunal Supremo así lo ha reconocido en su Auto de 19 de junio de 2017, al calificar al nuevo recurso como “instrumento procesal *volcado en la labor hermenéutica* del Derecho público, administrativo y tributario, *con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica* en la aplicación de este sector del Ordenamiento...”; y al decir que “el cometido principal” de la Sala es la interpretación de las normas para, seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso”¹⁹.

18 Ante la enorme dificultad de calcular estas cifras a partir de los datos que aparecen en la web del Consejo General del Poder Judicial, las tomo del trabajo del profesor LÓPEZ MENUDO, F., “Un lustro de la nueva casación. Balance ante el reto de la obligada doble instancia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 214, 2021, pp. 99-132. El propio autor explica que la información de las fuentes oficiales no son lo satisfactorias que debieran y que, por ello, “corre por cuenta del estudioso desmenuzar y reordenar la escueta información oficial para que los datos adquieran la capacidad de hablar por sí solos y con sentido sobre aspectos del recurso, tanto formales, como sustanciales; lo que necesariamente obliga a examinar, siquiera sea someramente, todas y cada una de las resoluciones dictadas”.

19 Se trata del Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio, destacado por la magistrada I. Huerta en su ponencia del Seminario sobre el nuevo recurso de casación al que ya he hecho referencia (HUERTA, I., “Los criterios de la sección de admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 61-93).

En dicho Auto se dice que el nuevo recurso de casación “*presenta una decidida vocación de erigirse como instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la*

Siendo ello así, y después de lo que ha quedado dicho sobre el recurso de amparo, resulta que en nuestro ordenamiento jurídico tenemos un segundo recurso cuya función primordial no es la de tutelar los derechos fundamentales o los derechos, en general, sino la de contribuir a la certeza y seguridad jurídica en la interpretación del Derecho. Por ello y, aunque, como es lógico, la perspectiva subjetiva o de tutela de los derechos no haya quedado eliminada en el nuevo recurso de casación, esa dimensión ha pasado a ocupar un lugar secundario. Y por eso, la respuesta que yo daría a la pregunta formulada por el profesor López Menudo —“el recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?”²⁰— es la siguiente: el nuevo recurso de casación está, sobre todo, al servicio de la formación de la jurisprudencia, siendo la tutela de los derechos del recurrente el instrumento que sirve al sistema para permitir que el Tribunal Supremo cumpla su función de formar jurisprudencia.

Un recurso poco útil, pues, para el ciudadano, pero que, en todo caso, tiene que presentar, por remotas que sean las posibilidades de que sea admitido, si quiere agotar la vía previa antes de acudir a ese otro recurso objetivo y extraordinario, de muy improbable admisión, en el que se ha convertido el recurso de amparo²¹. Con el agravante de que, en determinados supuestos, como ya hemos visto, para agotar la vía

aplicación de este sector del Ordenamiento. La noción de «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», a que se refieren los artículos 88.1 y 90.4 LJCA, se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional, que atribuye a esta Sala Tercera como cometido principal, en palabras del artículo 93.1, fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, para seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso”.

20 LÓPEZ MENUDO, F., “El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 13-41.

21 En el Auto 65/2018, 18 de junio de 2018, el Tribunal Constitucional ha concluido que, en el régimen actual de recursos, es necesario preparar la casación, por muy improbable que sea su admisibilidad, para poder interponer el incidente de nulidad de actuaciones que será necesario, a su vez, para agotar la vía previa al recurso de amparo, en los casos en los que así proceda. En este importante Auto, el Tribunal reconoce que la nueva configuración del recurso de casación “tiene indudable repercusión en la satisfacción del requisito de agotamiento de la vía judicial previa que rige en el recurso de amparo [...], pues hace necesario dilucidar, a todos los que quieren recabar el amparo de este Tribunal frente a sentencias dictadas en primera instancia o en apelación, si antes deben recurrir en casación, si este produce el agotamiento de la vía judicial previa, o si es posible, como hizo el ahora recurrente, acudir directamente a la solicitud de nulidad de actuaciones frente a la Sentencia impugnada, denunciando las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que no haya podido invocar antes. Y, al mismo tiempo, obliga a los órganos judiciales a decidir si el recurso de casación debe ser siempre requisito previo ineludible de la solicitud de nulidad de actuaciones, so pena de su inadmisión, como también ocurrió en el caso presente”.

El argumento principal del Tribunal Constitucional para concluir que, aunque sea evidente para el recurrente que su recurso de casación carece de interés casacional objetivo, lo tiene que interponer en todo caso, es el de que “si todo el sistema se basa, como se ha expuesto, en el amplio margen de apreciación del Tribunal de casación sobre la concurrencia o no del interés casacional, nadie puede suplantarle y, por tanto, no pueden arrogarse los interesados, ni otros órganos judiciales, esa atribución”.

previa al recurso de amparo, el recurrente tendrá que interponer también el incidente de nulidad de actuaciones.

Si a todo esto se añade que la inadmisión de los recursos lleva aparejada la condena en costas, el panorama no puede ser más desalentador para el justiciable, pues para ser amparado en sus derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, en el improbable caso de que el Tribunal considere que el recurso tiene “especial trascendencia constitucional”²², antes habrá tenido que interponer un incidente de nulidad de actuaciones, de muy escasa utilidad por tratarse de un recurso resuelto por el mismo órgano que ha dictado la resolución recurrida y, antes del incidente de nulidad, un recurso de casación, a pesar de que en su nueva configuración se trate de un recurso objetivo y de difícil acceso para el ciudadano.

La excepción a lo que acaba de decirse, en el sentido de que es necesario interponer recurso de casación y, posteriormente, nulidad de actuaciones antes de poder acudir al Tribunal Constitucional en amparo, se produce en el supuesto en el que (i) la lesión del derecho fundamental la ha causado una resolución judicial dictada por un órgano judicial que resuelve en única o última instancia; (ii) se ha recurrido en casación contra esa resolución judicial; y (iii) se ha inadmitido la casación por razones procesales no imputables a la falta de diligencia de la parte, como, por ejemplo, por considerar el Tribunal Supremo que la cuestión carece de interés casacional objetivo. En estos supuestos, y porque así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 112/2019, en la que cambió el criterio que había sostenido hasta ese momento, el interesado puede *optar* entre interponer el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia que vulneró el derecho fundamental (recurrida antes en casación y, una vez, inadmita esta) o, bien, interponer directamente el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional²³. Así pues, en supuestos como estos –concluye el Tribunal Constitucional– la interposición del incidente de nulidad de actuaciones “no será un requisito necesario para agotar la vía judicial previa al amparo ante este Tribunal [...], pero si se presenta ha de considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido, y por tanto, no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial”²⁴.

22 Salvo error por mi parte, el último año que el Tribunal Constitucional ha dado a conocer el porcentaje de inadmisión de los recursos de amparo fue el año 2017. En la Nota informativa nº 51/2017, Memoria del Tribunal Constitucional 2016, se afirma que “de nuevo, el porcentaje de inadmisión a trámite de los recursos de amparo es muy elevado, y representa el 99,05 por ciento del total de decisiones sobre admisión dictadas en esta materia”. Aunque el Tribunal sigue publicando en sus Memorias, año tras año, con posterioridad al 2016 no solo no se incluye el número de recursos de amparo inadmitidos, sino que es muy difícil deducirlo de los datos que se proporcionan en estas Memorias.

23 STC 112/2019, de 3 de octubre de 2019, FJ 1. 3 f).

24 Probablemente el Tribunal Constitucional quiso decir “la tutela de los derechos fundamentales *cuya vulneración se imputa a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido...*”, en lugar de “la tutela de *los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido*”.

5. REFLEXIÓN FINAL

Termino estas reflexiones lamentando que, para descargar a los tribunales de trabajo, algo absolutamente necesario para que puedan cumplir su función, haya tenido que privarse a los ciudadanos de recursos efectivos para proteger sus derechos; singularmente, sus derechos fundamentales. Me pregunto si la única reforma posible era esa o si, por el contrario, podrían haberse hecho otras cosas como, por ejemplo, haber llevado a cabo reformas estructurales en la organización de los tribunales que hubieran garantizado con carácter general la doble instancia; o haber atribuido la competencia para resolver el incidente de nulidad de actuaciones a un órgano judicial diferente al que haya dictado la resolución objeto de recurso (por ejemplo, a una sección especial constituida en cada uno de los órganos jurisdiccionales colegiados –Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia–) o, finalmente, haber hecho los esfuerzos necesarios para dotar a los tribunales de más y mejores medios personales y materiales.

Sin lugar a dudas, lo que propongo es mucho más complejo que reducir el número de recursos que han de resolver los tribunales. Lo fácil es crear un sistema de admisión basado en el objetivo de que sean muy pocos los recursos que accedan a los Tribunales. Sin embargo, si se hubiera optado por otras soluciones o, al menos, no se hubiera adoptado la discutible solución que finalmente se ha impuesto (restringir y objetivar, en un breve espacio de tiempo, los dos recursos –el de amparo y el de casación–; confiar la tutela de los derechos fundamentales a un recurso que no es efectivo –el incidente de nulidad de actuaciones–; y todo ello en un sistema que carece, por lo general, de la doble instancia), no tendríamos que estar lamentando ahora, cuando se van a cumplir cuarenta y tres años de la aprobación de la Constitución, que el legislador haya conseguido crear la tormenta perfecta para que, en el contencioso-administrativo, los recursos no estén cumpliendo la función primordial que deben cumplir en un Estado de Derecho y que no es otra que la de tutelar *de forma efectiva* los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BELADIEZ ROJO, M., “La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ”, en L. Arroyo, M. Beladiez, C. Ortega, J.M. Rodríguez de Santiago (coors.), *El Juez del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 2015, pp. 439-453.
- BOUAZZAARIÑO, O., *La casación en el contencioso-administrativo*, Civitas, 2021.
- CHINCHILLA, C., “Nuevos criterios de admisión del recurso de casación contra sentencias y autos de la Audiencia Nacional”, *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, n.º 52, 2015, pp. 25-50.
- CHINCHILLA, C., “Nadie puede ser privado de su derecho al recurso por incumplir un requisito que no era exigible en el momento de su presentación (Comentario a la Sentencia del TEDH de 26 de mayo de 2020, caso Gil Sanjuán contra España)”, *Revista de Administración Pública*, n.º 213, 2020, pp. 263-296.

- COBREROS MENDAZONA, E., “El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 118, 2020, pp. 17-48.
- DÍEZ-PICAZO, L.M., “¿Tiene sentido el incidente de nulidad de actuaciones?”, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La nueva perspectiva de la tutela procesal de los derechos fundamentales*, CEPC, 2018, pp. 99-122.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 119-124.
- HUERTA, I., “Los criterios de la sección de admisión en orden a la admisión del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 61-93.
- LÓPEZ MENUDO, F., “El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 13-41.
- LÓPEZ MENUDO, F., “Un lustro de la nueva casación. Balance ante el reto de la obligada doble instancia”, *Revista de Administración Pública*, n.º 214, 2021, pp. 99-132.
- LOZANO CUTANDA, B., “La sentencia Saquetti Iglesias c. España impone la introducción de la doble instancia para el enjuiciamiento de las sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, n.º 213, 2020, pp. 181-207.
- MORENILLA P. y de CASTRO, J.L., “Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241-1. II, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula”, *Diario La Ley*, n.º 7784, 26 de enero de 2012.
- SANTAMARÍA PASTOR, J., “La orientación legal acerca del interés casacional: excesos y defectos del artículo 88”, *Revista de Administración Pública*, n.º 207, 2018, pp. 43-59.