



## Espacio jurídico

### Una declaración de inconstitucionalidad pendiente

*El Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad del último inciso del artículo 238 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.*

#### Introducción

Analizamos en estas breves líneas una de las últimas Sentencias del Tribunal Constitucional (STC 151/2020), en la que el Alto Tribunal consolida definitivamente su doctrina a propósito de la imposibilidad de recurrir ante el órgano jurisdiccional el decreto resolutivo de la reposición.

El precepto cuestionado (ha sido el propio TC el que ha planteado la cuestión de inconstitucionalidad en el seno de un recurso de amparo, *ex artículo 55.2 LOTC*) es el último párrafo del artículo 238 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su redacción dejaba poco margen a la interpretación, afirmando taxativamente que: *“Contra el decreto del Secretario judicial que resuelva el recurso de reposición no cabrá interponer recurso alguno”*

De este modo, salvo que la resolución del letrado de la administración de

justicia pusiera término al procedimiento o hiciese imposible su continuación (y a salvo de los casos en los que expresamente se prevé recurso), dicho decreto no era susceptible de revisión por el titular de la potestad jurisdiccional.

#### **La reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.**

Para centrar el objeto de estas reflexiones debemos remontarnos a la profunda reforma acometida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. La propia Exposición de Motivos de la norma recogía como un objetivo primordial de la misma, regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Secretarios judiciales (hoy letrados de la administración de justicia), por otro, y así

expresaba: *“La idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del Cuerpo de Secretarios judiciales, configurado como un cuerpo superior jurídico, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha optado por atribuir la competencia del trámite de que se trate al Secretario judicial”*

Hay que advertir que siendo constitucionalmente inobjetable el criterio distributivo elegido por el legislador (así lo dice el propio TC en la STC 58/2016), sin embargo, no han merecido el mismo calificativo ciertos aspectos de la reforma trasladados a las leyes reguladoras de los distintos órdenes jurisdiccionales, pues rebasando los límites de constitucionalidad, han obligado al TC a depurar del ordenamiento el exceso legislativo en el ejercicio de su función – exclusiva y excluyente – de control de constitucionalidad de las leyes.

De este modo, en todos y cada uno de los órdenes jurisdiccionales la reforma produjo la sistematización de las resoluciones que podían dictar los LAJ (diligencias de ordenación y decretos) y los recursos que contra ellas cabía interponer (recurso de reposición y recurso directo de revisión, éste último del que conocía el órgano jurisdiccional).

Con la nueva legislación, los LAJ pasaron a ocupar un mayor protagonismo en el seno del proceso descargando parte de las funciones que hasta ese momento habían sido asumidas directa y exclusivamente por

jueces y magistrados. Así, uno de los cambios más significativos pasó por potenciar su intervención en relación con los escritos iniciadores del procedimiento. Sirva de ejemplo que son los propios letrados de la administración de justicia quienes, tras la reforma, admiten a trámite la demanda en el orden jurisdiccional civil (artículo 404 LEC), en el social (artículo 81 LRJS) o en el contencioso-administrativo (artículo 45.3 LJCA respecto al escrito iniciador de este procedimiento, esto es, el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo). Sin embargo, la decisión sobre inadmisión, en tanto el acceso a los Tribunales constituye una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, quedó, lógicamente, retenida en las competencias del Juez (así también lo explica la propia Exposición de motivos de la Ley 13/2009).

En materia de recursos, la reforma procesal estableció un tratamiento sistemático en los distintos órdenes jurisdiccionales. Así, frente a las diligencias de ordenación y decretos (salvo aquellos que fueran directamente recurribles en revisión) la ley habilitaba un medio impugnatorio no devolutivo: el recurso de reposición, cuya sustanciación culminaría mediante resolución del propio LAJ en forma de decreto.

Pues bien, frente a este decreto resolutorio de la reposición, previó el legislador, con carácter general, que no cabría interponer recurso alguno. Es precisamente esta previsión (contenida en todos los órdenes jurisdiccionales), la que ha merecido el reproche de inconstitucionalidad por

parte del máximo intérprete de la Constitución.

### **Los pronunciamientos previos del TC.**

Los preceptos reguladores de la imposibilidad de recurrir (con carácter general) el decreto resolutorio de la reposición, han merecido pronunciamientos de inconstitucionalidad en cascada. El TC abordó la cuestión por primera vez en su STC 58/2016 en relación con el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En ese primer análisis de la cuestión ya sentó una doctrina (posteriormente confirmada en los órdenes social (STC 72/2018) y civil (STC 15/2020), cual es, la contrariedad al derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la imposibilidad de recurrir ante el órgano judicial el mencionado decreto resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra resoluciones del secretario judicial. Cuatro años después de aquel primer pronunciamiento, la Sentencia que ha dado origen a estas líneas, consolida esta doctrina.

Se ha de significar que, aunque la esencia de la reforma impregnó todos los órdenes jurisdiccionales, sin embargo, el legislador no dio idéntica redacción a la cuestión en las distintas leyes procesales. Ya hemos expuesto que en la LECRIM únicamente se reseñaba que contra el decreto resolutorio de la reposición no cabría interponer recurso alguno. En el orden social y en el contencioso-administrativo se incluyó, no obstante, una precisión *in fine* que

rezaba: *“sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva”*. Este añadido no ha sido óbice ni impedimento alguno para que el TC purgara del ordenamiento los artículos 102 bis.2 (inciso final) LJCA y párrafo primero del artículo 188.1 LRJS. Tampoco lo ha sido en el ámbito civil, donde la redacción originaria del artículo 454 bis LEC (introducido por la citada Ley 13/2009) recogió la misma previsión, si bien, con el añadido de que la reproducción de la cuestión habría de producirse en la primera audiencia ante el Tribunal después de la toma de la decisión del LAJ, o si ello no fuera posible por el estado de los autos, antes de dictarse la resolución definitiva. Esta redacción, fue posteriormente matizada por la Ley 37/2011 de modo que el artículo 454 bis.1 LEC rezaba (en el momento de su declaración de inconstitucionalidad (STC 15/2020): *“Contra el decreto resolutorio de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvete en ella.”*

Curiosamente, esta redacción precisada por la posterior reforma de la Ley 37/2011 (ocasión perfectamente desaprovechada por el legislador para la unificación del régimen aplicable en todos los órdenes jurisdiccionales) dotaba (o al menos aparentaba) una mayor garantía procesal con la “coletilla” final. La Sentencia

que declaró su inconstitucionalidad (STC 15/2020) apreció la diferente redacción y las implicaciones constitucionales que este hecho pudiera tener en orden a la salvaguarda de la tutela judicial efectiva y de la conformidad de la reforma con el artículo 117 CE y así señaló el TC: *“tal posibilidad no satisface en todos los casos la garantía de control judicial impuesta por el derecho a la tutela judicial efectiva”* (refiriéndose tanto a la posibilidad de reproducción en audiencia como de posterior presentación por escrito ante el Tribunal, sirviéndose para ello de los procesos ejecutivos, donde la mayor parte de las audiencias se tramitan ante el letrado de la administración de justicia y no ante el Juez).

Como vemos, antes del análisis de la constitucionalidad del artículo 238 bis Lecrim, el Alto Tribunal ya había realizado un juicio desfavorable respecto a la constitucionalidad de la reforma en los órdenes, civil, social y contencioso-administrativo, quedando pendiente del enjuiciamiento, el precepto de la norma reguladora del proceso penal.

### **La declaración de inconstitucionalidad en el orden penal.**

Resulta paradójico que haya sido el orden penal el que haya merecido el reproche de inconstitucionalidad en último lugar, máxime cuando este orden suele recibir una más minuciosa atención del legislador por su mayor proximidad a una eventual afectación de derechos fundamentales. Así lo reconocía expresamente la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009, pues en relación al trasvase

de competencias en cuanto a los escritos iniciadores de procedimiento señalaba: *“Este criterio de admisibilidad se ha aplicado como regla general en todos los órdenes jurisdiccionales. No obstante, dada la especialidad de la jurisdicción penal por razón de la naturaleza de los derechos afectados, en ella se reserva la admisión de la denuncia o querrela al ámbito de la potestad jurisdiccional del Juez o Tribunal”*. Así, por estricto respeto al artículo 24 CE, solo en el campo penal se mantuvo la admisión del escrito iniciador del procedimiento en el titular de la potestad jurisdiccional.

Ahora, cuatro años después de la Sentencia que expulsó del ordenamiento jurídico el primer inciso del artículo 102 bis.2 LJCA, la STC 151/2020 declara inconstitucional y nulo el último párrafo del artículo 238 bis LECRIM.

El hilo discursivo que conduce al reciente fallo no es sino el mismo que ya exploró el TC en ocasiones anteriores. Ilustrativo de su doctrina, por tajante, es el párrafo en el que señala: *“la exclusión de recurso frente al decreto priva del acceso al control jurisdiccional de una decisión adoptada en el seno de un proceso penal por un órgano no investido de función jurisdiccional, cuando según reiterada doctrina de este tribunal «el derecho a obtener de los jueces y tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE»”*,

para a continuación decir: “*el precepto cuestionado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que crea un régimen de impugnación de las decisiones de los letrados de la administración de justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional*”.

A la vista del texto de la Sentencia, no existe novedad en la línea jurisprudencial, pues reitera el TC que excluir todo control jurisdiccional del decreto, cierra la posibilidad de que la tutela de derechos e intereses legítimos sea dispensada por Jueces y Tribunales creando un sector de inmunidad contrario al artículo 24.1 y 117.3 CE. Cabe añadir que la existencia en nuestro Derecho de instrumentos o remedios alternativos al régimen de recursos (como los artículos 240.2 LOPJ y 241 LOPJ), por sí solos, no son garantía suficiente a juicio del TC, para apreciar una interpretación conforme a la Constitución.

Resta decir que como sucediera con sus precedentes, la STC 151/2020, también recoge la previsión relativa a que en tanto el régimen jurídico no sea modificado por el legislador, se ha de entender que contra el decreto dictado por el LAJ resolviendo en reposición, siempre cabrá interponer recurso directo de revisión ante el órgano judicial.

### **Conclusión**

La (necesaria y pendiente) STC 151/2020, y con ella, la consolidación de la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, evidencia no solo el exceso legislativo sino también el

olvido del legislador al proceder a la reforma de las leyes procesales. Una interpretación *sensu contrario* del texto de la Sentencia permite plantear que la inconstitucionalidad (y nulidad) no se hubiera producido si frente a la concreta resolución recurrida en amparo se hubiera podido interponer recurso directo de revisión. Pudiera pensarse que, si el legislador hubiera previsto que en todos los casos en que una resolución del LAJ afectare al contenido de la potestad jurisdiccional se pudiera interponer recurso de revisión, es probable que las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad no se hubieran producido. Ahora bien, ello es tanto como decir que el legislativo hubiera contemplado todas y cada una de las decisiones que los LAJ adoptan en el proceso, entrando a discernir, de entre todas ellas, las que son manifestación de la potestad jurisdiccional con el fin de prever específicamente, el pertinente recurso. Quizás resulte algo excesivo (por inverosímil) exigir del titular de la potestad legislativa una especie de plenitud en la elaboración de la ley, razón que nos conduce a pensar que el carácter general de la irrecurribilidad se habría producido igualmente.

*Javier Rodríguez Herráez*  
*Abogado de Ayala de la Torre*