

LA PAULATINA
CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL DERECHO AL RECURSO

JORDI NIEVA-FENOLL

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. ACCESO A LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN INTERNOS. A. ¿Existe discrecionalidad legislativa para disponer el acceso a los medios de impugnación? A.1. Según el Derecho nacional. A.2. Según los instrumentos internacionales. 3. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN ESPECÍFICOS EN CASO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES. A. Medios de impugnación constitucionales. B. Medios de impugnación externos. B.1. A nivel regional. B.1.1. El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B.1.2. Comisión (y Corte) Interamericana y Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos. B.2. A nivel internacional. B.3. Impacto de los medios de impugnación supranacionales y jurisprudencia sobre la existencia o el diseño de los medios de impugnación nacionales. 4. ¿DEBE EXISTIR EL DERECHO A LA REVISIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES? A. Esencia. B. Utilidad de la constitucionalización.

Fecha recepción: 20.10.2023
Fecha aceptación: 20.02.2024

LA PAULATINA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO AL RECURSO

JORDI NIEVA-FENOLL

Catedrático de Derecho Procesal Universitat de Barcelona¹

1. INTRODUCCIÓN

Aunque la realidad de los recursos es muy antigua y su estudio, pese a que sea más moderno, también lo es, la reflexión sobre si debe existir un derecho al recurso es realmente muy reciente. De hecho, la propia historia de los derechos no es tan antigua. Pero lo que ahora interesa destacar es que la existencia del recurso no había sido originariamente objeto de ningún derecho. No figura ni en los catálogos más antiguos —*Magna Carta Libertatum* (1215), *Petition of Right* (1628), *Bill of Rights* (1689)— ni tampoco está realmente presente en las enmiendas de la Constitución de los EEUU, pese a algunos intentos recientes² para incluirlo que serán tratados después, y que también son aún minoritarios. Es por ello por lo que la bibliografía sobre el tema es también escasa y las actuales referencias constitucionales, legales o jurisprudenciales son algo pobres, como se verá después.

Sin embargo, al menos desde época romana³, e incluso antes en otras culturas⁴, la idea del recurso sí estaba presente, es decir, la posibilidad de acudir ante un juez superior, o al menos diferente, cuya cognición fuera más o menos amplia, aunque habitualmente no como un derecho, sino como una facultad del soberano de un territorio. Sea como fuere, aunque pueda haber antecedentes más antiguos en diferentes

¹ Jordi Nieva Fenoll, Av. Diagonal 684, 08034 Barcelona. Email: jordinieva@ub.edu. ORCID ID: 0000-0002-3052-1267.

² Robertson, C. B., «The Right to Appeal», *North Carolina Law Review*, vol. 91, no. 4, May 2013, p. 1219.

³ Kaser, M./Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 46, 501.

⁴ Kootz, A. B., «Der altägyptische Staat. Untersuchung aus politikwissenschaftlicher Sicht», *MENES. Studien zur Kultur und Sprache der ägyptischen Frühzeit und des Alten Reiches*, vol. 4, Wiesbaden 2006, p. 68.

culturas, en la más difundida actualmente partimos del modelo de la *appellatio* romana, que era un auténtico *novum iudicium*. Sin embargo, la historia del derecho ha llegado a crear mecanismos tan extraños y restringidos como el antiguo *writ of error*⁵ inglés, o medios de impugnación que aparentan ser tan originales como la casación⁶. Es decir, se han producido a lo largo del tiempo de un modo u otro una serie de instrumentos que permiten poner en cuestión una decisión judicial definitiva, pese a que en algunos ordenamientos jurídicos —nuevamente el inglés— se partía de una aversión a la segunda instancia —particularmente en el proceso penal— como consecuencia de la existencia del jurado⁷.

Quiere decirse con ello que pese a que en apariencia los ordenamientos son en general muy uniformes por la tremenda influencia —también en el espacio anglosajón⁸— del Derecho romano, el panorama ha sido demasiado variopinto en la realidad como para poder concebir inicialmente la creación de un derecho al recurso. Como mucho, se garantizó en general en las primeras normas constitucionales el derecho a un «*remedy*», terminología que tanto se refiere a la posibilidad de acudir ante un juez de primera instancia —como equivalente de protección judicial de un derecho⁹—, como también a una instancia de recurso¹⁰, pero no se estableció específicamente un derecho al recurso.

En el presente estudio se abordará la oportunidad de que exista ese derecho al recurso, es decir, a la revisión de las resoluciones judiciales por un juez superior en el proceso civil, valorando la oportunidad de configurar un contenido similar al que existe en el proceso penal¹¹. Añádase que este análisis parte de una paradoja. En el

⁵ Holdsworth, W.S., *A History of English Law*, vol. 1, Methuen, 1922, p. 215. Hood, J. T. Jr., «The Right of Appeal», *Louisiana Law Review*, vol. 29, no. 3, April 1969, pp. 498.

⁶ Nieva-Fenoll, J., «The English Origin of French Cassation», (2022) 42 *Civil Justice Quarterly*, Issue 1, p. 31.

⁷ Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, London 1768, p. 455. Djukic, D., «The Right to Appeal in Comparative Perspective», *The Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 19, 2, 2018, p. 214.

⁸ Vid. Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, London 1768, pp. 3 y ss, en este sentido.

⁹ Thomas, T. A. «Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy under Due Process», *San Diego Law Review*, vol. 41, no. 4, November-December 2004, p. 1633. Phillips, T. R. «The Constitutional Right to a Remedy», *New York University Law Review*, vol. 78, no. 4, October 2003, p. 1309. Schuman, D., «The Right to a Remedy», *Temple Law Review*, vol. 65, n. 4, Winter 1992, p. 1197. Gutman, K., «The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?», *German Law Journal*, September 2019, p. 889. Cover, B.P., «The First Amendment Right to a Remedy», *University of California Davis Law Review*, vol. 50, 2017, p. 1741.

¹⁰ Orfield, L.B., «Right of Appeal in Criminal Cases», 34 *Michigan Law Review*, 1935-1936), p. 937.

¹¹ Sobre la idea de unificar los procesos civil y penal, vid. Meyn, Ion. «Why Civil and Criminal Procedure Are So Different: A Forgotten History.» *Fordham Law Review*, vol. 86, n. 2, noviembre 2017, p. 697.

proceso penal fue tremendamente discutida la posibilidad de introducir este derecho, y sin embargo es el ámbito en el que actualmente, desde mediados del siglo XX, existe sin dudas al menos para el condenado, de acuerdo con el art. 14.5 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* de Naciones Unidas de 1966¹² y el art. 2 del Protocolo no. 7 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*¹³ (1984).

En contraste, en el proceso civil no existe realmente un derecho equivalente. A lo largo del tiempo la doctrina¹⁴ ha dado por descontado que en este ámbito civil los ordenamientos en general reconocen los recursos contra la sentencia de primera instancia, y por ello la preocupación por elevarlo al rango de derecho fundamental ha sido casi inexistente. Solamente a ratos se ha preocupado la doctrina por la cuestión debido a razones muy concretas. En EEUU, por ejemplo, para tratar de paliar los abusos del *summary judgment*¹⁵. Mientras tanto, en la Europa continental, la preocupación ha sido sobre todo en torno al recurso de casación, pero centrando la cuestión no tanto en si el derecho al recurso existe o tiene carácter fundamental, sino acerca de si las restricciones que se suelen imponer al mismo son legítimas desde el punto de vista constitucional¹⁶, que es muy diferente. Solamente en Italia se incluyó

¹² «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.»

¹³ Artículo 2. *Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal*. 1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por una jurisdicción superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los cuales pueda ser ejercitado, se regularán por ley. 2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las defina la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

¹⁴ Dalton, H. L., «Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously», *Yale Law Journal*, vol. 95, no. 1, November 1985, p. 101. Marshall, P. D. «A Comparative Analysis of the Right to Appeal», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22, no. 1, Fall 2011, p. 5.

¹⁵ Robertson, «The Right to Appeal», 91, *The North Carolina Law Review*, 2012-2013, p. 1219.

¹⁶ Taboada Roca, M., *La casación civil española en alguna de sus complejidades*, Madrid 1977, p. 9. Serra Domínguez, M. «Violación de ley y doctrina legal», *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1969, p. 438. Taruffo, M., «La Corte di Cassazione e la legge», *Riv. trim di dir. e proc. civ.*, 1990, p. 349. Chiarloni, S., «In difesa della nomofilachia», *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1992, p. 123. En Argentina, Morello, A. M., *La casación, un modelo intermedio eficiente*, Buenos Aires, 2000, p. 198. En Venezuela, Abreu Burelli, A.; Mejía Arnal, L. A., *La casación civil*, Caracas 2005, p. 201. Vid. también Honorat, E., «Plaider un pourvoi devant la Cour de justice», Christianos (ed.), *Evolution récente du droit judiciaire communautaire*, Vol. I, Institut européen d'administration publique. Maastricht 1994, p. 37. Van Drooghenbroeck, J. F., Mougenot, D., «Le formalisme dans la procédure de cassation en Belgique», Chainais; Van Drooghenbroeck; Saletti; Hess; *Quel avenir pour les juridictions suprêmes? Etudes de droit comparé de la cassation en matière civile*, 2021, p. 187. Boré, *La cassation en matière civile*, Paris 1980, p. 729. Bellet, P., «Grandeur et servitudes de la Cour de cassation», *Revue internationale de droit comparé*, 1980 32-2, p. 299. Desde una perspectiva distinta, Ferrand, F., *Cassation française et Revision allemande*, Paris 1993, p. 242.

sorprendentemente a la casación en el ámbito de la constitucionalización (art. 111¹⁷ de la *Costituzione Italiana*¹⁸)¹⁹, lo que ha supuesto una vía indirecta para el reconocimiento de este derecho que, por cierto, ni siquiera ha tenido un efecto realmente positivo. En realidad, ese «derecho» ha colapsado desde hace años a la *Corte di Cassazione italiana*²⁰.

En suma, va a tratarse la cuestión de si el derecho al recurso debe existir, con carácter autónomo o como derivación del derecho de defensa, pero no solamente cuando la existencia del recurso haya sido prevista por el legislador, sino en general. Para ello se realizará un estudio de Derecho comparado cubriendo las áreas geográficas más interesantes en la materia, y se ampliará la cuestión a si debe existir también el derecho al recurso a un tribunal constitucional y a un tribunal supranacional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La respuesta no es obvia, puesto que la mayoría de Estados no posee nada parecido a la *Verfassungsbeschwerde* alemana. Además, pasando al ámbito supranacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no garantiza, como veremos, el acceso directo de los ciudadanos a su cognición, sino a través del difícil paso intermedio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De hecho, existen Estados como Canadá o EEUU que no reconocen ningún mecanismo de protección judicial internacional de los derechos de ciudadanos individuales.

En este primer apartado se elaborará de entrada un estudio descriptivo de derecho comparado para mostrar el estado de la cuestión. Con esas bases, finalmente se profundizará, a modo de conclusión, en la teórica esencia del derecho y sobre su virtualidad para ser constitucionalizado.

2. ACCESO A LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN INTERNOS

Los ordenamientos son relativamente uniformes en esta materia. No suele preverse la existencia del recurso en el ámbito interno como un derecho del justiciable. Los recursos en el proceso civil existen más bien por tradición, y no por disposición constitucional. Sin embargo, cuando la tradición es tan reiterada y es a la vez tan extendida la conciencia ciudadana de que siempre existe la posibilidad de recurrir,

¹⁷ (...) Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. (...)

¹⁸ Vid. también art. 24: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. (...)

¹⁹ Vid. Consolo, C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2012, p. 372. Satta, S., (con Punzi), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996, p. 591.

²⁰ Passanante, L., *Il precedente impossibile*, Torino 2018, p. 3.

al menos, la sentencia de un juez de primera instancia, tal vez la constitucionalización de esta realidad pudiera llegar algún día. Veremos después que esto ya es así en algunos lugares.

Con todo, ¿qué recursos deben existir? ¿Solamente la apelación, o alguno más? Veamos que dan de sí en este sentido las legislaciones nacionales.

A. ¿Existe discrecionalidad legislativa para disponer el acceso a los medios de impugnación?

De acuerdo con la mayoría de las normas constitucionales nacionales, en sentido estricto no tendría por qué existir recurso alguno. El legislador es de ese modo libre de disponerlos o no contra las resoluciones que le parezca más conveniente. Podríamos imaginar perfectamente un ordenamiento que sólo previera un proceso en única instancia en el que tampoco se pudieran recurrir las resoluciones interlocutorias del juez, ni siquiera ante el mismo juzgador. Con ello cambiaría radicalmente la historia del Derecho y de hecho se regresaría a una situación de inexistencia de recursos que no concurría, con algunos paréntesis, desde hace más de dos milenios, al menos en los territorios influenciados por la cultura romana.

Por tanto, como se va a ver, el derecho al recurso no existe en general en las constituciones nacionales, aunque con algunas excepciones relevantes que serán objeto de estudio. Y que, por cierto, están creciendo en su número.

A.1. Según el Derecho nacional

Son relativamente pocos los países que reconocen expresamente en sus Constituciones un derecho al recurso en el proceso civil, y no siempre se trata, además, del mismo recurso. En realidad, podríamos decir que en el conjunto de países democráticos del mundo²¹, únicos donde los derechos son realmente concebibles —dejando ahora de lado sus distintos niveles de corrupción—, existen tres grupos principales: aquellos que no reconocen derecho fundamental alguno al recurso y que tampoco tienen constitucionalizado un contenido parecido; países que reconocen en sus Constituciones estructuras judiciales de las que eventualmente sus tribunales podrían llegar a deducir algún día un derecho al recurso; y finalmente Estados en los que se reconoce el derecho a algún recurso, habitualmente el recurso de apelación. A continuación haré referencia a todos los Estados de dichos grupos, citando los preceptos en los que se reconoce el derecho de defensa, y después aquellos artículos en los que se regula el poder judicial.

²¹ Vid. Democracy Countries 2022: <https://worldpopulationreview.com/country-rankings/democracy-countries>

El primero de dichos grupos —ni constitucionalización ni fundamentalización del derecho al recurso— es el más numeroso (*treinta y cuatro Estados*), y además es transversal puesto que comprende diversas áreas geográficas y espacios de diversa tradición jurídica. Dando por descontado al Reino Unido según cuanto antes se dijo, se incluyen además Canadá²², Suiza²³ (arts. 29, 29A y 30)²⁴, Francia²⁵ (arts. 64 a 66-1), Alemania²⁶ (arts. 1 y 92 a 104), Austria²⁷ (arts. 82 a 94), España²⁸ (arts. 24 y 117 a 123), Andorra²⁹ (arts. 10 y 85-94), Países Bajos³⁰ (arts. 18 y 112-122), Bélgica³¹ (arts. 144 a 159), Luxemburgo³² (arts. 84 a 95 ter), Grecia³³ (arts. 20 y 87 a 100A) y Turquía³⁴ (art. 36, 138-160); también Dinamarca³⁵ (arts. 59 a 65), Suecia³⁶ (Chapter 11) e Islandia³⁷ (arts. 59 a 61) en el área nórdica; Letonia³⁸ (arts. 92, 82-86), Chequia³⁹ (art. 90-96), Eslovaquia⁴⁰ (arts. 46, 141-148), Hungría⁴¹ (arts. 25-28) y Bosnia and Herzegovina⁴² (art. 3.d) en los países con un pasado de influencia soviética;

²² Constitution Act of Canada, 1982: <https://laws.justice.gc.ca/eng/Const/page-12.html>

²³ Constitución de Suiza, 1999: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/de>

²⁴ Con una leve y controvertida excepción con un recurso final: art. 191 de la Constitución de Suiza.

²⁵ Constitución de Francia, 1958: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>

²⁶ Ley Fundamental de Alemania, 1949: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>

²⁷ Constitución de Austria, 1920. <http://www.verfassungen.at/indexheute.htm>

²⁸ Constitución española, 1978: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

²⁹ Constitución de Andorra, 1993, <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/ANDORRA-Constitucion.pdf>

³⁰ Constitución de Países Bajos, 2008: <https://www.legislationline.org/documents/section/constitutions/country/12/Netherlands/show>

³¹ Constitución de Bélgica, 1831: https://www.senate.be/doc/const_fr.html

³² Constitución de Luxemburgo, 1868: <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/recueil/constitution/20200519>

³³ Constitución de Grecia, 1975: https://www.constituteproject.org/constitution/Greece_2008.pdf?lang=en

³⁴ Constitución de Turquía, 1982: https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf

³⁵ Constitución de Dinamarca, 1953: https://www.constituteproject.org/constitution/Denmark_1953.pdf?lang=en

³⁶ Constitución de Suecia, 1974: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aX-EnTiPq-oJ:www.partylaw.leidenuniv.nl/party-law/4c8b8db7-7720-480b-a535-1a017287acdc.pdf+%&cd=17&hl=es&ct=clnk&gl=es>

³⁷ Constitución de Islandia, 1944, https://www.constituteproject.org/constitution/Iceland_2013.pdf?lang=en

³⁸ Constitución de Letonia, 1922: https://www.constituteproject.org/constitution/Latvia_2016?lang=en

³⁹ Constitución de la República Checa, 1992: <https://www.psp.cz/en/docs/laws/1993/1.html>

⁴⁰ Constitución de Eslovaquia, 1992: <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>

⁴¹ Constitución de Hungría, 2011: https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf

⁴² Constitución de Bosnia y Herzegovina, 1995: https://www.constituteproject.org/constitution/Bosnia_Herzegovina_2009.pdf?lang=en

en América Latina, Argentina⁴³ (arts. 43, 108-129), Paraguay⁴⁴ (arts. 15, 247-275), Perú⁴⁵ (138-149), Ecuador⁴⁶ (arts. 75, 167-203), Costa Rica⁴⁷ (art. 41, 152-166), Panamá⁴⁸ (201-224), Honduras⁴⁹ (82, 303-320) y Bolivia⁵⁰ (arts. 178-204). Japón⁵¹ (arts. 32, 37, 76-82) y Corea del Sur⁵² (art. 12, 27, 101-110)⁵³ en Asia, Somalia⁵⁴ (arts. 34, 105-109C) en África y Nueva Zelanda⁵⁵ (arts. 23-24) en Oceanía. En todos estos Estados existen no obstante recursos contra las sentencias de primera instancia y también ante Tribunales supremos, a veces reconocidos estos últimos por sus constituciones, lo que ha hecho que la doctrina no se cuestione la existencia de la apelación al menos, pero tampoco haya sentido la necesidad de establecer derecho fundamental ni norma constitucional alguna que la garantice.

En este primer grupo también debe reconocerse⁵⁶, por último, a EEUU⁵⁷, puesto que pese a que su Constitución⁵⁸ hace algunas alusiones a los tribunales de apelación (art. II, Sec. 2), y la Enmienda I hace referencia a la «*redress of grievances*», la Enmienda VII efectúa una prohibición relativa de la apelación en el proceso civil, que no existe salvo respetando las reglas del *common law*, lo que supone, en todo caso, una apelación limitada a las cuestiones de derecho. Ello constituye, aunque de manera indirecta y *a contrario*, un primer paso hacia la constitucionalización de la apelación, que es lo que

⁴³ Constitución de Argentina, 1853: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>

⁴⁴ Constitución de Paraguay, 1992: https://www.constituteproject.org/constitution/Paraguay_2011.pdf?lang=es

⁴⁵ Constitución de Perú, 1993: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf

⁴⁶ Constitución de Ecuador, 2008, https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

⁴⁷ Constitución de Costa Rica, 1949:

<https://pdba.georgetown.edu/Parties/CostaRica/Leyes/constitucion.pdf>

⁴⁸ Constitución de Panamá, 1972: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Panama/vigente.pdf>

⁴⁹ Constitución de Honduras, 1982: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_honduras.pdf

⁵⁰ Constitución de Bolivia, 2009: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf

⁵¹ Constitución de Japón, 1946:

https://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html

⁵² Constitución de Corea, 1948:

https://www.constituteproject.org/constitution/Republic_of_Korea_1987.pdf?lang=en

⁵³ Vid. también Constitutional Court, 90Hun-Ba26, June 26, 1992.

⁵⁴ Provisional Constitución de Somalia, 2012: <http://hrlibrary.umn.edu/research/Somalia-Constitution2012.pdf>

⁵⁵ Constitución de Nueva Zelanda, 1986:

<https://www.legislation.govt.nz/act/public/1986/0114/latest/DLM94204.html>

⁵⁶ Vid. Guinchard, S. e.a., *Droit processuel*, Paris 2021, p. 800.

⁵⁷ Vid. *Abney v. United States*, 431 U.S. 651 (1977).

⁵⁸ Constitution of the United States, 1788:

https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#:~:text=Written%20in%201787%2C%20ratified%20in,exists%20to%20serve%20its%20citizens.

sucede en los países del segundo grupo, y que ya se quiso ver dentro de los mismos EEUU a través de la Enmienda XIV⁵⁹.

El segundo grupo, de hecho, es una especie de área de transición entre el primer y el tercer grupo, puesto que sus normas constitucionales reconocen expresamente la existencia de tribunales de apelación, lo que supone la constitucionalización del derecho pero aún no su fundamentalización. En ese pequeño grupo se encuentran solamente *dieciséis países*: Portugal⁶⁰ (arts. 32 y 202 a 220), Finlandia⁶¹ (Sec. 21 y 98 a 105), Lituania⁶² (art. 30, 33, 109-118), Bulgaria⁶³ (arts. 31, 119, 117-134), Albania⁶⁴ (arts. 33, 136), Chile⁶⁵ (arts. 19.3º, 76-82), Uruguay⁶⁶ (arts. 233-261), Guatemala⁶⁷ (arts. 12, 218), Brasil⁶⁸ (arts. 33.3º, 92-126)⁶⁹, República Dominicana⁷⁰ (arts. 157-159), México⁷¹ (art. 17, 94-107), Malasia⁷² (art. 122), Sudán del Sur⁷³ (arts. 19,

⁵⁹ Fins, H. G. «Is the Right of Appeal Protected by the Fourteenth Amendment», *Judicature*, vol. 54, no. 7, February 1971, p. 296.

⁶⁰ Constitución de Portugal, 1976:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

⁶¹ Constitución de Finlandia, 1999: <https://finlex.fi/en/laki/kaanokset/1999/en19990731>

⁶² Constitución de Lituania, 1992:

https://www.legislationline.org/download/id/8210/file/Lithuania_Constitution_1992_am2019_en.pdf

⁶³ Constitución de Bulgaria, 1991: <https://www.parliament.bg/en/const>

⁶⁴ Constitución de Albania, 1998:

https://www.legislationline.org/download/id/9669/file/ALB_constituion.pdf

⁶⁵ Constitución de Chile, 1980: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf

⁶⁶ Constitución de Uruguay, 1830: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

⁶⁷ Constitución de Guatemala, 1985: <https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/GUATEMALA-Constitucion.pdf>

⁶⁸ Constitución de Brasil, 1988: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁶⁹ Sin embargo, es percibido por la doctrina dominante como un principio constitucional (el llamado *princípio do duplo grau de jurisdição*), especialmente debido a la estructura del sistema judicial brasileño. El debate gana trascendencia práctica con el art. 1013 § 3º del Código de Proceso Civil brasileño, a través de la llamada «teoría de la acción madura». Esta disposición permite que el tribunal de apelación se pronuncie sobre el fondo de la acción en determinados casos, incluso si el juez de primera instancia no se pronunció sobre la acción o si la sentencia de primera instancia fue declarada nula. Aunque en este caso la parte haya hecho valer su derecho a recurrir, parte de la doctrina opina que, según el *princípio do duplo grau de jurisdição*, las partes deberían tener derecho a que el juez de primera instancia decida primero sobre la acción y que, por tanto, el art. 1013 § 3º es inconstitucional.

⁷⁰ Constitución de La República Dominicana, 2010:

<https://www.cijc.org/es/NuestrasConstituciones/REP%C3%9ABLICA-DOMINICANA-Constitucion.pdf>

⁷¹ Constitución de México, 1917: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

⁷² Constitución de Malasia, 1957:

https://www.constituteproject.org/constitution/Malaysia_2007.pdf?lang=en

⁷³ Constitución de Sudán del Sur, 2011:

https://www.constituteproject.org/constitution/South_Sudan_2011.pdf

129), Namibia⁷⁴ (arts. 12, 80), Botswana⁷⁵ (arts. 10, 99) y Sudáfrica⁷⁶ (arts. 34, 35.3, 165-180), que además sólo reconoce expresamente el derecho para el proceso penal.

El tercer grupo comprende a los Estados que sí apuestan decididamente por el derecho al recurso, y de hecho son los *veinte países* que a día de hoy tienen fundamentalizado tal derecho. Existen seis Estados con influencia directa o indirecta del *common law*: Irlanda⁷⁷ (arts. 34 a 37, en particular art. 34.4⁷⁸), Australia⁷⁹ (arts. 71 a 80, en particular art. 73⁸⁰), India⁸¹ (arts. 32, 132, 133, 134, 134A, 137, 214-237, en particular arts. 132 y 134A⁸²), Israel⁸³ (Basic Law: The Judiciary (1984),

⁷⁴ Constitución de Namibia, 1990: <https://www.lac.org.na/laws/annoSTAT/Namibian%20Constitution.pdf>

⁷⁵ Constitución de Botswana, 1966: <http://www.commonlii.org/bw/legis/const/1966/>

⁷⁶ Constitución de Sudáfrica, 1996: <https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>

⁷⁷ Constitución de Irlanda, 1937: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en/html>

⁷⁸ *The Court of Appeal shall— i. save as otherwise provided by this Article and, ii. with such exceptions and subject to such regulations as may be prescribed by law, have appellate jurisdiction from all decisions of the High Court, and shall also have appellate jurisdiction from such decisions of other courts as may be prescribed by law.*

⁷⁹ Constitución de Australia, 1900:

https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution/chapter3

⁸⁰ *The High Court shall have jurisdiction, with such exceptions and subject to such regulations as the Parliament prescribes, to hear and determine appeals from all judgments, decrees, orders, and sentences: (i). of any Justice or Justices exercising the original jurisdiction of the High Court; (ii). of any other federal court, or court exercising federal jurisdiction; or of the Supreme Court of any State, or of any other court of any State from which at the establishment of the Commonwealth an appeal lies to the Queen in Council; (iii). of the Inter-State Commission, but as to questions of law only; and the judgment of the High Court in all such cases shall be final and conclusive.*

⁸¹ Constitución de India, 2020: <https://legislative.gov.in/sites/default/files/COI.pdf>

⁸² 133. Appellate jurisdiction of Supreme Court in appeals from High Courts in regard to civil matters.— (1) An appeal shall lie to the Supreme Court from any judgment, decree or final order in a civil proceeding of a High Court in the territory of India if the High Court certifies under article 134A: (a) that the case involves a substantial question of law of general importance; and (b) that in the opinion of the High Court the said question needs to be decided by the Supreme Court. (2) Notwithstanding anything in article 132, any party appealing to the Supreme Court under clause (1) may urge as one of the grounds in such appeal that a substantial question of law as to the interpretation of this Constitution has been wrongly decided. (3) Notwithstanding anything in this article, no appeal shall, unless Parliament by law otherwise provides, lie to the Supreme Court from the judgment, decree or final order of one Judge of a High Court.

134A. Certificate for appeal to the Supreme Court.—Every High Court, passing or making a judgment, decree, final order, or sentence, referred to in clause (1) of article 132 or clause (1) of article 133, or clause (1) of article 134,— (a) may, if it deems fit so to do, on its own motion; and (b) shall, if an oral application is made, by or on behalf of the party aggrieved, immediately after the passing or making of such judgment, decree, final order or sentence, determine, as soon as may be after such passing or making, the question whether a certificate of the nature referred to in clause (1) of article 132, or clause (1) of article 133 or, as the case may be, sub-clause (c) of clause (1) of article 134, may be given in respect of that case.

⁸³ Leyes Fundamentales de Israel, 1958:

https://www.constituteproject.org/constitution/Israel_2013.pdf?lang=en

§ 17⁸⁴), Malta⁸⁵ (art. 95⁸⁶) y Chipre⁸⁷ (arts. 23.11⁸⁸, 111.4⁸⁹, 155.1⁹⁰). Pero también están incluidos un gran número de Estados de la antigua órbita soviética, influidos tal vez por la labor supervisora que el Tribunal Supremo de la Unión Soviética ejercía sobre los tribunales inferiores⁹¹: Estonia⁹² (art. 15, 24⁹³, 146-153), Polonia⁹⁴ (art. 78⁹⁵, 173-187), Rumanía⁹⁶ (arts. 21, 124-141, en particular, art. 129⁹⁷), Eslovenia⁹⁸

⁸⁴ 17. A judgment of a court of first instance, other than a judgment of the Supreme Court, shall be appealable as of right.

⁸⁵ Constitución de Malta, 1964: <https://legislation.mt/eli/const/eng/pdf>

⁸⁶ 95.(1) There shall be in and for Malta such Superior Courts having such powers and jurisdiction as may be provided by any law for the time being in force in Malta.

(2) One of the Superior Courts, composed of such three judges as could, in accordance with any law for the time being in force in Malta, compose the Court of Appeal, shall be known as the Constitutional Court and shall have jurisdiction to hear and determine - (...) (c) appeals from decisions of the Civil Court, First Hall, under article 46 of this Constitution.

⁸⁷ Constitución de Chipre, 1960: https://www.constituteproject.org/constitution/Cyprus_2013.pdf?lang=en

⁸⁸ Any interested person shall have the right of recourse to the court in respect of or under any of the provisions of this Article, and such recourse shall act as a stay of proceedings for the compulsory acquisition; and in case of any restriction or limitation imposed under paragraph 3 of this Article, the court shall have power to order stay of any proceedings in respect thereof. Any decision of the court under this paragraph shall be subject to appeal.

⁸⁹ Law shall provide for appeal against decisions of the family courts, for the composition of those who shall adjudicate and decide on these appeals and for the jurisdiction and powers of these appellate courts. A law enacted in accordance with the provisions of this paragraph may provide that the appellate court may be composed of one or more judges of the Supreme Court, sitting alone or together with another judge or other judges belonging to the judicial service of the Republic as the law may provide.

⁹⁰ The High Court shall be the highest appellate court in the Republic and shall have jurisdiction to hear and determine, subject to the provisions of this Constitution and of any Rules of Court made thereunder, all appeals from any court other than the Supreme Constitutional Court

⁹¹ Art. 104. The Supreme Court of the U.S.S.R. is the highest judicial organ. The Supreme Court of the U.S.S.R. is charged with the supervision of the judicial activities of all the judicial organs of the U.S.S.R. and of the Union Republics.

⁹² Constitución de Estonia, 1992: https://www.constituteproject.org/constitution/Estonia_2015.pdf?lang=en

⁹³ (...) *Everyone has the right of appeal to a higher court against the judgment in his or her case pursuant to procedure provided by law.*

⁹⁴ Constitución de Polonia, 1997: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

⁹⁵ Each party shall have the right to appeal against judgments and decisions made at first stage. Exceptions to this principle and the procedure for such appeals shall be specified by statute.

⁹⁶ Constitución de Rumanía, 1991: <https://www.presidency.ro/en/the-constitution-of-romania>

⁹⁷ Against decisions of the court, the parties concerned and the Public Ministry may exercise ways of appeal, in accordance with the law.

⁹⁸ Constitución de Eslovenia, 1991: <https://www.varuh-rs.si/en/about-us/legal-framework/the-constitution-of-the-republic-of-slovenia/>

(art. 25⁹⁹, 125-134), Croacia¹⁰⁰ (art. 18¹⁰¹), Serbia¹⁰² (art. 36¹⁰³), Macedonia¹⁰⁴ (art. 15¹⁰⁵), Montenegro¹⁰⁶ (arts. 20¹⁰⁷, 118-128) y Ucrania¹⁰⁸ (art. 129.8¹⁰⁹). Por último, existen una especie de islas jurídicas en su área geográfica en este sentido en América Latina: Colombia¹¹⁰ (art. 31¹¹¹, 228-257); dos en África: Túnez¹¹² (art. 108¹¹³) y Ghana¹¹⁴ (arts. 19, 138¹¹⁵). Y dos más en Europa: el primer país en

⁹⁹ Everyone shall be guaranteed the right to appeal or to any other legal remedy against the decisions of courts and other state authorities, local community authorities and bearers of public authority by which his rights, duties or legal interests are determined.

¹⁰⁰ Constitución de Croacia, 1990: <https://www.sabor.hr/en/constitution-republic-croatia-consolidated-text#:~:text=Freedom%2C%20equal%20rights%2C%20national%20and,of%20the%20Republic%20of%20Croatia>.

¹⁰¹ The right to appeal against individual legal decisions made in first-instance proceedings by courts or other authorized bodies shall be guaranteed. By way of exception, the right to appeal may be denied in cases specified by law if other legal protections are ensured.

¹⁰² Constitución de Serbia, 2006:
<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/74694/119555/F838981147/SRB74694%20Eng.pdf>

¹⁰³ Equal protection of rights before courts and other state bodies, entities exercising public powers and bodies of the autonomous province or local self-government shall be guaranteed. Everyone shall have the right to an appeal or other legal remedy against any decision on his rights, obligations or lawful interests.

¹⁰⁴ Constitución de Macedonia, 1991:
<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/36714/70972/F511737559/MKD36714%20Eng.pdf>

¹⁰⁵ The right to appeal against individual legal acts issued in a first instance proceedings by a court, administrative body, organization or other institution carrying out public mandates is guaranteed.

¹⁰⁶ Constitución de Montenegro, 2007:

https://www.constituteproject.org/constitution/Montenegro_2007.pdf

¹⁰⁷ Everyone shall have the right to legal remedy against the decision ruling on the right or legally based interest thereof.

¹⁰⁸ Constitución de Ucrania, 1996: <https://www.refworld.org/pdfid/44a280124.pdf>

¹⁰⁹ While administering justice, a judge is independent and governed by the rule of law. The main principles of justice are: (...) 8) ensuring the right to appeal and, in cases prescribed by law, the right to cassation of court decision.

¹¹⁰ Constitución de Colombia, 1991:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>

¹¹¹ Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. (...)

¹¹² Constitución de Túnez, 2014: https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf

¹¹³ "(...) The right to litigation and the right to defence are guaranteed. The law facilitates access to justice and provides legal assistance to those without financial means. The law guarantees the double degree of jurisdiction. (...)

¹¹⁴ https://www.constituteproject.org/constitution/Ghana_1996.pdf

¹¹⁵ Constitución de Ghana, 1992: Art. 138.b: in civil matters, any order, direction or decision made or given in exercise of the powers conferred by this article, may be varied, discharged or reversed by the Court of Appeal as duly constituted.

reconocerlo en 1814, Noruega¹¹⁶ (arts. 95, 86 a 91, en particular arts. 88, 89 y 90 *a contrario*¹¹⁷) e Italia¹¹⁸ (arts. 24¹¹⁹, 101-113¹²⁰).

Dentro de este tercer grupo hay, con todo, diferentes intensidades. Por un lado existen los Estados que reconocen este derecho al recurso —habitualmente apelación— en la medida en que esté prescrito por la ley o con las excepciones establecidas por el legislador. Es el caso de Irlanda, Australia, Polonia, Rumanía, Croacia, Malta, Colombia con respecto a la segunda instancia y de Noruega en relación con la casación, aunque de su regulación se podría inferir una fundamentalización de la segunda instancia, al excluir la apelación sólo con respecto a las sentencias del Tribunal Supremo (art. 90). Específicamente se dispone justamente así en la Constitución de Ucrania: derecho absoluto con respecto a la apelación, y relativo en relación con la casación, dependiendo de lo que disponga el legislador.

Como auténtico derecho fundamental al recurso, la apelación solamente está prevista sin matices en Estonia, Eslovenia, Serbia, Macedonia, Montenegro, Chipre, Israel, Túnez y Ghana. Y curiosamente ese mismo derecho existe con respecto nada menos que a la casación en Italia, como ya se dijo.

Un último caso particular es India. Se dispone el derecho al recurso ante el Tribunal Supremo, pero solamente si así lo consiente el juez *a quo*, como suele ser habitual en el Reino Unido o en parte en Alemania (*Zulassungsrevision*, §543 ZPO), aunque sin disposición constitucional al efecto en estos dos últimos países, razón por la que no han sido incluidos en este grupo.

De todo el estudio anterior puede concluirse provisionalmente que el derecho fundamental al recurso, sin matices, es minoritario en el mundo. Con respecto a la apelación solamente existe en diez Estados. Seis de ellos son países de la zona de antigua influencia soviética, y de hecho cuatro de ellos formaron parte de un solo Estado hoy desaparecido (Yugoslavia). El caso de Italia con respecto a la casación es

¹¹⁶ Constitución de Noruega, 1814, <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17>

¹¹⁷ Art. 88. The Supreme Court pronounces judgment in the final instance. Nevertheless, limitations on the right to bring a case before the Supreme Court may be prescribed by law. The Supreme Court shall consist of a President and at least four other Members.

Art. 89. In cases brought before the Courts, the Courts have the power and the duty to review whether applying a statutory provision is contrary to the Constitution, and whether applying other decisions under the exercise of public authority is contrary to the Constitution or the law of the land.

Art. 90. The judgments of the Supreme Court may in no case be appealed.

El art. 90 es el antiguo § 91: Høiesterets Domme kunne i intet Tilfælde paaankes eller underkastes Revision.

¹¹⁸ Constitución de Italia, 1947: <https://www.senato.it/istituzione/la-costituzione>

¹¹⁹ Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. (...)

¹²⁰ Art. 111: Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

una auténtica rareza, formulada en un tiempo de fascinación por la casación¹²¹, tal vez inspirada por la magna obra de Calamandrei¹²².

A.2. Según los instrumentos internacionales

La pregunta que resta es si siendo esta la realidad, debe avanzarse en el camino de tal reconocimiento. Comencemos por decir que a nivel mundial, ni los arts. 8 a 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10.12.1948)¹²³ ni el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16.12.1966)¹²⁴ se refieren a esta

¹²¹ Taruffo, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 474 ss. Taruffo, M., «Le novità nel giudizio di cassazione», Treccani 2016 (https://www.treccani.it/enciclopedia/le-novita-nel-giudizio-di-cassazione_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/).

¹²² Calamandrei, P., *La Cassazione civile*, Milano 1920, *Opere Giuridiche*, Vol. VI y VII., Napoli 1976.

¹²³ Art.8: «Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.» Art. 10: «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.»

¹²⁴ Art. 14: «1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

cuestión, como ya se dijo. Es difícil que unas normas tan genéricas se refirieran hace más de cinco décadas a contenidos tan específicos como el que se está tratando, toda vez que, como se ha visto, el desarrollo a nivel interno del derecho al recurso en esa época era casi inexistente. Bastante fue que el referido art. 14.5 dispusiera la revisión sistemática de las condenas en el proceso penal.

Descendiendo a un nivel más regional, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH)¹²⁵ ni el art. 47¹²⁶ de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE disponen un derecho semejante, puesto que su artículo 13 solamente exige la presencia en los ordenamientos de un «effective remedy», es decir, de un medio de impugnación ante los tribunales contra las vulneraciones de derechos cometidas por las autoridades nacionales. De hecho, el específico derecho a la apelación solamente está reconocido en el art. 2 del Protocolo n. 7 al CEDH, pero igual que las normas de Naciones Unidas, únicamente con respecto al proceso penal. Eso no impide un futuro reconocimiento del derecho en el CEDH con respecto al proceso civil, obviamente, pero a día de hoy tal derecho no existe, como confirma la jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²⁷ como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²⁸.

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

¹²⁵ https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

¹²⁶ Art. 47: «Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.»

¹²⁷ De Cubber v. Belgium (n. 9186/809), 26-10-1984: «Article 6 para. 1 (art. 6-1) concerns primarily courts of first instance; it does not require the existence of courts of further instance.» Dorado Baúlde v. Spain, n. 23486/12, 24-9-2015, § 18: «As regards the applicant's complaint under Article 13 in conjunction with Article 6 of the Convention, the Court recalls that neither Article 6 of the Convention nor Article 13 guarantees, as such, a right of appeal or a right to a second level of jurisdiction (see, mutatis mutandis, Nurban Yılmaz v. Turkey (no. 2), no. 16741/04, § 21, 8 April 2008, and Gurepka v. Ukraine, no. 61406/00, § 51, 6 September 2005)».

¹²⁸ C-497/20, Randstad Italia SpA v Umana SpA, 21-12-2021, §84.

Sin embargo, una Recomendación¹²⁹ del *Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la introducción y mejora del funcionamiento de los sistemas recursivos y de los procedimientos en asuntos civiles y comerciales* dispuso en sentido contrario, sugiriendo la introducción generalizada de la apelación en el proceso civil, aunque dejando un amplio margen para introducir excepciones en la cognición del tribunal *ad quem*, tales como excluir a las pequeñas causas —*small claims*—, o disponiendo una fase de admisión en la segunda instancia (art. 3).

Sin embargo, lo más decepcionante, como se verá después, fueron las restricciones que la Recomendación permitió realizar a la cognición del tribunal de segunda instancia (art. 5). En concreto, avaló que pudiera restringirse la apelación a las cuestiones de derecho, respetando la valoración de la prueba en primera instancia, así como disponiendo motivos de recurso que limitaran las posibilidades del tribunal *ad quem*. En realidad, todo ello tenía una fuerte influencia anglosajona¹³⁰ que probablemente fue necesario respetar para conseguir el consenso, y que podía tener sentido cuando decidía un jurado, pero no cuando lo hace un juez profesional, por más acostumbrados que estemos ya a la persistencia en ese error histórico, que después se detallará. El resultado final es que la Recomendación no proponía, ni mucho menos, un «derecho al recurso» sino, como dijo su art. 1, un «*right to judicial control*», lo que desde luego no es una segunda instancia, sino más bien algo que se asemeja mucho más a un *writ of error*¹³¹. En conclusión, la recomendación comentada es simplemente una norma de mínimos.

Tampoco en el área americana hizo avance alguno la Convención Interamericana de Derechos Humanos (San Jose, 22 Nov. 1969), pero sí ofrece alguna novedad interesante. Aunque solamente se reconoce el derecho al recurso para el proceso penal en su art. 8.2.h¹³², en el proceso civil la Corte Interamericana de Derechos Humanos deja la tarea de establecer recursos al legislador o al constituyente, exigiendo no

¹²⁹ Comp. Rec. R (95) 5 of 7 February 1995.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680505f3c>

¹³⁰ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, cit. p. 455, explica este punto: «...an appeal to the king in parliament was always unquestionable allowed. But no new evidence is admitted in the house of lords upon any account, for this a distinct jurisdiction : which differs it very considerably from those instances, wherein the same jurisdiction revises and corrects its own acts, as in rehearings and bills of review. For it is a practice unknown to our law, (though constantly followed in the spiritual courts) when a superior court is reviewing a sentence of an inferior, to examine the justice of the former decree by evidence that was never produced below. This is the general method of proceeding in the courts of equity.»

¹³¹ Freedman, A. L. «The Writ of Error Coram Nobis», *Temple Law Quarterly*, vol. 3, no. 4, August 1929, p. 365.

¹³² Art. 8: «Right to a Fair Trial. (...) 2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees: h. the right to appeal the judgment to a higher court.»

obstante que si el legislador ha dispuesto que exista el recurso, el mismo debe ser idóneo, efectivo, sencillo y breve para dar respuesta a las violaciones de los derechos contemplados en la convención¹³³. Es decir, aunque no dispone una obligación para el constituyente de prever un derecho al recurso, sí exige un contenido esencial mínimo si el recurso existe, lo que no deja de ser una curiosa estrategia indirecta de afirmación del derecho. De hecho, la jurisprudencia extiende dicho contenido esencial a cualquier recurso, por supuesto de apelación¹³⁴, pero también incluso ante un Tribunal Constitucional¹³⁵.

En el espacio africano, la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (27 de junio de 1981)¹³⁶ no dispuso realmente en su art. 7 un derecho a una segunda instancia ni a ninguna otra. El uso de la expresión «*right to an appeal*» hubiera podido ser interpretado como un uso impropio de esta palabra equivalente al término «*remedy*», o aún mejor, a un simple «*access to justice*». Pero sin embargo, la todavía escasa jurisprudencia¹³⁷ del Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos —establecido en 2006— ha sido más audaz y ha considerado que el artículo citado obliga a los Estados a disponer un recurso de apelación contra las sentencias, y lo establece claramente como derecho de los ciudadanos¹³⁸, lo que constituye una novedad que va bastante más allá, como se ha visto, de lo dispuesto en el espacio europeo.

De todo lo anterior cabe concluir que cuanto más modernas son las normas, mayor sensibilización existe por el derecho al recurso, de manera parecida a lo que se pudo ver al exponer los ordenamientos internos. De ello cabe inferir que se está abriendo camino un debate en torno a la introducción de este derecho de forma generalizada, y no solamente en el ámbito penal. Sobre su contenido se reflexionará más adelante.

¹³³ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 3442. Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 712.

¹³⁴ Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 3485

¹³⁵ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017. Serie C No. 344.

¹³⁶ <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201520/volume-1520-I-26363-English.pdf>

¹³⁷ <https://www.african-court.org/wpafc/>

¹³⁸ Mallya v Tanzania (merits and reparations) (2019) 3 AfCLR 482, §43. <https://www.african-court.org/wpafc/african-court-law-report-volume-3-2019/>. Werema v Tanzania (merits) (2018) 2 AfCLR 520, §68. Makungu v Tanzania (merits) (2018) 2 AfCLR 550, §57 <https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/04/African-Court-Law-Report-Volume2-2017-2018.pdf>.

3. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN ESPECÍFICOS EN CASO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

Habitualmente, los ordenamientos no disponen remedios específicos para impugnar resoluciones judiciales que hayan podido vulnerar derechos fundamentales. Se considera, en general, que la protección que dispensan los medios generalistas ya existentes en la justicia ordinaria son suficientes a tal fin.

Sin embargo, se han desarrollado algunas iniciativas relevantes en algunos Estados que ponen en cuestión ese principio general, aunque pocas de ellas son auténticos recursos, sino simples quejas o remedios que obligan a los tribunales a realizar un análisis específico de la vulneración de un determinado derecho en un caso concreto. Es decir, tienen un objeto muy especializado. Es el caso de la *Abhilfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör* del §321a de la ZPO alemana, creado tras una sentencia del Tribunal Constitucional¹³⁹, y que se formula ante el mismo tribunal que habría cometido una vulneración del derecho de defensa en una resolución definitiva. Es un medio muy parecido al incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, aunque este remedio se extiende a todo tipo de derechos fundamentales. En Francia, el «*recours-nullité*» (*appel-nullité* o *pourvoi-nullité*) ha sido creado por la jurisprudencia en caso de exceso de poder del juez (excès de pouvoir)¹⁴⁰, si la apelación ordinaria no está disponible¹⁴¹.

Algo parecido vienen a ser las acciones o juicios de «amparo» de algunos países de América Latina, entre ellos Argentina¹⁴², Paraguay¹⁴³, Ecuador¹⁴⁴, México¹⁴⁵,

¹³⁹ Vid. BVerfG. 30 April 2003, 1 PBvU 1/02, juris paragraph 49: «If the alleged violation of the fundamental procedural right occurs at the last instance provided for in the Rules of Procedure and if the error is material to the decision, the Rules of Procedure must provide for an independent judicial remedy.»

¹⁴⁰ Guinchard et alii, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 11th ed. 2021, n. 348.

¹⁴¹ Vid. Cass. civ. 2, 9.1.2020, no 18-19.301, Dalloz actu., 4.2.2020, obs. R. Laffly – Civ. 2e, 16.12.2021, no 19-243, Dalloz actu., 17.1.2022, obs. N. Hoffschir.

¹⁴² Art. 43 de la Constitución argentina: «Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado

República Dominicana¹⁴⁶, Panamá¹⁴⁷, Honduras¹⁴⁸, Guatemala¹⁴⁹, Bolivia¹⁵⁰ o Perú¹⁵¹, que se formulan ante diversos órganos judiciales. En realidad, a veces son

o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.»

¹⁴³ Art. 134. Del Amparo: Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente, o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagradas en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, puede promover amparo ante el magistrado competente. (...)

¹⁴⁴ Art. 88.- La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

¹⁴⁵ Arts. 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁴⁶ Art. 72 de la Constitución de República Dominicana: Acción de amparo. Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos. De conformidad con la ley, el procedimiento es preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidades.

¹⁴⁷ Art. 54. Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

¹⁴⁸ Art. 183. El Estado reconoce la garantía de amparo. En consecuencia, toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de esta, tiene derecho a interponer recurso de amparo: 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la constitución establece; y 2. Para que se declare en casos concretos que un reglamento, hecho, acto o resolución de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución. El Recurso de Amparo se interpondrá de conformidad con la Ley.

¹⁴⁹ Artículo 265. Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

¹⁵⁰ Artículo 128. La Acción de Amparo Constitucional tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

Artículo 129. I. La Acción de Amparo Constitucional se interpondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados.

solamente procedimientos civiles especiales para la protección específica de derechos fundamentales, y no realmente quejas intraprocesales contra una resolución judicial.

Todos ellos, por tanto, se separan realmente del objeto de estudio, puesto que no constituyen ningún derecho al recurso. Igual que tampoco lo representan las acciones por responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados a la ciudadanía del art. L. 141-1 del Código de Organización Judicial¹⁵² de Francia, o la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por el mal funcionamiento de la Administración de Justicia de España (arts. 292-296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), o la acción prevista en caso de dilaciones indebidas¹⁵³ en Alemania, a través de la *Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Verfahren*¹⁵⁴.

Por ello, el estudio hará referencia breve solamente a las impugnaciones directas de los ciudadanos ante los tribunales constitucionales, así como ante los tribunales supranacionales, que sí representan un derecho al recurso aunque superespecializado en la protección de derechos fundamentales. En realidad, tanto por su trascendencia general para la formación de jurisprudencia como por la restricción de las cuestiones de derecho que abordan los tribunales, se trata de pequeñas casaciones superespecializadas, o bien de recursos herederos de los recursos tradicionales ante los tribunales supremos¹⁵⁵.

A. Medios de impugnación constitucionales

Los recursos por vulneración de derecho fundamental ante un tribunal constitucional deben distinguirse de las acciones de ciudadanos ante los tribunales constitucionales para el control de la constitucionalidad de las leyes, que se alejan del

¹⁵¹ Art. 200.2 de la Constitución Política de Perú: «2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.»

¹⁵² Art. L. 141-1 COJ; «Para 1. *L'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice*. Para 2. *Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice*. » Salvo en caso de violación manifiesta del Derecho de la Unión Europea por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional que resuelva en última instancia, una acción de responsabilidad del Estado por el funcionamiento defectuoso del servicio público de la justicia basada en el art. L. 141-1 COJ no puede tener por efecto cuestionar una resolución judicial, al margen del ejercicio de recursos (Civ. 1, 18 November 2020, no. 19-19.517).

¹⁵³ Vid. por ejemplo BVerfG, 5 August 2013, 1 BvR 2965/10, NJW 2013. 3432. Vid. también BVerfG, 24 July 2008, 1 BvR 547/06, FamRZ 2008. 2258.

¹⁵⁴ GBl. I Nr. 60 vom 2. Dezember 2011, S. 2302.

¹⁵⁵ Vid. Kelsen, H., «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. V, Berlín 1929, pp. 30 y ss. Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, Madrid 2007, pp. 37 y ss. García-Cuevas Roque, Elena, «Orígenes de la justicia constitucional: un recorrido por Europa», en: AAVV (coord. Peña González), *Homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade*, 2005, p. 291.

objeto de nuestro estudio. Tienen su origen en el caso *Marbury v. Madison* (1803)¹⁵⁶ en EEUU y han sido descartadas por algunos Estados siguiendo el ejemplo inglés¹⁵⁷, por ejemplo los Países Bajos¹⁵⁸, desde un respeto absoluto por la independencia del Parlamento con respecto a los tribunales.

El resultado de lo anterior es que no son tantos los países que disponen de un Tribunal Constitucional autónomo del Tribunal Supremo, y aún menos los que han previsto esta competencia para conocer de un recurso directo de los ciudadanos con el objeto específico de que se encargue de revisar una resolución judicial que ha vulnerado derechos fundamentales. Un pionero en esta materia, no tan conocido en el extranjero, fue el Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española¹⁵⁹, que existió desde 1933 a 1939 y que contaba entre sus competencias precisamente con un «recurso de amparo». Ese mismo recurso existe de nuevo desde 1980 como competencia del actual Tribunal Constitucional¹⁶⁰. Un sistema similar es el de la *Verfassungsbeschwerde* alemana (Art. 93, 4a GG¹⁶¹). También cuentan con medios parecidos previstos en sus Constituciones países como Andorra (arts. 88¹⁶² y 98), Polonia (art. 79.1)¹⁶³, Serbia¹⁶⁴, Montenegro¹⁶⁵, Macedonia¹⁶⁶, Perú (art.

¹⁵⁶ 5 U.S. 137, 1803.

¹⁵⁷ Sorabji, J., «El Tribunal Supremo de Reino Unido: procedimientos, precedentes y reforma», Nieva; Cavani (ed.), *La casación hoy, cien años después de Calamandrei*, Madrid 2021, p. 107.

¹⁵⁸ Art. 120 de la Constitución de Países Bajos: The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts.

¹⁵⁹ Art. 121 de la Constitución Española de 1931.

¹⁶⁰ Artículo 161 de la Constitución española vigente de 1978. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...) b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

¹⁶¹ Art. 93 de la *Grundgesetz*: «Das BVerfG entscheidet über: (...) 4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein; [...]».

¹⁶² Judgments, once final, have the value of res judicata and may not be modified or quashed except in the cases provided for by the law or when, in exceptional cases, the Constitutional Court, after the corresponding process of Constitutional appeal, decides that they were rendered in violation of certain fundamental rights.

¹⁶³ Art. 79.1 In accordance with principles specified by statute, everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act upon which basis a court or organ of public administration has made a final decision on his freedoms or rights or on his obligations specified in the Constitution.

¹⁶⁴ Art. 170. A constitutional appeal may be lodged against individual general acts or actions performed by state bodies or organisations exercising delegated public powers which violate or deny human or minority rights and freedoms guaranteed by the Constitution, if other legal remedies for their protection have already been applied or not specified.

¹⁶⁵ Art. 149. Responsibility. The Constitutional Court shall decide on the following: (...) 3. Constitutional appeal due to the violation of human rights and liberties granted by the Constitution, after all other efficient legal remedies have been exhausted; (...)

202.2¹⁶⁷), Colombia¹⁶⁸, Bolivia¹⁶⁹, Sudáfrica¹⁷⁰, Malta¹⁷¹, Albania¹⁷², Turquía¹⁷³ y Hungría, que regula un recurso cuyo objeto incluso sobrepasa el ámbito de los derechos fundamentales y se extiende a toda la norma constitucional (art. 24.d¹⁷⁴). Sólo de manera muy matizable cabe incluir en esta lista a Lituania¹⁷⁵,

¹⁶⁶ Art. 110. The Constitutional Court of the Republic of Macedonia (...) protects the freedoms and rights of the individual and citizen relating to the freedom of conviction, conscience, thought and public expression of thought, political association and activity as well as to the prohibition of discrimination among citizens on the ground of sex, race, religion or national, social or political affiliation. (...)

¹⁶⁷ Art. 202. Corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. (...).

¹⁶⁸ Art. 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

¹⁶⁹ Art. 202. Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver: (...) 6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.

¹⁷⁰ Art. 167 Constitutional Court (...) 6. National legislation or the rules of the Constitutional Court must allow a person, when it is in the interests of justice and with leave of the Constitutional Court:

- a. to bring a matter directly to the Constitutional Court; or
- b. to appeal directly to the Constitutional Court from any other court.

¹⁷¹ 95.(1) There shall be in and for Malta such Superior Courts having such powers and jurisdiction as may be provided by any law for the time being in force in Malta. (2) One of the Superior Courts, composed of such three judges as could, in accordance with any law for the time being in force in Malta, compose the Court of Appeal, shall be known as the Constitutional Court and shall have jurisdiction to hear and determine - (...) (c) appeals from decisions of the Civil Court, First Hall, under article 46 of this Constitution; (d) appeals from decisions of any court of original jurisdiction in Malta as to the interpretation of this Constitution other than those which may fall under article 46 of this Constitution. (...)

¹⁷² Art. 131. The Constitutional Court decides on: (...) f) final examination of the complaints of individuals against the acts of the public power or judicial acts impairing the fundamental rights and freedoms guaranteed by the Constitution, after all effective legal means for the protection of those rights have been exhausted, unless provided otherwise by the Constitution.

¹⁷³ Art. 148. (...) Everyone may apply to the Constitutional Court on the grounds that one of the fundamental rights and freedoms within the scope of the European Convention on Human Rights which are guaranteed by the Constitution has been violated by public authorities. In order to make an application, ordinary legal remedies must be exhausted. (...)

¹⁷⁴ 2. The Constitutional Court shall: (...) d. review any court ruling for conformity with the Fundamental Law further to a constitutional complaint.

¹⁷⁵ Art. 106 (...) Every person shall have the right to apply to the Constitutional Court concerning the acts specified in the first and second paragraphs of Article 105 if a decision adopted on the basis of these acts has violated the constitutional rights or freedoms of the person and the person has exhausted all legal remedies. The procedure for implementing this right shall be established by the Law on the Constitutional Court.

Croacia¹⁷⁶, República Dominicana¹⁷⁷, Chipre¹⁷⁸, Bélgica¹⁷⁹ y Austria¹⁸⁰, dado que sus constituciones contienen más bien acciones de inconstitucionalidad de disposiciones generales ejercitadas por los ciudadanos, pensadas más bien para formular quejas frente a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, pero sólo eventualmente frente a resoluciones judiciales, que en todo caso son del ámbito administrativo tras el agotamiento de esta vía jurisdiccional.

Otros países como Italia, Bulgaria, Rumanía, Bosnia y Herzegovina, Eslovaquia, la República Checa, Ucrania, Portugal, Chile, Túnez, Somalia o Corea cuentan con

Vid. Art. 105. The Constitutional Court shall consider and adopt decisions on whether the laws of the Republic of Lithuania or other acts adopted by the Seimas are in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania. The Constitutional Court shall also consider whether the following are in conflict with the Constitution and laws: 1) the acts of the President of the Republic; 2) the acts of the Government of the Republic. (...)

¹⁷⁶ Art. 129. The Constitutional Court of the Republic of Croatia: (...) shall decide on constitutional petitions against individual decisions taken by governmental agencies, bodies of local and regional self-government and legal persons vested with public authority where such decisions violate human rights and fundamental freedoms, as well as the right to local and regional self-government guaranteed by the Constitution of the Republic of Croatia (...)

¹⁷⁷ Artículo 185.- Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia: 1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.

¹⁷⁸ Art. 146. 1. The Supreme Constitutional Court shall have exclusive jurisdiction to adjudicate finally on a recourse made to it on a complaint that a decision, an act or omission of any organ, authority or person, exercising any executive or administrative authority is contrary to any of the provisions of this Constitution or of any law or is made in excess or in abuse of powers vested in such organ or authority or person.

2. Such a recourse may be made by a person whose any existing legitimate interest, which he has either as a person or by virtue of being a member of a Community, is adversely and directly affected by such decision or act or omission.

¹⁷⁹ Art. 142. Il y a, pour toute la Belgique, une Cour constitutionnelle, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi. Cette Cour statue par voie d'arrêt sur :

1° les conflits visés à l'article 141;

2° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles 10, 11 et 24;

3° la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134, des articles de la Constitution que la loi détermine.

La Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction.

¹⁸⁰ Artikel 144. (1) Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Beschwerden gegen Bescheide der Verwaltungsbehörden einschließlich der unabhängigen Verwaltungssenate, soweit der Beschwerdeführer durch den Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder wegen Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, einer gesetzwidrigen Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages), eines verfassungswidrigen Gesetzes oder eines rechtswidrigen Staatsvertrages in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Die Beschwerde kann erst nach Erschöpfung des Instanzenzuges erhoben werden.

un tribunal constitucional, pero entre sus competencias no se dispone este recurso directo de los ciudadanos por vulneración judicial de sus derechos fundamentales.

Cada uno de los países que cuentan con recursos por la vulneración de derechos fundamentales poseen normas de procedimiento específicas, naturalmente, pero su tratamiento no es relevante para abordar la justificación del establecimiento de este recurso ante un tribunal constitucional, que es lo que interesa esclarecer en este apartado. En este sentido, no parece haber un criterio político único a la hora de decidir sobre la disposición de este recurso superespecializado en una Constitución. En el caso de España —más allá de sus particulares antecedentes históricos—, Alemania y Austria, pudo tener una influencia decisiva la consciencia de que tras los períodos de dictadura, los integrantes de su poder judicial, incluso por su formación como juristas —propia de principios del siglo xx— podrían no ser todo lo sensibles que debieran a la protección de los derechos fundamentales¹⁸¹, lo que justificaba la creación de un alto tribunal específico que se encargara de corregir a la justicia ordinaria si los ignoraba¹⁸².

Una motivación similar pudo existir en Sudáfrica, tras la superación del *apartheid*, e igualmente en los países de la antigua órbita soviética, más allá de un intento de presentarse como Estados con una imagen más democrática ante la comunidad internacional, reflejando así públicamente una superación de sus períodos autoritarios que pudiera convencer al Consejo de Europa y a la Unión Europea a los fines de lograr la adhesión. En Andorra pesa mucho también el criterio de esas dos organizaciones, aunque además, igual que en los países de América latina, puede haber tenido una cierta influencia un mimetismo con el ordenamiento español, quedando solamente por explicar las razones de Malta y Chipre, que más que con la Unión Europea y el Consejo de Europa —aun sin descartarlo—, tal vez tengan más que ver con una habitual ambición de la clase política de países pequeños por poseer todas las instituciones de un país de mayor tamaño.

En todo caso, ¿es preciso tener este recurso ante un Tribunal Constitucional, disponiendo ya de la protección de los tribunales ordinarios? La *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Consejo Económico y Social Europeo y al Consejo de las Regiones (2020 Rule of Law Report)*¹⁸³ se refiere sólo a la importancia del control de constitucionalidad de las leyes, pero ni siquiera hace esa referencia de forma generalizada ni aborda el caso del recurso directo para la protección de derechos fundamentales. Por su parte, el *Rule of Law Checklist* de la Comisión de Venecia (2016)¹⁸⁴ se ocupa más bien de la independencia e imparcialidad de los jueces, así

¹⁸¹ Vid. Rütters, B., *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München 1988. Müller, Ingo, *Furchtbare Juristen*, München 1987.

¹⁸² Vid. los artículos contenidos en Kelsen, H., *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Tübingen 2019.

¹⁸³ 30.9.2020, COM(2020) 580 final.

¹⁸⁴ https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf

como de la facilidad en el libre acceso a los tribunales, pero tampoco específicamente de ese recurso ante un tribunal constitucional, ni siquiera su existencia.

No se puede decir en absoluto que los países democráticos que no poseen este remedio, que a decir verdad son la enorme mayoría, tengan a sus ciudadanos menos protegidos por esta razón. De hecho, en estos momentos son dignos de reflexión precisamente los casos de Turquía, Hungría¹⁸⁵ y en menor medida de Polonia, Estados que sí que cuentan con el recurso y que en cambio están teniendo problemas graves de legitimación democrática ante la Unión Europea¹⁸⁶ y previsiblemente ante el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸⁷.

Por ello, este recurso es prescindible. De hecho, en el ámbito europeo retrasa la oportunidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para pronunciarse sobre el asunto en cuestión. Su existencia, además, no garantiza que el Tribunal Constitucional esté integrado por jueces más concienciados en materia de derechos fundamentales, sino que se trata con frecuencia de jueces del propio poder judicial y además con influencia política en su designación. Por añadidura, dado que tanto en el área europea como en el área americana, e incipientemente en el área africana, existe ya —como vamos a ver— un tribunal internacional de referencia en la materia con una jurisprudencia consolidada sobre cada derecho fundamental, la existencia de estos tribunales constitucionales en realidad constituye una oportunidad nacional de ignorar dicha jurisprudencia, lo que resulta nefasto. El problema se detectó en alguna ocasión en España en materia de libertad de expresión¹⁸⁸ o en Alemania en diversas materias¹⁸⁹.

B. Medios de impugnación externos

En el ámbito internacional existe desde hace décadas una preocupación por la vigencia de los derechos humanos que ha hecho disponer diferentes mecanismos para que los ciudadanos de todo el mundo puedan acudir de un modo u otro a los mismos.

¹⁸⁵ Recommendation CM/Rec(2010)5, of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity. https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cf40a

¹⁸⁶ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Union of Equality: LGBTIQ Equality Strategy 2020-2025. Brussels, 12.11.2020. COM(2020) 698 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52020DC0698>

¹⁸⁷ Bayev and others v. Russia, (n. 67667/09), 13/11/2017.

¹⁸⁸ Judgment of the Spanish Constitutional Court 190/2020, 15.12.2020.

¹⁸⁹ Ekardt, Felix; Lessmann, Verena, „EuGH, EGMR und BVerfG: Die dritte Gewalt im transnationalen Mehrebenensystem», *Kritische Justiz*, 2006, p. 381. Mückl, Stefan, „Kooperation oder Konfrontation? – Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte», *Der Staat*, Vol. 44, No. 3 (2005), p. 403. BVerwG, NVwZ 2000, p. 810.

No se trata de auténticos recursos, puesto que el cumplimiento de sus resoluciones queda, con mayor o menor intensidad, a la buena voluntad de los Estados. Con todo, como ya se ha dicho, esos mecanismos crean un cuerpo doctrinal relevante que orienta a los tribunales de todos los países. De hecho, igual que el Tribunal Supremo Federal de los EEUU ha servido de inspiración en materia de derechos humanos —particularmente en la jurisprudencia sobre la regla de exclusión¹⁹⁰ y derechos del reo¹⁹¹—, el TEDH también tiene una especial relevancia sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De ese modo, se activa un diálogo entre tribunales que propicia el intercambio de puntos de vista sobre la mejor protección de los ciudadanos.

B.1. A nivel regional

En el ámbito regional existen tres grandes tribunales internacionales que se ocupan de la protección de derechos humanos, y que están a disposición de los ciudadanos a fin de obtener un recurso contra las resoluciones judiciales definitivas que se dictaron en su perjuicio en sus Estados. Dichos tribunales son el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Se trata de auténticos hitos en la historia del Derecho que cubren áreas geográficas inmensas, y que suponen la extensión de la cultura de los derechos humanos por todo el mundo, por mucho que, como sucede con el TEDH, estén sujetos al principio de subsidiariedad¹⁹², que hace responsables en primer lugar a los Estados del respeto de los derechos, antes que al TEDH¹⁹³.

B.1.1. El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Agotados los recursos de derecho interno ante la jurisdicción de uno de los Estados firmantes del Convenio (art. 35 CEDH), cualquier particular, ONG, o grupo de particulares (art. 34 CEDH), o un Estado signatario del Convenio contra otro (art. 33 CEDH), pueden someter un asunto al TEDH, genéricamente considerado, si estiman que una resolución —habitualmente de un órgano jurisdiccional—, ha violado

¹⁹⁰ Weeks v. US, 232 U.S. 383 (1914). *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920), *Nardone v. U.S.* 308 U.S. 338 (1939).

¹⁹¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁹² Carozza, Paolo G., «Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, January 2003, p. 38. Sibanda, Sanele, „Beneath it all lies the principle of subsidiarity: the principle of subsidiarity in the African and European regional human rights systems», *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 40, No. 3, Nov. 2007, p. 425. Füglistaler, Gabriel, „The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation. Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence», *Cahier de l'IDHEAP* 295/2016, p. 1.

¹⁹³ Vid. Bjorge, E. *Domestic application of the ECHR. Courts as faithful trustees*, Oxford 2015.

los derechos reconocidos en la CEDH o en el resto de Protocolos que completan al Convenio (art. 34)¹⁹⁴.

El plazo para interponer la demanda es de cuatro meses desde que se dicta la resolución firme (art. 35 CEDH). Su contenido viene definido por el art. 47 del Reglamento del tribunal¹⁹⁵, del que destaca sobre todo el «*concise and legible statement of the facts*» (e) and the «*concise and legible statement of the alleged violation(s) of the Convention and the relevant arguments*» (f), que son los aspectos más relevantes de su fundamentación y que a pesar de estar formulados de un modo que intenta ser sencillo —y que pueden redactarse en la lengua propia (art. 34 del Reglamento)—, finalmente se convierten en el principal aspecto del que se preocupan los abogados que lo redactan. De hecho, el idioma de redacción es un aspecto importante, dado que las últimas reformas del Reglamento tratan de conducir a las partes al uso del inglés o del francés, las lenguas oficiales del TEDH. Y en realidad se trata de las lenguas que pueden entender debidamente todos los jueces, lo que, se quiera o no, es importante para el éxito del recurso.

B.1.2. Requisitos de admisión

En primer lugar, si la demanda es individual —es decir, si no es de un Estado—, la analizará un juez único que no sea de ese Estado (art. 27 CEDH). Si el juez único no la inadmite de plano, la pasará a un comité (art. 28 CEDH). El comité la decidirá en el fondo si basa la decisión en jurisprudencia constante del TEDH, o en caso contrario la difiere a una de las salas, que realizará un nuevo análisis de admisión (art. 29 CEDH).

Si se supera ese nuevo examen, decidirá el asunto la propia sala, salvo que no haya jurisprudencia anterior o considere necesario modificarla, en cuyo caso traspasa el asunto a la Gran Sala (art. 30 CEDH).

En todo caso, las posibilidades de inadmisión del TEDH son enormes¹⁹⁶, considerando las causas de la misma establecidas en los arts. 35 y 37 CEDH. Especialmente destacan las siguientes, relacionadas con el fondo del asunto:

- La solicitud es sustancialmente idéntica a un asunto que ya ha sido examinado por el Tribunal o que ya ha sido sometido a otro procedimiento de investigación o solución internacional y no contiene ninguna información nueva pertinente.

¹⁹⁴ Sobre los recursos al TEDH, vid. Thavard, B. «The admissibility Hurdle», *Verfassungsblog*, 27-5-2021: <https://verfassungsblog.de/the-admissibility-hurdle/>, and of course the site of the Court itself: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants&c>

¹⁹⁵ https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf

¹⁹⁶ Vid. de nuevo Thavard, B. «The admissibility Hurdle», *Verfassungsblog*, 27-5-2021: <https://verfassungsblog.de/the-admissibility-hurdle/>

- La solicitud es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente infundada o constituye un abuso del derecho a presentar solicitudes individuales.
- El solicitante no ha sufrido una desventaja significativa, a menos que el respeto de los derechos humanos, tal como se definen en el Convenio y sus Protocolos, requiera un examen de la solicitud en cuanto al fondo.
- Pérdida de interés en la solicitud, particularmente si por cualquier (...) razón establecida por el Tribunal, ya no está justificado continuar el examen de la solicitud (art. 37 CEDH).

La inadmisión puede producirse en todo momento del proceso (art. 35.4 y 37.1 CEDH). Si la solicitud es admitida definitivamente, el tribunal puede fijar un plazo para que las partes presenten observaciones escritas complementarias o prueba, y hasta una vista, aunque no suele hacer ninguna de las dos cosas.

A pesar de la importante —y en parte preocupante— influencia de las ONG sobre el TEDH¹⁹⁷, el protagonismo de los Estados es preponderante. Pueden participar en el proceso como terceros si uno de sus nacionales ha presentado una solicitud, e incluso el Presidente del Tribunal puede invitar a un Estado no parte «en interés de la debida administración de justicia» (art. 36 CEDH).

El tribunal, previa una investigación del caso, puede intentar una mediación ante el propio tribunal (art. 38 y 39 CEDH).

B.1.3. Efectos de la estimación del recurso

Si la mediación y la fase de doce semanas de intercambio amistoso de ofertas¹⁹⁸ no ha tenido éxito, el TEDH entrará en el fondo del asunto y dictará sentencia. Incluso si el Derecho del Estado sólo ofrece satisfacción parcial al litigante, tomará las medidas oportunas para que la satisfacción sea total (art. 41 CEDH). No existe recurso contra la decisión de la Sala, pero cualquiera de las partes tiene un plazo de tres meses para llevar el caso a la Gran sala «*en casos excepcionales*». Sobre la admisión del caso decidirá una sección de cinco jueces de la Gran Sala. Lo admitirán si se trata de un caso de importancia general, o muy relevante para la interpretación del CEDH.

Los efectos de la sentencia del TEDH son vinculantes, según dispone el art. 46 CEDH, que prevé que en caso de incumplimiento del Estado, el Comité de Ministros podrá tomar las medidas oportunas para forzar ese cumplimiento, dado que la resistencia supone la violación de un tratado internacional. Sin embargo, los

¹⁹⁷ Vid. European Centre for Law & Justice, *NGOs and Judges of the ECHR, 2009-2019*, Strasbourg 2020, <http://media.aclj.org/pdf/ECLJ-Report,-NGOs-and-the-Judges-of-the-ECHR,-2009---2019,-February-2020,-Complete-Edition.pdf>

¹⁹⁸ Tametti, A., « Les méthodes de travail de la Cour européenne », in : L. Robert et H. Surrel, *Quel avenir pour le système européen de protection des droits de l'homme ?*, 2020, p. 70.

incumplimientos son reiterados y hasta los legisladores nacionales han creado procedimientos judiciales internos para analizar cómo ejecutar una sentencia del TEDH, lo que no era en absoluto necesario y en realidad demora el cumplimiento de la sentencia¹⁹⁹. Todo se debió a una bienintencionada pero imprudente Recomendación²⁰⁰ del año 2000 del Comité de ministros del Consejo de Europa enfocada a facilitar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y no a dificultarlas, y que proponía la creación de un procedimiento específico a tal efecto. Así nacieron los procedimientos del Derecho alemán (§580.8 ZPO), francés (art. L. 452-1 COJ²⁰¹ o art. 622-1 del *Code de Procédure Pénale*), turco (art. 311 del *Ceza Muhakemesi Kanunu*) o español (art. 510.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

<ladillo>B.1.2. Comisión (y Corte) Interamericana y Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos

Un mecanismo similar al del TEDH existe en el ámbito americano, con especial relevancia en América Latina²⁰². Se trata de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que actúa fundamentalmente con una fase previa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁰³ que distancia ya demasiado este medio del objeto de nuestro estudio, dado que el mecanismo no abre realmente nada parecido a un recurso y, por tanto, no se puede hablar en este ámbito de un derecho al mismo.

En realidad, se trata solamente de denuncias o peticiones que puede presentar la ciudadanía o una ONG ante la Comisión citada²⁰⁴, integrada por personas elegidas por la Organización de Estados Americanos (arts. 44 y ss de la Convención). La Comisión exige que se hayan agotado los recursos ante la jurisdicción interna (art. 46), pero insisto que lo que se abre a partir de ahí, nada tiene que ver con un recurso. La Comisión intenta una mediación con el Estado y, en caso contrario, emite

¹⁹⁹ Nieva-Fenoll, «Juzgar dos veces (Comentario a la sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2020, en el caso Bateragune)», *InDret* 1.2021, p. 615.

²⁰⁰ n. R (2000) 2, apéndice 2.

²⁰¹ Art. L. 452-1 COJ : « *Le réexamen d'une décision civile définitive rendue en matière d'état des personnes peut être demandé au bénéfice de toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme que cette décision a été prononcée en violation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions.* »

²⁰² Vid. <https://www.corteidh.or.cr/estatuto.cfm?lang=en>. Veinte Estados han reconocido la jurisdicción de la Corte, incluyendo a los siguientes: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay.

²⁰³ <https://www.oas.org/en/iachr/>

²⁰⁴ Digest of the Inter-American Commission on Human Rights on Its Admissibility and Competence Criteria, 2020 (<https://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/DigestoADM-en.pdf>).

un informe (art. 50), que en caso de no dar resultado, podrá ser sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos pero, y esto es muy importante, solamente por los Estados parte del convenio o por la propia comisión, buscando así alterar o corroborar su informe (arts, 61 y ss)²⁰⁵, lo que confirma que nada tiene que ver lo anterior con un recurso.

Como se ve, todo el procedimiento descrito no es más que un medio de resolución alternativa de conflictos, es decir, un ADR —*Alternative Dispute Resolution*— sólo con apariencia de recurso ante un tribunal para darle más peso psicológico a sus decisiones, pero poco más. Alejándose, por tanto, del objeto del estudio, debe abandonarse aquí el análisis.

Un procedimiento absolutamente similar es el que se sustancia ante la Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁰⁶ que, por la misma razón, tampoco debe ser comentado²⁰⁷. Ni siquiera a ese nivel llega la Comisión Asiática

²⁰⁵ Art. 6: «1. Only the States Parties and the Commission shall have the right to submit a case to the Court.

2. In order for the Court to hear a case, it is necessary that the procedures set forth in Articles 48 and 50 shall have been completed.»

Article 62: «1. A State Party may, upon depositing its instrument of ratification or adherence to this Convention, or at any subsequent time, declare that it recognizes as binding, ipso facto, and not requiring special agreement, the jurisdiction of the Court on all matters relating to the interpretation or application of this Convention.

2. Such declaration may be made unconditionally, on the condition of reciprocity, for a specified period, or for specific cases. It shall be presented to the Secretary General of the Organization, who shall transmit copies thereof to the other member states of the Organization and to the Secretary of the Court.

3. The jurisdiction of the Court shall comprise all cases concerning the interpretation and application of the provisions of this Convention that are submitted to it, provided that the States Parties to the case recognize or have recognized such jurisdiction, whether by special declaration pursuant to the preceding paragraphs, or by a special agreement.

Article 63: «1. If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.

2. In cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under consideration. With respect to a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission.»

²⁰⁶ <https://www.african-court.org/wpafc/>

²⁰⁷ Vid. el African (Banjul) Charter on Human and Peoples' Rights (<https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/04/AFRICAN-BANJUL-CHARTER-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS.pdf>) y el Protocol to the African Charter on Human and Peoples Rights on the Establishment of an African Court on Human and Peoples Rights (<https://www.african-court.org/wpafc/wp-content/uploads/2020/10/2-PROTOCOL-TO-THE-AFRICAN-CHARTER-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS-ON-THE-ESTABLISHMENT-OF-AN-AFRICAN-COURT-ON-HUMAN-AND-PEOPLES-RIGHTS.pdf>)

de Derechos Humanos²⁰⁸, que es solamente una ONG de juristas y activistas de los derechos humanos en Asia.

B.2. A nivel internacional

A nivel mundial no existe ningún tribunal que pueda abrir nada parecido a un recurso frente a resoluciones judiciales nacionales. El único organismo con impacto internacional que posee al menos, entre otros objetivos más generales²⁰⁹, el examen de denuncias de violaciones de derechos con cierto impacto sobre los Estados, es el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas²¹⁰. Su texto base recopilatorio de derechos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16-12-1966)²¹¹.

El trabajo del Comité, aun siendo formalmente contencioso, carece de efectos estrictamente vinculantes. Su procedimiento de actuación está descrito en el art. 41 del Pacto y en su Primer Protocolo Facultativo²¹², aunque tiene muchas reservas de un gran número de países²¹³. Las denuncias solamente pueden efectuarse una vez agotados los recursos internos. De las mismas, el Comité da traslado al país involucrado para que se pronuncie en un plazo de seis meses. Tras esas informaciones, el Comité dictamina.

Se trata, por tanto, de un simple embrión de tribunal internacional, pero al que no se le puede atribuir en absoluto esa clasificación. Además, muchos países —la mayoría de los europeos— no reconocen efectos vinculantes a los dictámenes del Comité si el caso ya fue objeto de análisis a través de un procedimiento internacional, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ello, cuando pese a todo el Comité se pronuncia, el valor de su dictamen es cuestionable, más allá del peso que en cada momento quiera atribuirle la comunidad internacional.

B.3. Impacto de los medios de impugnación supranacionales y jurisprudencia sobre la existencia o el diseño de los medios de impugnación nacionales

Dejando de lado los procedimientos para el cumplimiento de las sentencias del TEDH que existen en varios Estados —y que no suponen ningún recurso—, la

²⁰⁸ <http://www.humanrights.asia/#:~:text=The%20Asian%20Human%20Rights%20Commission&text=The%20AHRC%20is%20an%20independent,victims%20of%20human%20rights%20violations>.

²⁰⁹ Informes generales sobre derechos humanos y valoración de los informes nacionales anuales que elaboran los Estados (art. 40).

²¹⁰ Vid. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRBodies/TBTPetitions/Pages/HRTBPetitions.aspx>

²¹¹ <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

²¹² <https://web.archive.org/web/20081220175814/http://www2.ohchr.org/english/law/ccpr-one.htm>

²¹³ <https://web.archive.org/web/20080611154109/http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/5.htm>

realidad es que la jurisprudencia internacional no ha tenido el más mínimo impacto en el diseño de la estructura del sistema de recursos, a excepción de Suiza, que dispone un recurso final contra las sentencias del Tribunal Supremo tras una sentencia del TEDH²¹⁴. Los Estados han mantenido su estructura original y al menos en el ámbito civil, poco o nada han cambiado. Diferente es la situación en el ámbito penal, en el que en diversos países se introdujo por fin el recurso de apelación, que no existía como consecuencia de partir muchas de las modernas regulaciones del siglo XIX del sistema inglés de jurados²¹⁵, habiendo solamente dispuesto la casación como único recurso contra las sentencias. Y es obvio que en esa introducción de la apelación tuvo un peso decisivo, no solamente el derecho a la revisión de las condenas del art. 2 del Protocolo n. 7 de la CEDH, sino también el correspondiente art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero como se ha dicho, todo ello ha ocurrido en el ámbito penal, no en el civil.

Donde sí ha existido un indudable impacto de la jurisprudencia internacional en el proceso civil ha sido tanto en la cognición sobre cuestiones probatorias como en el sistema de admisión de los recursos. El segundo se ha hecho más flexible, mientras que el primero se ha alejado completamente del modelo del *novum iudicium*, situándose cada vez más en el sistema de la *revisio prioris instantiae*. Ambas cuestiones han afectado en parte al diseño legal de los recursos pero, insisto, solamente en cuanto al objeto de su cognición. Por ello, toda esta temática será examinada en el siguiente apartado.

Lo que sí ha existido es una extensión de la consciencia en torno a la existencia de un derecho al recurso, en general en cualquier proceso, que hasta se ha reflejado, como ya vimos, en algunas constituciones. Es posible que en un futuro esos preceptos influyan en las futuras reformas que se emprendan en cada país. Pero las reformas constitucionales suelen ser muy lentas y no es previsible una explosión del reconocimiento expreso del derecho en este sentido.

4. ¿DEBE EXISTIR EL DERECHO A LA REVISIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES?

Llegados a este punto, es necesario pronunciarse sobre si debe existir o no un derecho al recurso, y si el mismo basta que sea constitucionalizado o debe ser también fundamentalizado. Hasta el momento, la existencia de los recursos, como se ha visto,

²¹⁴ Art. 122. Bundesgerichtsgesetz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/218/de#art_122. Vid. también art. 328(2) del Código de Proceso Civil para las sentencias de los tribunales cantonales.

²¹⁵ Vid. Pradel, «Le jury en France. Une histoire jamais terminée», *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, vol. 72, p. 175.

se ha debido sobre todo al peso de la tradición del modelo romano original²¹⁶. Pero en este momento es necesario ir más allá y pronunciarse sobre si existe una mejor justicia cuando un ordenamiento reconoce recursos, y si por tanto es imprescindible o no que existan y cuáles deben ser sus fronteras. A todas estas cuestiones se dedica el siguiente epígrafe, dejando para el último apartado la decisión final sobre la conveniencia de la constitucionalización/fundamentalización.

A. Esencia

No ha sido este un tema que haya interesado por lo general a la doctrina. Cuando se estudia el fundamento de la existencia de los recursos, una vez descartado que sirvan ya para combatir una injusticia, sobre todo por lo complejo e impreciso del mismo concepto de «justicia», se reconoce que pese a todo probablemente su origen remoto sí pudo ser ese, al menos en las conciencias de las gentes que los crearon, más allá de la simple subordinación de los jueces inferiores a un juez superior²¹⁷. Pero actualmente es necesario buscar un fundamento más preciso que explique la presencia del recurso en el ordenamiento jurídico desde una perspectiva esencialmente organizativa.

A ese fin, se alude a la voluntad de corregir un error jurídico o de hecho como razón de existencia de los recursos²¹⁸, pero sin embargo, tal fundamento no es defendible. La realidad es que se revocan no pocas resoluciones, no porque sean erróneas, ni mucho menos, sino porque el tribunal *ad quem* posee otra opinión sobre el asunto, tan válida como la de la primera instancia, pero basada en apreciaciones fácticas y jurídicas diferentes. Y no es ilegítima esa revocación, puesto que está entre las atribuciones de cualquier tribunal de recurso en tanto en cuanto las leyes no lo prohíban. De hecho, históricamente²¹⁹ se partía de la base de que el fundamento de los recursos se sitúa en el perjuicio o gravamen que la resolución recurrida le provoca al litigante recurrente, lo que legitima su posibilidad de recurrir con el propósito de obtener un mejor fallo. Así surgió en Alemania, por ejemplo, la doctrina del gravamen material²²⁰, aunque fuera criticada por otros autores²²¹.

²¹⁶ Kaser, M. / Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, pp. 46, 501.

²¹⁷ Nobles, R. Schiff, D., «The Right to Appeal and Workable Systems of Justice», *The Modern Law Review*, 2002 (first published 2008), Volume 65, Issue 5 p. 676.

²¹⁸ Dalton, H. L., «Taking the Right to Appeal (More or Less) Seriously» (1985), 95(1) *Yale Law Journal* 62, p. 69.

²¹⁹ D., XLIX, 5 art. 100- ex 30.

²²⁰ Bettermann, «Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeß», *ZZP* n. 82. 1969, p. 46 y ss.

²²¹ Baur, F., «Zur «Beschwer» im Rechtsmittelverfahren des Zivilprozeßes». *Festschrift für Lent*, 1957, p. 1 y ss.

Pero sin embargo, ese perjuicio es más bien una razón que autoriza a un litigante concreto a recurrir, pero no es un fin general, sistémico, del ordenamiento jurídico, puesto que la reparación de perjuicios es una de las expectativas que tiene cualquier ciudadano con la justicia en general, no solamente con un recurso, y por tanto no lo individualiza a estos efectos. Cuando se busca la esencia de una institución, en este caso de un supuesto derecho al recurso, se piensa más bien en un objetivo del ordenamiento jurídico que pueda servir a los fines políticos del Estado en general. Y en este particular, la razón esencial que se está intentando localizar podría hallarse en alguna tarea, finalidad u orientación relacionada con las labores del poder judicial pero que, como se ha dicho, individualice al recurso como la institución adecuada para cumplir ese fin.

Pues bien, aunque algún intento ha habido de abolir el derecho al recurso, en particular el de apelación²²², pero también el de casación²²³, la escasa doctrina que se ha planteado este tema ha subrayado como fundamento de los recursos una vocación estatal de excelencia en la labor del poder judicial, que lógicamente se produciría cuando las resoluciones judiciales son revisadas por un juez distinto de aquel que las ha dictado²²⁴. Allorio incluso ofreció una razón adicional que avala también la existencia de los recursos: el juez de apelación examina la obra ya realizada por otro juez, lo cual le otorga una serenidad y objetividad mayores que las que tuvo el juez *a quo*, y le permite que el grado de certeza o corrección del segundo juez sea también mayor²²⁵. Lo que amplía probablemente las posibilidades de mejorar la calidad del servicio prestado por el poder judicial. En definitiva, según esta opinión, el fundamento de los recursos estaría en el propósito de obtener un mejor fallo²²⁶.

Esa opinión parece ampliamente aceptable. El Estado debe desear siempre, al menos en democracia, el bienestar de los ciudadanos, y dicho bienestar no puede conseguirse si el servicio de justicia que se presta es deficiente. Sin embargo, por perfecto que sea el sistema de formación de los jueces, siempre acabarán surgiendo errores, por lo que es positivo tener una oportunidad de corregirlos. Se podría dejar,

²²² Aun estando en contra de la apelación, refirió esta tendencia Perrot, R., «Le principe de double degré de juridiction et son evolution en droit judiciaire privé français», *Studi in Onore di Enrico Tulio Liebman*, Vol. III, Milano 1979, p. 1971.

²²³ Molina Galicia, René, *Reflexiones sobre una nueva visión constitucional del proceso y su tendencia jurisprudencial. ¿Hacia un gobierno judicial?*, Caracas 2008, p. 51.

²²⁴ Vid. Perrot, Roger, «Le principe de double degré de juridiction et son evolution en droit judiciaire privé français», en *Studi in Onore di Enrico Tulio Liebman*, Vol. III, Giuffrè, Milano 1979, p. 1971: «*La justice des hommes est faillible: ses décisions peuvent être entachées d'erreurs ou d'insuffisances. Il est donc raisonnable d'offrir à tout plaideur la possibilité de soumettre l'affaire qui le concerne à la connaissance de deux juridictions successives (...)*».

²²⁵ Allorio, E., «Sul doppio grado del processo civile», *Studi in Onore di Enrico Tulio Liebman*, Vol. III, Milano 1979, p. 1802-1804.

²²⁶ Chioyenda, G., «El juicio de reenvío y su perención», en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, vol. III, Buenos Aires 1949, p. 147.

naturalmente, esa oportunidad al propio juez que ha dictado la sentencia, pero con ello se crearían dos problemas. El primero es que solamente con mucha dificultad podrá percibir el juez que ha cometido un error, dado que es demasiado fuerte la influencia del sesgo de confirmación²²⁷ en cualquier ser humano como para que el Estado asuma una confianza en la autocorrección de errores, que ocurriría muy pocas veces. Pero además, si el propio juez pudiera corregir sus errores, estaríamos rompiendo una de las principales garantías de la seguridad jurídica en el ordenamiento jurídico: la cosa juzgada²²⁸. Por ello parece conveniente esperar un tiempo adicional más para que, en caso de producirse la interposición de un recurso, un juez diferente proceda a la revisión de la sentencia recurrida, confirmando la corrección del fallo o intentando rectificar los errores que pueda contener. Naturalmente, el sistema puede funcionar mal y cometer errores el juez *ad quem* y no el juez *a quo*. Precisamente por ello resulta tan importante que el tribunal de los recursos sea siempre colegiado, puesto que de ese modo se hace más improbable incurrir en errores al multiplicarse las mentes que realizan el análisis jurídico sobre la misma cuestión²²⁹.

Finalmente, no debe olvidarse que el derecho al recurso, si existe, es un derecho negativo, en el sentido de que limita la acción estatal pero no le impone ninguna obligación al Estado, puesto que recurrir es algo que simplemente decidirá el ciudadano, bastando con que el Estado disponga la existencia del recurso²³⁰. Con todo, la cuestión es si la existencia de esta oportunidad debe transformarse en una exigencia para el Estado a la hora de legislar o, más aún, en el momento de elaborar su Constitución. Justamente ese punto, que es el decisivo, es el que se trata en el último epígrafe.

B. Utilidad de la constitucionalización

Si algo se puede deducir claramente del estudio de Derecho comparado realizado al inicio de este trabajo es que no existe ningún criterio ni línea maestra para decidir lo que entra en un texto constitucional, y mucho menos en qué medida es amplio y

²²⁷ Kahneman, D. / Slovic, P. / Tversky, A., *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, p. 16.

²²⁸ Wurzer, G., *Die Rechtskraft, eine Idee im Dienste des Rechts*, Mannheim 1923, S. 4. Najarian, K., *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel*, Paris 1973, S. 2. Vellani, M., *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano 1958, S. 132. Allorio, E., «Naturaleza de la cosa juzgada», *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires 1963, S. 156. De la Oliva Santos, A., *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid 1991. Nieva Fenoll, J. *La cosa juzgada*, Barcelona 2006.

²²⁹ Serra Domínguez, M., «Del Recurso de Casación», en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92 de medidas urgentes de reforma procesal)*. Madrid 1993, p. 285.

²³⁰ Marshall, Peter D., «A Comparative Analysis of the Right to Appeal», *Duke Journal of Comparative & International Law* 22, no. 1 (Fall 2011), p. 42.

restringido el catálogo de derechos reconocido. En los setenta países que consideramos hay realmente de todo, y si los catálogos se parecen, no es porque haya una teoría general detrás, sino porque se han copiado unos a otros. En este sentido, las normas de más influencia han sido, como es obvio, tanto la *Bill of Rights* de la Constitución de los EEUU, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero ninguno de esos tres textos, tampoco la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, reconoce el derecho al recurso. De hecho, este último texto ni siquiera lo reconoce en el ámbito penal, a diferencia del CEDH y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal vez lo que debe figurar en una constitución es lo más básico, pero en materia de derechos humanos se puede ser más o menos explícito sin que se tenga que ver afectada la protección de los ciudadanos necesariamente. Con todo, parece lógico que deba figurar en una constitución aquello que los ciudadanos conciben como algo que tienen en mente como una parte de su protección. Desde esa perspectiva se puede afirmar que el ciudadano espera el recurso frente a una resolución adversa, expectativa tan sumamente extendida que algunos opinan que debe transformarse en un derecho²³¹.

Esa perspectiva de las expectativas de los ciudadanos puede ser tal vez una primera orientación democrática, pero no puede transformarse en lo único que debe tener en cuenta el redactor de una constitución. A veces los ciudadanos ansían derechos que no son compatibles con la convivencia democrática, y otras veces ni siquiera piensan en algunos de ellos porque ni siquiera los conocen. De hecho, no es inhabitual que les sean vulnerados y ni siquiera sean conscientes de ello, como sucedió durante la pandemia de 2020 en varios países con la libertad de circulación. La mayoría de ciudadanos ignoraba siquiera que tal derecho existiera.

Por ello, parece un criterio más orientador imaginar qué sucedería si, al margen de tradiciones, el legislador decidiera que la justicia solamente posee una primera y única instancia, sin oportunidad de recurso. Y aunque una situación así es perfectamente imaginable y hasta planteable tal vez en algunos casos —*small claims*²³²—, la realidad que se crea tras ello quizá no sea la más apetecible: un Estado en que los jueces fallan soberanamente sin posibilidad de ser replicados. Sin duda, a Hegel²³³ algo así no le gustaría al eliminar el elemento dialéctico que se crea con los recursos y que refuerza el uso del mismo método durante el proceso con el enfrentamiento entre las partes. Tampoco dice nada a favor la incidencia innegable del sesgo de

²³¹ Robertson, C. B., «The Right to Appeal» *North Carolina Law Review* 91, n. 4, (May 2013), p. 1219.

²³² Vid. Hau, Wolfgang, «Zivilprozesse mit geringem Streitwert: Small claims courts, small claims tracks, small claims procedures», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, n. 81, 2017, vol. 3, p. 570.

²³³ Hegel, F., *Phänomenologie des Geistes*, Bamberg und Würzburg 1807.

confirmación²³⁴ antes indicada, y que provocaría muchas decisiones judiciales erróneas y que además serían desacertadas una y otra vez al ser más difícil que los jueces cambien de criterio si no son corregidos, comportándose prácticamente como herramientas de inteligencia artificial²³⁵.

Por consiguiente, tanto desde la perspectiva ciudadana como desde el punto de vista de la calidad de la prestación del servicio de justicia, por mucho que parezca farragoso, parece imprescindible la existencia de una doble oportunidad para que el poder judicial pueda prestar un servicio con la debida calidad²³⁶. Se trata, de hecho, de una garantía de esa calidad tan obvia que sí debería encontrarse en cualquier constitución.

La pregunta es si ese contenido debe ser solamente constitucionalizado o también fundamentalizado. Es decir, si finalmente parece más procedente seguir la línea de los Estados que exigen la existencia de la apelación, o es mejor constituir un auténtico derecho al recurso que no deba deducir el intérprete.

Las diferencias de una u otra decisión pueden llegar a ser notables. Un legislador que sólo debe reconocer el recurso de apelación puede poner a disposición del tribunal muchas restricciones a su admisión, a pesar de las limitaciones existentes en esta materia y que se verán en el epígrafe siguiente. Sin embargo, si el derecho al recurso se fundamentaliza, las restricciones a su admisión son mucho más complicadas, lo que hace que puedan llegar a colapsarse los tribunales ocupados de dichos recursos, lo que ya es una evidencia empírica que ocurre en la mayoría de países, y que también perjudica la calidad del servicio de la justicia. Por otra parte, la constitucionalización del derecho al recurso hace posible su reclamación ante los tribunales, también en casos en que el litigante no tenga ninguna razón en el fondo del caso, pudiendo lograr una victoria por simples razones procesales que al final se revelarían vacuas.

La decisión, como se ve, es compleja. Con todo, los argumentos en favor del derecho al recurso parecen de más peso que los argumentos en contra. Al final, estamos oponiendo la excelencia en la prestación de un servicio al ahorro de recursos humanos y materiales por parte del Estado, sin que ese ahorro permita mantener ese nivel de excelencia. Por ello, parece que la opción más aceptable es fundamentalizar el derecho al recurso, generalizándolo y haciendo a la vez que salga de las limitaciones que se le han impuesto en el proceso penal. Tal vez hay que reconocer que una justicia moderna, de nuestros días, no se concibe sin que existan al menos dos instancias, y ese tendría que ser el contenido del derecho, sustentado epistémicamente en el método dialéctico y psicológicamente en la evitación del sesgo de confirmación, como ya se ha explicado. Es decir, que las razones del derecho ya no son solamente intuitivas

²³⁴ Kahneman, D./Slovic, P./Tversky, A., *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Cambridge 1982, p. 16.

²³⁵ Vid. Nieva Fenoll, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid 2018.

²³⁶ Vid. Guinchard, S. et alii, *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, 11th ed. 2021, n. 439.

y basadas en las expectativas de los ciudadanos, sino que se sustentan en la solidez de argumentos que incluso son extrajurídicos, pese a que tengan innegable influencia en el ámbito jurídico.

Queda, no obstante, resolver la duda de si esa fundamentalización debe alcanzar también a un tercer grado de jurisdicción, es decir, a un recurso ante un tribunal supremo. En este punto la discusión es más compleja y a mi juicio ultrapasa el ámbito del derecho al recurso, razón por la que no será tratada. En el fondo, con los tribunales supremos deseamos la existencia de órganos con vocación paralegislativa que orienten a los tribunales. Sin embargo, ¿los necesitamos realmente? La reflexión es sin duda de teoría general del derecho y su desarrollo precisaría un espacio del que no se dispone aquí²³⁷. Pero en todo caso, la fácil concepción de alternativas a la existencia de ese órgano, alternativas que podrían ser incluso más eficientes —imagínese una sección de los parlamentos encargada de la supervisión de la jurisprudencia—, descarta que deba constituirse en un derecho. En todo caso, está fuera de discusión que los tribunales supremos, la cúspide del sistema, no abren una posibilidad ciudadana de acudir a ellos prácticamente en ningún ordenamiento jurídico, salvo en el italiano. Y esa posibilidad, aunque también sea de utilidad, no deja de ser altamente controvertida, sobre todo porque acaba abocando a un cierto elitismo, como se analizará seguidamente. Sea como fuere, en estas condiciones, no debería ser objeto de derecho constitucionalizado.

Title:

The gradual constitutionalisation of the right to appeal

Summary:

1. INTRODUCTION. 2. ACCESS TO INTERNAL REMEDIES. A. Discretion of the legislature to provide access to remedies? A.1. According to national law. A.2. According to regional and international instruments. 3. SPECIFIC REMEDIES IN CASE OF VIOLATION OF [SOME] CONSTITUTIONAL OR FUNDAMENTAL RIGHTS? A. Constitutional remedies. B. External remedies. B.1. At regional level. B.1.1. In Europe: the individual complaint before the ECtHR. B.1.2. Interamerican Commission [and Court] of Human Rights and African Court on Human and

²³⁷ Vid. Nieva Fenoll, J., «¿Un juez supremo o un legislador “supremo”?», *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1, 2015, p. 31.

People's Rights. B.2. At international level. B.3. Impact of supranational remedies and jurisprudence on the existence or the design of national remedies. 4. SHOULD A RIGHT TO APPEAL EXIST? A. Essence. B. Usefulness of its constitutionalisation / fundamentalisation.

Resumen:

No es evidente que la interposición de recursos contra resoluciones judiciales deba ser objeto de un derecho fundamental. Existen multitud de regulaciones constitucionales en el mundo, muy diferentes entre sí, siendo que unas lo reconocen expresamente, otras lo dan por supuesto y un tercer grupo simplemente no menciona el tema. Las tendencias de los países suelen reflejar su trayectoria histórica, pese a que existen casos verdaderamente curiosos en este sentido. Realmente, se ha hecho de todo con la primitiva *appellatio* del Derecho Romano.

En este artículo se repasan las regulaciones constitucionales a nivel mundial, no distinguiendo por regiones geográficas propiamente, sino por las tendencias antes mencionadas. Asimismo, se tratan los recursos ante tribunales supranacionales, allí donde existen, siendo un caso destacable el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que de hecho se ha normalizado como una especie de último remedio, muy excepcional, pero realmente efectivo. También se dedica atención al modelo de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y se trata asimismo el muy reciente caso del Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos, que convendrá vigilar en el futuro.

Tras todo ese análisis descriptivo y crítico a la vez, se concluye que a los efectos de garantizar una mejor protección a los ciudadanos, convendría que el derecho al recurso fuera expresamente constitucionalizado. Con ello se eliminarían dudas, se reflejaría al mismo tiempo una tradición jurídica muy arraigada en el mundo, y finalmente se podría acabar poniendo freno al habitual formalismo en la admisión de los medios de impugnación.

Abstract:

It is not self-evident that appeal against court decisions should be the subject of a fundamental right. There are very different constitutional regulations around the world, with some expressly recognising it, others taking it for granted and a third group simply not mentioning the issue at all. Countries' trends tend to reflect their historical trajectory, although there are some truly curious cases in this regard. Indeed, all sorts of things have been done with the primitive *appellatio* of Roman law.

This article reviews constitutional regulations worldwide, not distinguishing by geographical regions per se, but by the trends mentioned above. It also deals with appeals to supranational courts, where they exist, a notable case being that of the European Court of Human Rights, which has in fact become a kind of last resort, very exceptional, but really effective. Attention is also devoted to the model of the Inter-American Court of Human

Rights, and the very recent case of the African Court of Human and Peoples' Rights, which will be worth watching in the future, is also discussed. After all this descriptive but critical analysis, it is concluded that in order to guarantee better protection for citizens, it would be advisable for the right to appeal to be expressly constitutionalised. This would eliminate doubts, at the same time reflect a legal tradition that is deeply rooted in the world and could finally put a stop to the usual formalism in the admission of means of appeal.

Palabras clave:

medio de impugnación; formalismo; valoración de la prueba; revisión.

Keywords:

Remedy, formalism, assessment of evidence, review