

La casación civil y la tutela jurídica de las personas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español *

Aníbal Quiroga León

Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho de la PUC y Miembro del Comité Consultivo de Thémis.

"Abolidos por el Código Napoleónico la absurda prohibición de interpretación judicial y el *refere* legislativo, y puesta la interpretación de la ley en orden al caso singular controvertido entre los oficios esenciales del Juez, la Casación -que tomó el nombre de *Cour*, en lugar del de Tribunal, a partir del Senado Consulto del 28 floreal del año XII- extendió su control, que antes se limitaba a la contravención expresa de la ley, a la interpretación errónea y a la falsa aplicación de la ley, hasta llegar a los errores de derecho in iudicando".

Piero Calamandrei
La Cour de Cassation

I. INTRODUCCIÓN

Las modernas corrientes sobre interpretación en la jurisprudencia constitucional han cambiado los conceptos tradicionales de **hermenéutica** sistematizados inicialmente por las obras de Geny y de Von Savigny, y después profusamente desarrollados por diversos tratadistas, entre los que destacan trabajos como los de Francesco Messineo y Diez-Picazo¹. En efecto, ya no se considera a la Constitución sólo como el vértice normativo superior de todo el ordenamiento jurídico de la Nación, sino que, además de norma jurídica -o antes que eso, quizá- es fundamentalmente **norma política** continente de principios y postulados fundamentales para la orga-

nización política, social y económica de la Nación, los que por su propia naturaleza y aplicación históricamente dinámica, han de tener diferente vigencia que las normas jurídicas comunes, movilizándose en planos disímiles².

El tema que aborda el presente trabajo, es de características interesantes pues se trata de determinar si el comportamiento del Tribunal Supremo español (la admisión a trámite del recurso de casación y posterior pronunciamiento sobre el fondo de la controversia), a la luz de la interpretación de los principios constitucionales que contiene la Constitución de 1978 respecto al derecho a la **Tutela Jurídica de las Personas**, es adecuada o no. Para ser

Trabajo reformulado del original "La Casación y la Tutela Jurídica de las personas -indefensión en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de los años 1981 y 1982", presentado al Curso Monográfico del Doctorado Interpretación de la Constitución, del Dr. Enrique Alonso García, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Curso 83/84.

Debe tenerse en cuenta que por las críticas que este trabajo recoge se expidió la Ley 34/1984, del 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituye el Título XXI de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, adecuándose al desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español toda la concepción y trámite de la casación. Este trabajo fue previo a dicha reforma. También nos interesa sobre la base del "Proyecto de Ley del Recurso de Casación" que desde 1986 ha dado a publicidad la Dirección de General de Asuntos Jurídicos

del Ministerio de Justicia. Sobre esta materia puede revisarse la tesis de Bruno Marchese Quintana "La Casación de los Procesos Civiles por la Corte Suprema de Justicia"; Fac. de Der., PUC del Perú, Lima, 1987.

1. Messineo, Francesco: "Conocimiento, interpretación e integración de las normas. La Tarea del Intérprete..."; Mimeo, Fac. de Der. PUC del Perú, Lima 1977. Ver también Diez-Picazo, Luis: "Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona. 1975; y Pegorari Rodríguez, Carla: "La Interpretación Constitucional", Tesis, Fac. de Der. PUC del Perú, Lima, 1988.
2. Quiroga León, Aníbal: "La Interpretación Constitucional", en: Derecho No. 38, Fac. de Der. PUC del Perú, Lima, 1985 y Hesse, Konrad: "Escritos de Derecho Constitucional-Selección", Centro de Est. Constitucionales, Madrid, 1983.

más claros, establecer a manera de conclusión apriorística, si la actuación del Tribunal Supremo español ha sido o no constitucional en el tratamiento de la casación, comparando determinados aspectos de la casación versus los postulados constitucionales de la Tutela Jurídica de las Personas y cómo ello ha sido planteado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

Sabido es que dentro del Derecho Procesal la Casación ocupa el lugar de una de las instituciones más complejas e interesantes. El detalle más importante estará centrado en la diferenciación entre la casación civil y la penal, y sus similitudes de trámite engorroso, donde radicaría fundamentalmente la diferencia de **Tutela Jurídica** y de vigencia de los principios constitucionales, a partir de una de las garantías más importantes de todo proceso moderno: la **pluralidad de instancias**.

II. LA CASACIÓN

1. NATURALEZA

Etimológicamente casación proviene del latín. En su segunda acepción en el Diccionario de la Lengua Española es la derivación de *cassare*, de *cassus*: vano, nulo; y significa acción de anular, abrogar, derogar³. Denota, en definitiva una aplicación procesal como recurso, la acción y efecto de recurrir en juicio u otro procedimiento para reclamar contra resoluciones, ora ante la autoridad que las dictó, ora ante alguna otra. El moderno recurso de casación es el que se interpone ante un Tribunal de orden Supremo contra los fallos definitivos o laudos dictados por una instancia inferior, en los cuales se presumen infringidas leyes o doctrina legal, o quebrantada alguna de las formas que dan garantías esenciales al procedimiento⁴.

Ya en un aspecto más técnico, la casación es el recurso que se confiere contra determinadas sentencias para lograr su nulidad. Suprimido por algunos países como México -en realidad sustituido por el **juicio de amparo**- se mantiene vigente en diversos sistemas jurídicos con raíces comunes y peculiaridades de cada Ordenamiento Jurídico⁵. Al decir de Escribano⁶, es la acción de anular y declarar por ningún valor ni efecto algún acto público.

La casación es una institución del derecho

3. Diccionario de la Lengua Española.- XIX Ed. (vocablo "casar").
4. Op. Cit. (Vocablo "recurso de casación").
5. Pallares, Eduardo: "Diccionario de Derecho Procesal Civil", (vocablo "casación").
6. Op. Cit.

procesal moderno, cuyas raíces más antiguas pueden ser halladas en el derecho romano. Con el tiempo ha ido mutando hacia concepciones más técnicas, de manera que en la actualidad, influenciados básicamente por el modelo francés -perfilado con posterioridad a la Revolución- de la **Cour de Cassation**, consiste en el derecho del litigante de recurrir ante un Organismo Jurisdiccional de carácter nacional a fin de que revise, en última y definitiva instancia, el comportamiento jurisdiccional precedente dentro de su causa; comportamiento que ha de tener por límites dos características fundamentales de la casación: la actuación **in procedendo** (forma del proceso) y a actuación **in iudicando** (modo del juicio).

Guasp⁷ precisa que: "Es el proceso de impugnación de una resolución judicial, ante el grado supremo de la jerarquía judicial, por razones inherentes al proceso en que dicha resolución fue dictada. Es, pues, un recurso de carácter extraordinario (...) donde las partes no pueden acudir a ella en base a su simple interés, sino que tiene que contar con una base legalmente determinada, (...) esto es, con un motivo".

Y ello está en el fondo de la naturaleza de la casación. Los Tribunales de Casación no pueden conocer de los procesos litigiosos en los mismos términos de amplitud en que lo hicieron los Tribunales de instancia, sino que encuentran limitados sus poderes a temas taxativos y que se conocen como los **motivos de la casación**.

Sin embargo, en el caso de la casación española -como en la mayoría de los sistemas de casación actuales- el curso histórico de la institución, como apunta Vázquez Sotelo⁸, no ha limitado desde el principio al Tribunal Supremo a una mera anulación de la sentencia recurrida, sino que opera como lo que se entiende la casación más auténtica, la de fondo, asumiendo también jurisdicción positiva y fallando sobre el fondo del tema empeñado, lo que en este particular caso quita gran parte de interés a la polémica doctrinal que sobre ese instituto pesa⁹.

Ahora bien, ¿Qué ha sucedido con la casación

7. Guasp., Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel: "La Casación Civil española en algunas de sus complejidades", p. 13.
8. Vázquez Sotelo: "Rasgos definidores de la casación civil española", citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 14.
9. Jurisdicción positiva a diferencia de la llamada jurisdicción negativa, que es la imperante en sistemas clásicos de casación (como la francesa), con fallos de nulidad y reenvío al Tribunal de Instancia para un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la causa una vez corregido el vicio de nulidad.

española? Taboada Roca¹⁰ explica la situación siguiente: "En mi larga experiencia como Magistrado (...), he comprobado (...) -con natural insatisfacción- cómo muchos recursos de casación por infracción de ley nacen condenados al fracaso porque quienes los preparan, (...) no han parado en mientes en la enorme trascendencia de las fases de preparación y de interposición y desdeñaron el estudio de las normas de inexcusable trascendencia que se exigen...". A ello agrega "Y lo triste es que en muchos casos, si los recursos se hubiesen formulado correctamente, o hubieran sido acompañados de los documentos complementarios, habrían tenido probabilidad de éxito o, por lo demás, habrían pasado a la fase de decisión. (...) No es sólo el desdén con que algunos letrados miran las fases previas lo que provoca la inadmisión y, en su caso, la desestimación de muchos recursos. Es también la falta de concreción idiomática de que hace gala nuestra Ley al regular esta materia (...) y la complejidad y abundancia de formalismos (...) a lo que habría que agregar, también, (...) la extraordinaria rigurosidad que ha desplegado la jurisprudencia (...) en la interpretación de las normativas referentes a las formalidades del escrito de interposición".

El Profesor Prieto-Castro¹¹ añade: "... que no conocía un sistema jurídico de casación que ofrezca mayores dificultades que el español en orden de acierto en el cumplimiento de unos requisitos formales que, de no observarse, tienen como consecuencia la pérdida del recurso. Quien no esté muy versado en los secretos que la Ley y la técnica jurisprudencial obligan a conocer, siempre que se trate de usar alguna modalidad del recurso supremo y de elegir la causa concreta, el motivo específico y el concepto idóneo (...), razonablemente queda siempre temeroso de haber errado y aguarda con inquietud el trámite de admisión (...), o el fallo en el que la causa de inadmisibilidad pueda aparecer".

Sin embargo, pese a estas críticas a la naturaleza de la casación en España, el propio Prieto-Castro¹² enarbola la bandera de la defensa de la casación al formular tajante oposición a una ponencia presentada en un Congreso Internacional de Derecho Procesal, bajo el epígrafe de "Defensa de la Casación", y a la vez rebate la posibilidad de suprimir o sustituir el recurso de casación, en los siguientes términos: "... la característica de la casación española consiste precisamente en esto; que no es una ju-

risdicción negativa, sino (...) positiva. El carácter vinculante de las resoluciones del Tribunal Supremo sólo existe en el sistema francés, por ejemplo, y en aquellos otros sistemas donde el Tribunal de Casación no tiene más que una jurisdicción negativa. La declaración de ese Tribunal (...) es vinculante para el Tribunal de Instancia, el cual tiene que atenerse a la interpretación que ha hecho aquél cuando entra a conocer sobre el fondo, porque estos Tribunales no entienden en el fondo, sino que anulan, casan y remiten al inferior para que él falle (reenvío). El Supremo español no solamente casa, sino que dicta otra resolución (...). En definitiva: contemplada la institución como hoy existe, y contemplada, a la vez, la organización del Supremo, nosotros tenemos que decir que la casación no solamente es popular en España, sino que es la última esperanza de los litigantes y los Letrados, por la formación de sus Magistrados, por lo que representan, (...), etc. Es decir: que si la casación necesita indudablemente muchas reformas, que ya se apuntan, desde luego, debe existir tal como está organizada y obediente a los principios que la presiden".

2. CARACTERÍSTICAS

Es fundamental de la casación como institución del Derecho Procesal el control de la legalidad en la actuación jurisdiccional. Esto es, la posibilidad -o necesidad en aras del derecho y la justicia- de una vía procesal para la revisión de la propia función jurisdiccional -entendida ésta en su sentido procesal más restringido, esto es, como la potestad de declarar el derecho en el caso concreto y de manera definitiva-, en sus dos manifestaciones: la forma de proceder (procedendo) y el modo de juzgar (indicando).

A la anterior se le ha agregado una segunda, casi tan importante como la primera, que radica en la necesidad de unificar los criterios de interpretación judicial o jurisprudenciales (función de nomofilaquia) a un nivel nacional, de manera que rijan (en algunos países como Francia de manera vinculante) como modos y líneas directrices de interpretación del Ordenamiento Jurídico en la solución de los conflictos particulares.

Calamandrei¹³ justifica la casación de esta manera: "... como todas las actividades humanas están (...) sujetas a error, puede ocurrir que la conducta de los sujetos procesales no se desarrollen en el proceso de un modo conforme a las reglas del derecho objetivo y que, por tanto, uno o más de los actos coordinados queridos por la Ley sean, contra

10. Taboada Roca, Manuel: "La casación civil en algunas de sus complejidades", Real Academia de Jur. y Leg., Madrid, 1977; pp. 9-11.

11. Prieto Castro y F., Leonardo: "Trabajos y Orientaciones del Derecho Procesal", Ed. Rev. de Der. Priv., Madrid, 1964, p. 384.

12. Op. Cit. pp. 440 y ss.

13. Calamandrei, Piero: "La casación civil", citado por Taboada Roca. Op. Cit. p. 15.

la voluntad de ella, olvidados. Se produce entonces la inejecución de la Ley procesal, en cuanto alguno de los sujetos del proceso no ejecuta lo que esta Ley le impone (inejecución in-omittendo), o ejecuta lo que esta Ley le prohíbe (inejecución in-faciendo) (...); esta inejecución de la Ley procesal constituye en el proceso una irregularidad, que los autores modernos llaman un 'vicio de la actividad' o un 'defecto de construcción' y que la doctrina del derecho común denominaba un 'error in procedendo'. (...) El Juicio está construido, strictu sensu, por el trabajo lógico del Juez a través de una serie de silogismos que le han de llevar a una declaración de certeza (sententia) en la que comparará el caso particular (...) con el hecho específico legal de una o varias normas jurídicas, deduciendo, a guisa de conclusión, la concreta voluntad de la Ley. Ahora bien, puede ocurrir que la voluntad concreta de la Ley proclamada por el Juez (...) en su sentencia no coincida con la voluntad efectiva de la Ley (sentencia injusta), porque, aún (...) inmune de errores in procedendo, el Juez haya incidido en error en el desarrollo de su actividad intelectual de manera que el defecto inherente a una de las premisas lógicas haya incidido necesariamente en la conclusión. En este caso, en el que la injusticia de la sentencia deriva de un error ocurrido en el razonamiento que el Juez lleva a cabo en la fase de decisión, los autores modernos hablan de un 'vicio de juicio', que la doctrina más antigua denomina un 'error in iudicando'".

Por todo lo anterior, es característica de la casación que dentro de ese control de la función jurisdiccional -control inter órgano- se suele atribuir como objetivo de dicho instituto procesal dos aspectos fundamentales: la protección de la Ley o función nomofiláctica, y la unificación de la Ley, o función unificadora ¹⁴.

Guasp ¹⁵, en cambio, se alza contra todo intento de apología de la casación que la fundan en esos dos objetivos primordiales (la defensa de la Ley y la unificación en su aplicación). Según afirma categóricamente, tales aspectos no son tareas directas de la actividad procesal en la función jurisdiccional, por lo que le resultan ajenas.

Es conveniente diferenciar claramente la casación, como recurso extraordinario de impugnación, de la apelación, como recurso ordinario de impugnación o medio de gravamen a tenor de la definición de Calamandrei ¹⁶. En efecto, en primer

término, la apelación de una decisión judicial conlleva implícita una **garantía fundamental del proceso justo** cual es el **derecho a la pluralidad de instancias** o derecho al grado plural del que más adelante se detallará. La apelación, o el vencimiento de su plazo, otorgan de una u otra forma firmeza a una decisión judicial y le confieren la autoridad de cosa juzgada. Por eso, en aras de la seguridad jurídica del derecho a través del proceso judicial, Calamandrei ¹⁷ afirma: "Como el ordenamiento positivo garantiza a los litigantes más de una instancia y admite, de otra parte, en cuanto a los vicios más graves, remedios especiales, autores procesales como Wach, Fischer, Kohler opinan que, una vez agotadas las instancias a través de las cuales la controversia puede ser repetidamente examinada (...) debe prohibirse irremisiblemente toda reclamación contra los vicios de la sentencia".

Dentro del estudio de la apelación, Calamandrei ¹⁸ distingue lo que es un medio de gravamen (mezzo di gravame o Rechtsmittel) de lo que es un recurso impugnatorio (Anfechtungsklage). Y dice: "Medio de gravamen (la apelación) nace como instituto de naturaleza exclusivamente procesal dirigido a remediar la posibilidad de que el error de juicio cometido por el Juez pueda dar lugar a una sentencia injusta. Hecho posible por una subordinación jerárquica del Juez inferior al Juez superior, el medio de gravamen puede tratar (...) de hacer cumplir por el Juez el nuevo gravamen de la sentencia inferior a fin de que aquél corrija los errores de juicio (injusticia) cometidos por éste. Pero hoy el concepto se ha ampliado y transformado; mientras, según el concepto originario, la decisión del superior se dirigía a corregir directamente los errores del Juez inferior, hoy día, la Ley, partiendo de la premisa de que una sola instancia no ofrece garantías suficientes para producir sentencia justa, quiere que en toda controversia la parte pueda obtener dos decisiones (principio del doble grado) (...), de modo que la decisión posterior se sobreponga a la (...) anterior, aún cuando ésta fuese perfectamente justa e inmune".

Sobre lo que enseñaban los antiguos Doctores que la interposición de la **appellatio** reducía a la nada la sentencia de primer grado y llevaba de nuevo la causa al estado de **litis-contestatio** ¹⁹, el medio de gravamen es el derecho de obtener una nueva decisión sobre una relación jurídico-procesal ya resuelta una primera vez y absolutamente independiente del vicio de la sentencia. Se concede a la parte vencida en un juicio en todos aquellos supuestos en que la Ley cree que un solo grado de juzga-

14. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. p. 16.

15. Guasp, Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 17

16. Calamandrei, Piero: "Estudios sobre el Proceso Civil". Bib. Omeba, Bs. As., 1961; p. 422 y ss.

17. Op. Cit. p.

18. Op. Cit. pp. 439-440

19. Op. Cit. p. 443

miento es insuficiente garantía de justicia ²⁰. La diferencia con el medio de impugnación puede sintetizarse en que el medio de gravamen tiene por objeto un nuevo pronunciamiento lato, creando una situación de pendencia sobre el fallo de primera instancia, en tanto que el medio de impugnación tiene por objeto un nuevo pronunciamiento ante una instancia superior pero por sobre defecto o vicio acusado en el pronunciamiento precedente, y que tiene que haber sido deducido y precisado por la parte que se sienta afectada por el mismo, en restitución directa de la Ley. Vista esta diferencia podemos concluir, que la casación es (además de recurso) un medio extraordinario de impugnación de las sentencias al que necesariamente debe serle precedente un medio de gravamen impuesto por la Ley en garantía de la equidad y justicia del proceso.

3. LA CASACIÓN CIVIL

3.1. Clases:

El recurso de casación es un medio de impugnación extraordinario de sentencias judiciales definitivas dictadas en apelación, mediante el cual se somete las mismas a conocimiento del Tribunal Supremo, con la finalidad de que por el mismo -ejerciendo un control intra-órganos- sean examinadas en la aplicación del derecho objetivo efectuada por Tribunal o Juez inferior, así revisar su actuación procesal ²¹.

La clasificación más aceptada está sustentada en las características del recurso de casación, esto es, por un lado, el error **in procedendo** o vicio de la actividad procesal, que da lugar a la casación por **quebrantamiento de forma**; y, por el otro, el error **in iudicando** o vicio de juicio que da lugar a la casación por infracción de Ley o de doctrina legal. Se puede concluir que una primera clasificación nos da como resultado la existencia de dos tipos legales para la casación civil: la casación de fondo y la casación de forma.

Según lo explica Taboada Roca ²², el Art. 1691º de la Ley de Enjuiciamiento Civil Español contenía una división tripartita de la casación, que era poco afortunada, ya que también en los supuestos de los numerales 2º y 3º se quebrantaba la Ley y no sólo en el supuesto 1º que así lo indica textualmente. En esto está de acuerdo Gomez Orbaneja ²³,

quien sostiene: "Cierto es que quebrantar las formas esenciales del juicio representa también violación de la Ley, pero de carácter especial. Significa que el Juez ha desconocido o infringido las normas que le imponía el derecho procesal como garantía (básica) de un fallo justo, no que actualmente no lo sea".

3.2 Análisis Legislativo:

El Título XXI, bajo el epígrafe **De los recursos de casación**, contiene en diez secciones las reglas de la casación civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con evidentes modificaciones legales a lo largo de más de un siglo de vigencia normativa. Así, desde el Art. 1686º al 1795º se contenía la normatividad procesal, compleja por cierto, de sustanciación de este recurso que, como ya hemos visto, es un medio de impugnación de carácter extraordinario.

Vemos luego de una apretada síntesis, ²⁴ que la naturaleza, característica y procedimiento de casación civil están tratadas al máximo detalle en la normatividad procesal civil siguiéndose una corriente típicamente decimonónica. Es realmente farragosa la legislación y son tantas las formas a guardar que suman en la complejidad al recurrir ante el Tribunal Supremo en busca de tutela jurídica. Si a lo anterior se auna la técnica jurisprudencial que ha perfilado el propio Tribunal Supremo en la admisión y resolución de las casaciones, llegaremos a la conclusión de que existe un excesivo culto al formalismo y tecnicismo en detrimento, muchas veces, del derecho material, de la Justicia y de los propios fines del recurso de casación: la observancia de la Ley en la función jurisdiccional.

3.3. Motivos de la Casación:

Como hemos visto, básicamente para definir los motivos de la casación deben ser aplicados los Arts. 1691º, 1692º y 1720º de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, pero su interpretación no es fácil y es menos simple aún su realidad judicial. Así, partiendo del texto legal ya se suscitan críticas a la redacción de las normas que regulan los motivos.

Taboada Roca ²⁵ precisa: "En nuestro lenguaje forense (...) se llama motivos de la casación (...) a cada una de las tesis impugna-

20. Op. Cit. p. 445

21. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. p. 21.

22. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. pp. 23-24.

23. Op. Cit.

24. Con las modificaciones de las Leyes de 27 de agosto de 1938 y 17 de julio de 1945.

25. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. pp. 25-26.

tivas de la sentencia que, numeradamente, con designación de vía de impugnación, concreción de norma infringida y señalamiento del modo o 'concepto' como es vulnerada, intenta poner de manifiesto la existencia de una determinada infracción (...) y razona dicha pretensión impugnativa".

Guasp²⁶ señala, por su parte, que motivo de la casación es la causa de la impugnación y constituye un requisito de la mayor importancia. Para que la casación procesa es preceptivo que se dé una **justificación objetiva** legalmente establecida, que funciona como **motivo del recurso**.

De la Plaza²⁷ dice: "...es la razón que la Ley señala como causa en que ha de fundarse la pretensión impugnatoria: la existencia de un determinado vicio o un error indicando en la sentencia contra la cual se recurre".

Prieto-Castro²⁸ sostiene: "... cuando se habla de la historia de la casación española (...), se dice que motivo del recurso en la Ley de 1855 era uno, general, por error de juicio: ser la sentencia contra Ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales (Art. 1720^o). Para este tratadista, los motivos de la casación en general son los relacionados en el Art. 1692^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y, en cambio, los motivos de casación en particular son los tres de que trata el párrafo 1^o de ese precepto, a los que denomina, también, submotivos²⁹.

Finalmente, Carnelutti³⁰ explica que los motivos de la casación viene a ser las razones que pueden provocarla y que necesariamente consisten en una discrepancia entre lo que el Juez ha hecho y lo que hubiera debido hacer; los que se expresan como error **in procedendo** y error **in iudicando**, esto es, error en el procedimiento y error en el juicio, errores en la actividad y errores en el juzgar.

3.4. El Caso de la aplicación indebida de la norma:

Empezaremos por señalar que también

hay discrepancias respecto a si la aplicación indebida de la norma es un error **in iudicando** que se comete dentro de la labor juzgadora en la premisa menor del silogismo judicial del Juez en su trabajo lógico al sentenciar, o si el error se presenta en la conclusión³¹.

En este sentido De la Plaza dice³²: "... el error in iudicando no se contiene en la premisa mayor del silogismo, sino en su premisa menor, porque es al subsumir los hechos establecidos en la norma cuando el error puede concretarse".

Prieto-Castro³³ comenta: "... se refiere a la premisa mayor del silogismo en que consiste la sentencia, o sea, en el manejo de las normas jurídicas, en cambio la aplicación indebida toma en consideración la premisa menor, o sea, parte de los hechos".

Guasp³⁴ manifiesta: "... por aplicación indebida (...) no se puede entender cualquier falso manejo de los datos jurídicos o de los datos de hecho que haya que utilizar en la sentencia, sino estrictamente aquel que, suponiendo bien elegidas y bien interpretadas las normas, así como correctamente apreciados los hechos, produce, no obstante, un resultado contrario a la Ley, por alteración en el último momento, o conclusión, del proceso que el Juez ha de seguir en la construcción del fondo de la sentencia; (...) una aplicación indebida es un error en la conclusión del silogismo judicial, una infracción que (...) se produce cuando la comparación entre las normas (...) y los hechos (...) no se verifica (...) de acuerdo con lo que quiere el derecho objetivo".

Independientemente de la discrepancia respecto del lugar exacto del error (**in iudicando**) en la aplicación indebida de la norma (premisas mayor, premisa menor o conclusión), este supuesto radica en la existencia de discrepancia en la interpretación de las normas de derecho material en la solución de los conflictos judiciales, es decir, en el error en la relación entre el supuesto de hecho normativo (**fattispecie**) hallado por el Juzgador en su tarea interpretativa dentro de su función jurisdiccional.

26. Guasp, Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. cit. p. 27.
27. De la Plaza, Manuel: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 29.
28. Prieto-Castro y F., Leonardo: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. cit. p. 31.
29. Op. Cit.
30. Carnelutti, Francesco: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 32.

31. Op. Cit. p. 78
32. De la Plaza, Manuel: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. cit. p. 78-79.
33. Prieto-Castro y F., Leonardo: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit.
34. Guasp, Jaime: Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. pp. 79-80.

diccional y el hecho concreto, factual, del caso a resolver, ya sea de un lado o del otro.

3.5. Dificultades de la Casación:

Haciendo una rápida visión de la casación en el derecho comparado francés, la coincidencia de *ouvertures à cassation* y de *ouvertures de la requête civile*, imponen a los juristas un minucioso estudio para evitar que el Tribunal declare la *irrecevabilité*. Pero, fuera de eso, tienen bastante seguridad respecto del método sobre las condiciones y requisitos de admisión de uno y otro recurso, al cabo de una elaboración secular muy constante por la *Cour de Cassation*. Es más, las anticuallas, dice Prieto-Castro³⁵, procedimentales recogidas por el *Code de Procedure* o que continúan fuera de él (*formalités surannées* les dicen los procesalistas franceses) son suavizadas y contemporalizadas por aquel Tribunal de Casación.

Por su parte, los justiciables alemanes llevan grandes ventajas. Los requisitos procedimentales quedan muy reducidos existiendo menores riesgos de ser envueltos y confundidos en ellos. Baste señalar que no existe diferenciación entre los errores *in procedendo* y errores *in iudicando*, con trascendencia del método de interposición del recurso y de alegación de causas, motivos y conceptos de las infracciones. Sólo se conoce³⁶ la infracción de norma jurídica causal de la sentencia (*die Entscheidung auf die Verletzung einer Vorschrift beucht*), entendiéndose que se ha violado la norma jurídica cuando ésta no se ha aplicado cuando debiera haberlo sido o ha sido erróneamente en un supuesto fáctico no correspondiente (*nicht oder nicht richtig angewendet worden ist*).

En el Derecho italiano existen las causas generales del Derecho alemán: *violazione* o *falsa applicazione di norme di diritto* y *nullità della sentenza* o del procedimiento; de modo que el juicio dado para la casación alemana vale para la italiana³⁷.

El formalismo, y consecuente desamparo del litigante, están muy acentuados en el sistema de casación española como lo precisa Prieto-Castro³⁸. Hay multitud de las denomi-

nadas "minucias de la casación" que ponen en peligro los derechos del litigante al menor descuido, como si la ley estuviese adecuada para reglamentar **juegos de destreza** (sic) en los que el astuto para lo pequeño triunfa sobre la mentalidad del jurista, y cuando no sucede de esa manera, la perplejidad, la duda y la inseguridad asaltan al justiciable.

Taboada Roca³⁹ establece que recién instaurada la casación en España, comenzó pronto a dar óptimos resultados. Se consiguió implantar una interpretación uniforme de la Ley, corrigiéndose algunos de los graves errores en que incurrían los Tribunales de Instancia. Pero poco a poco se ha ido poniendo de relieve un criterio demasiado formalista, tanto por lo que inspiraba el texto normativo como por la interpretación que del mismo hizo el Tribunal Supremo.

Su resultado fue que la casación civil, que había sido acogida en España con euforia por los óptimos resultados que prometía, no los dio tan buenos como se esperaba y ello precisamente por el rigorismo formalista con que se le configuró en la práctica judicial, lo que hizo que muchas veces lograra predominar la ritualidad de la forma por sobre la justicia inherente en el recurso de casación.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, dice Prieto-Castro⁴⁰, a fuerza de querer extremar la limitación formal del órgano encargado de conocer el recurso, contiene disposiciones en el Art. 172º verdaderamente asombrosas. Si a ello se agrega, en opinión de Alvaro de Albornoz⁴¹, entonces Ministro de Justicia en el discurso de apertura de los tribunales del 15 de setiembre de 1932, que los horizontes del recurso de casación, ya rígidamente tratados por la Ley, han ido cerrándose más cada día por la jurisprudencia, tendremos el cuadro completo de las dificultades y vicisitudes por las que pasa el ejercicio del recurso de casación civil en la actualidad.

III. LA TUTELA JURÍDICA DE LAS PERSONAS -INDEFENSIÓN-

I. SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL

Dentro de los derechos constitucionales que se garantizan y reconocen como fundamentales en

35. Prieto-Castro y F., Leonardo: "Trabajos y Orientaciones del Derecho Procesal", Op. cit.: p. 384

36. Op. Cit.

37. Op. Cit. p. 386

38. Op. Cit. pp. 386-387.

39. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit. p. 139

40. Prieto-Castro y F. Leonardo: Citado por Taboada Roca, Manuel. p. 141.

41. Citado por Taboada Roca, Manuel. Op. Cit. p. 142.

la Constitución Española, se halla claramente definido el **Derecho a la Tutela Jurídica de las Personas**, definido también como la ausencia de indefensión, y que se contiene normativamente en su Art. 24.1 y cuyo texto dice:

"Artículo 24.- 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

El Art. 24.1 de la Constitución consagra el derecho de que es titular toda persona a obtener la tutela jurídica, definida como **tutela efectiva de los jueces y tribunales**, reprobando expresamente la presencia de indefensión. Es decir, no sólo se establecen las pautas positivas del derecho, sino que se precisa el aspecto negativo que excluye en perseverancia del propio derecho consagrado.

Es, por tanto, un **derecho público subjetivo** frente al Órgano Jurisdiccional del Estado, de naturaleza fundamental y reconocido tanto a los españoles como a los extranjeros, a las personas naturales como a las jurídicas, y que tiene por objeto normar lo que en el derecho procesal se conoce como el **Derecho de Acción o Derecho de Petición Judicial**, es decir, el derecho y el poder de obtener una respuesta del aparato judicial cuando se formula la correspondiente postulación.

Así, dentro del mismo principio se contiene el **derecho de defensa** cuando dentro de una postulación distinta a la propia, una persona ve involucrados sus legítimos derechos e intereses. Es, en definitiva, el acceso libre y directo al ámbito de la función jurisdiccional, reconociéndose a todos el derecho a la defensa de los legítimos derechos, y cuya efectividad tiene reflejo en el reconocimiento de las garantías judiciales establecidas en el párrafo 2 del mismo Art. 24 ya citado.

Pero este principio de Tutela efectiva de los jueces y tribunales no debe estar presente sólo en la postulación o su defensa, sino que su naturaleza fundamental debe preceder a todas las garantías procesales, constitucionales y legales, de la Administración de Justicia, de modo que siempre, en todo momento, procedimiento y estadio judicial estén presentes; pues de lo contrario no se cumpliría el precepto constitucional, dándose lugar indefectiblemente a una violación de un derecho fundamental constitucionalmente protegido⁴².

42. En este punto puede revisarse Quiroga León, Anibal: "Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia", en: La Constitución Peruana de 1979 y sus proble-

2. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA TUTELA JURÍDICA DE LAS PERSONAS - INDEFENSIÓN

La vinculación subjetiva por razón de la materia está especialmente dirigida hacia el órgano Jurisdiccional, puesto que la Tutela Jurídica de las Personas es función del Estado y es ejercida por este Órgano estatal conforme lo establece el Art. 117.1 de la propia Constitución al señalar que: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial..."⁴³.

En segundo término, también la vinculación está especialmente dirigida, en términos subjetivos, al Poder Judicial, por cuanto la propia norma pone como destinatarios de su mandato de Tutela Jurídica a los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial. Son éstos los especial y primordialmente vinculados, en primer y fundamental término, para conceder la Tutela Jurídica a las personas, que en uso de sus derechos y acciones se lo soliciten. En definitiva, son ellos los destinatarios de este mandato constitucional.

3. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, vamos a referirnos, brevemente, a las garantías procesales recogidas, directa o indirectamente, en la propia Constitución.

3.1. La igualdad ante la Ley. En la participación de todo justiciable en la Tutela Jurídica, en el ejercicio del juicio de valor que hace el Juzgador en su tarea, en los procedimientos y reglas para la tramitación de juicios y demás trámites judiciales, debe siempre estar presente la igualdad, quedando proscrita la discriminación por cualesquiera motivos, lo que es base de la imparcialidad judicial, así como han de facilitarse los mecanismos necesarios para la igualdad procesal de los desiguales, a fin de que la defensa en juicio sea equivalente y en ningún caso esa desigualdad pueda producir, no sólo discriminación, sino indefensión (Art. 14º);

mas de aplicación: Cult. Cuzco, Eds. Lima, 1986; así como del mismo autor "Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia", en: La Constitución Diez Años Después; Const. & Soc., Fund. Naumann, Lima, 1989.

43. En este punto, el Diccionario de la Constitución; de Fernández Vega, José y Mariscal de Gante y M., Jaime (Madrid, 1983), señala que hay una confusión terminológica en esta fórmula constitucional, y ello porque es el poder de juzgar, el Poder Judicial, el que emana del pueblo y no la justicia, pues su concepto trasciende al pueblo. p. 17.

3.2. El libre acceso a la Justicia. El derecho a la acción judicial, a impetrar válida y positivamente el amparo de la Tutela Jurídica, de poner en movimiento la maquinaria del Poder Judicial en resguardo y amparo de derechos legítimos protegidos por la Ley material (Art. 24.1);

3.3. El Juez natural y ordinario previsto por Ley. Una de las garantías fundamentales de todo proceso justo es, para empezar, la imparcialidad del Juzgador.

Para esto, dadas las diversas competencias, la Ley establece con claridad las reglas para determinar al Juez competente en cada caso. Nadie, pues, por tanto, puede ser derivado de esa competencia abstractamente predeterminedada en la Ley, salvo en los casos de prórroga de competencia o de arbitraje, mediando la voluntad del justiciable que la propia Ley prevé (Art. 24.2);

3.4. El proceso público y expeditivo. El acceso al proceso público y oral, propios del moderno sistema procesal, que se señala como otra de las garantías de un juzgamiento justo e imparcial (Art. 24.2);

3.5. La presunción de inocencia. Toda imputación punible debe ser debidamente probada en juicio previo, para dar lugar a una condena justa y legal (*nullum poena sine iudicio*), derivándose de ello la presunción de inocencia, en tanto dicha condena no se produzca y la que debe sostenerse en una definitiva e inequívoca declaración de certeza, pues de lo contrario, aparecería uno de los beneficios del justiciable que es el de favorecerse en inocencia en caso de duda (*Indubio pro reo*) (Art. 24.2 in-fine); y,

3.6. El control jurisdiccional. Es la potestad conferida a los Tribunales de Justicia, para ejercer el control de la actividad administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (Art. 106.1).

4. LA INSTANCIA PLURAL COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Tal como ya habíamos visto en la opinión de Calamandrei⁴⁴, la institución de la apelación se consolida en el proceso conforme este se moderniza y dentro de lo que se considera el proceso justo o el debido proceso (*due process of law*); donde se llega a la convicción de que por más que las reglas de procedimiento cubre *per se* las garantías procesales a los justiciables, por más que la organización

judicial esté estructurada sobre bases democráticas y técnicas que garanticen a su vez su idoneidad y por más que el razonamiento legal de las sentencias sea exhaustivo, era imprescindible dar al litigante la posibilidad de recurrir a una nueva instancia, distinta y superior a la primera, que revisara su proceso y emitiera una nueva sentencia.

No se trata en este caso de denunciar aspectos concretos de injusticia de una sentencia o sus vicios de nulidad *contra lege* o *contra proceso*, se trata de una revisión global de todo el proceso por una instancia superior que va a ratificar o rectificar en todo o en parte, lo inicialmente sentenciado. Y es que la instancia única, el juzgamiento singular, no garantiza en modo alguno la justicia en la resolución de una causa judicial, por más que en la misma se reúnan todas las garantías posibles. Sólo en los tiempos antiguos en que la justicia tenía una concepción deificada e infalible o que la sabiduría del *Magister* era incorruptible en el error, se consideraban las causas judiciales en única y definitiva instancia. En algún momento, a pedido de los procesalistas que propiciaban una justicia rápida bajo el valioso argumento que una justicia lenta es siempre una injusticia, se experimentó con la posibilidad de la instancia única como modo de abreviar la duración de los litigios. El resultado fue más desastroso aún, creando no sólo desconcierto sino gran inseguridad que hizo regresar, en la provincia de La Rioja de la Argentina, a la más lenta, pero segura, segunda instancia.

Sin embargo, el proceso ha ido evolucionando, y con él los principios y garantías que informan su finalidad. En materia de decisión judicial, la sentencia de primera instancia que es rectificable por la sentencia superior **no es jurídicamente nula** (exceptuando los casos de expresa nulidad con orden de reenvío), **ni ilícita**; son decisiones plenamente válidas cuyo mandato va a quedar rescindido merced a un nuevo pronunciamiento en la misma causa y sobre la misma materia, en distinto sentido, que es de imperio superior por jerarquía normativa de las sentencias, en ejercicio equivalente a la interpretación de las normas jurídicas de distinto rango donde prima la de mayor, como es evidente. Asimismo, una vez concluida la causa, la decisión judicial no está dividida en dos o más sentencias, sino que éstas, formalmente separadas, han de integrarse en una sola, en todo lo que sea congruente con su sentido y que formaran una única decisión jurisdiccional.

5. LA INSTANCIA PLURAL COMO DERECHO CONSTITUCIONALIZADO CON RELACIÓN AL PROCESO Y A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

¿Es la instancia plural una de las garantías del

44. Ver notas 16 y 17.

proceso, y de la Administración de Justicia, en el cumplimiento efectivo de la Tutela Jurídica de las Personas, en la Constitución Española de 1978?.

Para intentar una respuesta, podremos citar, por ejemplo, el caso peruano donde la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴⁵, en su Art. 3º Inc. d), precisa:

"Artículo 3º.- Son garantías de la Administración de Justicia:

(...)

d) La motivación de las sentencias en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y los fundamentos en que se apoyan;"

Es claro que aquí se está garantizando, además de la motivación de las sentencias, la pluralidad de las instancias. Pero aún más, por si quedare duda alguna, la Constitución Política del Perú de 1979⁴⁶, constitucionalizó más garantías de la Administración de Justicia que lo que hacía la norma legal ya citada estableciendo para ello diecinueve incisos en el Art. 233º, además de otros postulados en diferentes artículos conexos. Y ahí, el Inc. 18 del referido Art. 233º dice textualmente:

"Artículo 233º Son garantías de la administración de justicia:

(...)

18. La instancia plural; y,"

No cabe duda, pues, que en el caso del Ordenamiento Jurídico peruano la pluralidad de las instancias no es sólo una garantía de la Administración de Justicia de rango legal, sino una garantía constitucional de la potestad jurisdiccional.

Ahora bien, en el caso de la Constitución española -impronta de la peruana- tal mención expresa a la pluralidad de instancias no existe, como tampoco existe en la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial española. Sin embargo, ¿Es qué, acaso, esta aparente omisión da como significado su exclusión e inobservancia en la normatividad y funcionamiento jurisdiccional español?. Nuestra respuesta es negativa.

En efecto, cuando al normarse en el Art. 24.1 se dice textualmente: "Todas las personas tienen derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales

45. Decreto Ley No. 14605 de 25 de julio de 1963, con modificaciones, ampliaciones y derogaciones de posteriores leyes.

46. Aprobada por Asamblea Constituyente, vigente desde el 28 de julio de 1980.

en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"; no sólo se contiene un mandato directo (otorgar tutela efectiva) sino que autoriza implícitamente a que en el cumplimiento del mismo se tomen las medidas necesarias para dicho efecto: es decir, que no se podrá otorgar tutela jurídica efectiva si no se garantiza a su vez un proceso justo e imparcial. Ahora bien, ¿Es acaso la instancia plural una garantía esencial de un proceso justo?. Nuestra respuesta es afirmativa; de donde concluimos, sin temor a equivocarnos, que dentro de las garantías procesales implícitas en el postulado del Art. 24.1 de la Constitución está considerado el derecho a la pluralidad de decisiones de rango diferente en una misma causa.

6. LA CASACIÓN Y LA INSTANCIA PLURAL

En el caso del procedimiento civil es evidente que el recurso de casación ha de estar precedido siempre de una pluralidad de instancias, pues es la sentencia de vista o de segunda instancia la que llega en casación, con excepción de las causas cuyo conocimiento inicial compete a las Audiencias (Cortes Superiores), en cuyo caso el recurso de casación opera como medio de gravamen donde el Tribunal Supremo actúa como una segunda instancia.

Por lo tanto la garantía de la doble instancia o pluralidad de instancias está siempre presente, y no es el recurso de casación la vía para cumplir con ello, sino un medio extraordinario, adicional, situado más allá del cumplimiento mismo de la garantía. Es una adición en aras de supremos intereses de respeto a la Ley y de unidad jurisdiccional.

En este sentido, en sí mismo el rigorismo en la admisión de la casación no es inconstitucional, puesto que si la Ley procesal ha cumplido con las garantías mínimas o básicas que la Constitución señala, no tienen que verse afectadas éstas con, posteriormente, darle a este recurso extraordinario una rigurosidad en el tratamiento legislativo y judicial. En este aspecto, no vemos problema constitucional alguno, puesto que no hay derecho alguno, ni expectativa legal señalada, a los efectos de que sea de justicia que una causa llegue necesariamente al Tribunal Supremo. Todo ello se cumple debidamente con la pluralidad de instancias judiciales. Lo posterior ya no es problema constitucional; el que la casación sea exquisita en su admisión y tecnicidad deja de tener un matiz constitucional a menos que, en su actuación extraordinaria, infrinja normas legales concretas, ya no por exceso sino por defecto, caso en el que su comportamiento sería inconstitucional por violación legal.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE CASACIÓN EN LOS AÑOS 1981 Y 1982

1. SENTENCIA No. 9 de 31 de marzo de 1981
SALA PRIMERA. RECURSO DE AMPARO No. 107/80
Pnte. D. Rafael Gomez-Ferrer Morant
(BOE 14.4.81)

Fundamento 3º.- "La Constitución es una norma (...), pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico. (...) La naturaleza de Ley superior se refleja en la necesidad de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, y en la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas anteriores incompatibles con ella. Inconstitucionalidad que afecta a la validez de la norma y que produce efectos de significación retroactiva mucho más intensos que los derivados de la mera derogación".

Fallo: Desestima el Amparo.

2. SENTENCIA No. 12 de 10 de abril de 1981
SALA PRIMERA. RECURSO DE AMPARO No. 96/80
Pnte. D. Angel Latorre Segura
(BOE 25.4.81)

Fundamento 3º.- "(...) hay que aclarar (...), que las garantías constitucionales del Art. 24.1 son aplicables a las sentencias de casación y que en el control de legalidad que corresponde al Tribunal Supremo deben observarse también estas garantías..."

"El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que el juicio equitativo a que toda persona tiene derecho se refiere no sólo a lo acertado del fundamento fáctico (le bien-fondé en fait), sino también a su fundamento jurídico (le bien-fondé en droit)".

Fallo: Deniega el Amparo.

3. SENTENCIA No. 56 de 26 de julio de 1982
SALA SEGUNDA. RECURSO DE AMPARO N° 60-110/82 (Acum.)
Pnte. D. Francisco Rubio Llorente
(BOE 18.8.82)

Fundamento 2º.- "(...) La vulneración de este derecho, como la de cualquier otro de los que consagra (...) la Constitución, sólo puede ser denunciada ante este Tribunal (...) cuando se ha agotado infructuosamente todos los recursos utilizables en la vía judicial,

pues la protección de los derechos corresponde primordialmente a los jueces y tribunales que integran el Poder Judicial, los cuales, como es obvio, sólo pueden otorgarla, cuando se la busca a través de las instituciones procesales posibles y adecuadamente utilizadas. El problema con el que aquí nos enfrentamos, es el de determinar si las normas que definen estas instituciones pueden seguir siendo interpretadas en los mismos términos en que lo eran antes de promulgarse la Constitución, aún a riesgo de reducir el número de "recursos utilizables" dentro de la vía judicial, o es necesaria una nueva interpretación de conformidad con la Constitución a fin de llevar lo máximo posible la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales a los derechos fundamentales (...). Una consideración superficial podría llevar (...) a la conclusión de que el actual formalismo del recurso de casación es insuperable y lo hace poco adecuado para buscar a su través el remedio a las eventuales vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, que puede ser más fácilmente asegurado por este Tribunal. Esta consideración (...) claramente es (cierta), pues si bien es cierto que este Tribunal no está atado a formalismos de ese género, no lo es menos que, aparte de otras muchas consideraciones, carece de atribuciones que el Art. 902 de la LECri confiere a la sala de Casación para dictar sentencia sustitutiva a la anulada (...) (hay) que afinar al máximo las virtualidades del recurso de casación para obtener a través de él la eficaz protección de un derecho fundamental para garantizar que (...) no se sacrifiquen más los fueros de inocencia. No es (...) la definición legal de las formalidades de la casación barrera tan formidable que no pueda ser superada mediante una interpretación conforme a la Constitución (...). La vulneración (del derecho) no es directa, pues es evidente que el auto en cuestión no hace pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente, sino indirecta, puesto que se le cierra el camino por el que intentaba remediar la lesión a que ese derecho a ser presumido inocente causó..."

Fundamento 3º.- "(...) Las razones que llevaron a la inadmisión se reducen, en sustancia, a la de que el precepto constitucional no es precepto penal de carácter sustantivo ni una norma jurídica del mismo carácter que debe ser observada en aplicación de la Ley penal (...). Sin ser en sí misma de carácter procesal, es norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (...). La violación del derecho a ser presumido inocente sólo se puede originar en un 'error in procedendo'. Esta afirmación no puede llevar, no obstante, a la conclusión de que el recurso de casación por quebrantamiento de forma protege hoy suficientemente contra esta violación, pues de un lado, el carácter casuístico y cerrado de la enumeración de los motivos de la casación (...) no permite incardinar en ellos el quebrantamiento básico, improbable pero no imposible..."

Fundamento 4º.- "(...) En la medida en que la impide

(la casación), basándose en una interpretación del Art. 849.2 de la LECri tradicional y respetable, pero no ajustada a la Constitución en cuando no tiene en cuenta la necesidad de garantizar al máximo el derecho a la presunción de inocencia, el Auto de 27 de enero de 1981 viola el derecho del recurrente".

Fallo: Estima fundado el recurso de Amparo.

V. CONCLUSIÓN

En la adaptación de la nueva Constitución a la realidad, la tradición y estructura del ordenamiento jurídico español tuvo que hacerse de manera progresiva, envolvente y paulatina. Ello porque muchos de sus preceptos colisionan frontalmente con instituciones tradicionales del derecho que luego aparecen superadas porque se piensa que la Constitución, y el Derecho Constitucional en general, son ajenos a tal o cual disciplina. En el caso del Derecho Administrativo, por ejemplo, la opinión de García de Enterría⁴⁷ es definitoria cuando dice: "La nueva Constitución no supuso un gran cambio en los conceptos del Derecho Administrativo precedente. Por ello, Otto Mayer (...) intentó justificar las escasas variantes que la Constitución del Weimar imponía a su obra general, realizada bajo el sistema político bismarckiano, con una frase paradójica y pronto famosa, desde entonces muchas veces repetida con intención diversa: "El derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece".

En consecuencia, una primera conclusión es la de establecer que los principios ordenadores de la Constitución se imponen progresivamente sobre las instituciones jurídicas pre-existentes adaptándolas y uniformizándolas. En el caso concreto de la casación cabe afirmar sin ambages que el Art. 24.1 de la Constitución debe convertirse en principio ordenador e informador de todo procedimiento judicial y de toda la actuación del Organismo Jurisdiccional a quien está referido en primera instancia.

En segundo término, debe hacerse conciencia en jueces, tribunales y juristas, de la necesidad de preservar los principios ordenadores por sobre todo. Taboada Roca⁴⁸ en ningún momento se plantea una eventual ilegalidad o injusticia latente en el proceder del Tribunal Supremo en materia de casación. No obstante la calidad de su obra, el problema de la casación es tratado como de menor rango, de técnica procesal-judicial y de lo que se trata, en

consecuencia, es de agilizar, "modernizar", el trámite del instituto a través de su reforma sin variar, su esencia, a fin de que pueda cumplir con "los altos fines para los que fue creado". Otro ex-magistrado Bonet Ramón⁴⁹, no obstante enunciar los problemas de la casación, no llega a visualizarlos por completo y mantiene la tradicional postura de hacer un tratamiento técnico de este instituto, cuando afirma respecto del Profesor Castan Tobeñas: "Castan en la Sala Primera del Tribunal Supremo (...) coge y perfila con facilidad la técnica específica de la casación, para la que no basta saber derecho civil y procesal. Castan encajó con precisión todo su buen saber de civilista escelso con los moldes rígidos de la casación estricta. El civilista retoña en el Supremo con airosas formas jurídicas dentro de la biología de la casación. Sin embargo, Castan no es un mero técnico mecanizado, mira en todo momento el fondo moral del problema debatido, busca que la técnica sólo sea amparo y forma interna de la Justicia". Pues aquí tampoco se aprecia que el meollo del problema esté determinado y, como ya lo hemos señalado, sigue viéndose a la casación con veneración y respeto, y desde un punto de vista meramente técnico.

En tercer lugar, el principio ordenador del Art. 24.1 de la Constitución respecto a la tutela efectiva de jueces y tribunales, se cumple en el procedimiento civil por la existencia (aunque expresamente no se lo diga, se refiere a ello) de la instancia plural. Es decir, que mediando "recursos utilizables en la vía judicial", como lo señala el Art. 44.1 de la LOTC, donde el recurrente ha hecho valer en más de una oportunidad sus derechos y alegaciones, carece de sustento la invocación del amparo constitucional, máxime cuando se señala expresamente en esta SENTENCIA que por su carácter extraordinario, la casación no es recurso obligatorio para el cumplimiento del Art. 24.1 de la Constitución. Pero es aquí donde se concatena nuestra cuarta, y definitiva, conclusión: No hay lugar al derecho de casación mediando "recursos utilizables en la vía judicial" dado su carácter extraordinario.

En efecto lo anterior es lo que nos lleva a concluir que en materia del procedimiento civil, mediando instancia plural por el ejercicio del derecho de apelación (medio de gravamen) antes de acceder a la casación, el Art. 24.1 de la Constitución se cumple plenamente, siendo un problema de técnica judicial el tratamiento formalista o liberal que se le quiera dar a la casación.

47. García de Enterría, Eduardo: "Curso de Derecho Administrativo", Ed. Civitas IV Ed. Madrid, 1983.

48. Taboada Roca, Manuel: Op. Cit.

49. Bonet Ramón, Francisco: "Perspectivas de la Responsabilidad Civil", Estudio de Derecho Comparado; Madrid, 1983.