

## EL ALCANCE PROCESAL DE LA INDEFENSIÓN

Por el Dr. GREGORIO SERRANO HOYO,  
*Profesor Asociado de Derecho Procesal*  
*Universidad de Extremadura*

---

La tesis doctoral «El alcance procesal de la indefensión», realizada bajo la dirección del Dr. Don Alberto Montón Redondo, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid, fue leída y defendida por Gregorio Serrano Hoyo el día 7 de marzo de 1996 en el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, siéndole otorgada la calificación de Apto *cum laude* por unanimidad. El Tribunal estuvo formado por los siguientes profesores:

Presidente: Dr. D. Juan-Luis Gómez Colomer, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Jaime I, de Castellón.

Vocal 1.º: Dr. D. Faustino Cordón Moreno, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Privada de Navarra.

Vocal 2.º: Dr. D. Ignacio Díez-Picazo Giménez, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Extremadura.

Vocal 3.º: Dr. D. Jesús María Santos Vijande, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid.

Secretario: Dr. D. Juan Carlos Cabañas García, profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares.

Se ha realizado gracias a la concesión, durante los años 1992 a 1995, de una Beca de Formación de Personal Investigador con cargo al convenio suscrito entre la UEX y la Junta de Extremadura.



La oportunidad de un estudio global de la indefensión se debe a la limitada atención que la doctrina ha dedicado al concepto frente al abundantísimo uso del mismo en la jurisprudencia y las leyes, además de las imprecisiones y el escaso rigor con que se emplea el término. Fuera de las referencias escuetas encontradas en los manuales al uso y algún artículo doctrinal, no existe un estudio general sobre este concepto jurídico indeterminado.

El trabajo está documentado principalmente en la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de la indefensión, cuya sistematización no ha sido una tarea fácil debido a la variedad de instituciones o garantías procesales que también el Tribunal conecta con su proscripción.

La investigación pretende contribuir a la determinación y precisión del concepto indefensión y, lejos de zanjar de forma definitiva la cuestión, quiere llamar a la reflexión sobre los problemas que presenta su empleo en nuestro ordenamiento procesal, planteando algunas consecuencias que derivan de lo que se considere indefensión y alertando sobre resultados nocivos para el entendimiento de las garantías procesales.

Los resultados de la investigación se estructuran en tres capítulos, conclusiones, nota bibliográfica e índice cronológico de Sentencias del Tribunal Constitucional citadas.

En el capítulo primero se trata de delimitar la indefensión frente a otras cuestiones con las que se ha relacionado. Parte de una aproximación al concepto de indefensión; para ello se analizan las definiciones que se han dado del término y se trata de diferenciar de otros conceptos o derechos que con él se han relacionado. Se pone de manifiesto que la indefensión se origina en el seno del proceso, en cualquiera de sus fases o incidentes.

El concepto de indefensión debe circunscribirse a la privación o limitación de medios de defensa; si se aplica a otras categorías, el resultado será aumentar la confusión y el grado de inconcreción del concepto, convertirlo en una cláusula de estilo, en un comodín.

El repaso histórico que se hace del concepto indefensión evidencia cómo se ha caracterizado siempre por su indeterminación jurídica y por su relación con los quebrantamientos de formas esenciales del juicio. Igualmente, la indefensión no es un concepto nuevo, sino que aparece ya en la primera Ley de Enjuiciamiento Civil. En un primer momento estuvo unido exclusivamente a la denegación de pruebas (así lo demuestra el recurso de casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de la de 1881 hasta la reforma de 1984), pero después en diversas leyes se generalizó su exigencia aplicándolo a todo quebrantamiento de forma.

Tras su constitucionalización en el art. 24.1 *in fine* del texto fundamental se puede decir que no hay ley procesal en la que no se utilice el término indefensión, la proliferación de su empleo es a todas luces desmedida. En las leyes se emplea de forma rutinaria y como cláusula de estilo, generalmente al señalar los motivos de recurso por infracción de normas y garantías procesales.

De acuerdo con abundante jurisprudencia constitucional, los principios esenciales del proceso (audiencia e igualdad) se enmarcan en el derecho a no sufrir indefensión. De estos principios puede destacarse que tienen una finalidad preventiva de la indefensión, ya que su respeto escrupuloso evita la lesión del citado derecho. Se analizan las consecuencias que comporta su cumplimiento efectivo por los órganos jurisdiccionales.

También, dada la frecuente confusión y utilización indistinta con otros derechos contenidos en la norma suprema, se tratan de señalar las principales distinciones y relaciones entre el derecho a no padecer indefensión y los demás derechos fundamentales consagrados en el art. 24 de la Constitución, propugnando una mayor concreción y autonomía. Con algunos de esos derechos guarda una estrecha conexión y se puede decir que son una especificación del derecho a no sufrir indefensión. Esto comporta que si no estuviesen reconocidos expresamente se protegerían a través de la interdicción constitucional de la indefensión. Por otro lado, no deja de funcionar como cláusula residual de constitucionalización de garantías procesales.

El primer capítulo termina con el análisis de la indefensión y la nulidad; ésta tiene un contenido más amplio. Con la Ley Orgánica del Poder Judicial la indefensión se convierte en la clave del régimen de la nulidad de los actos judiciales. La indefensión como cláusula genérica de nulidad es necesaria en nuestro sistema procesal: evita posibles lagunas, pero, en cualquier caso, es preciso establecer más supuestos de nulidades específicas, ya que la exigencia de indefensión representa un límite desmesurado a la apreciación de nulidad por los órganos judiciales. No hay que olvidar que del concepto de indefensión más o menos amplio que se tenga va a depender algo tan importante como la nulidad o no de determinados actos judiciales.

El capítulo segundo se dedica al estudio individualizado de los cuatro elementos que conforman el concepto indefensión.

La «infracción de una norma o garantía procesal» es con frecuencia el detonante de una situación de indefensión, pero es posible respetar la norma procesal y sumir al justiciable en una situación de indefensión. También conviene resaltar que no es elemento suficiente.

Existe una variada tipología de infracciones procesales que pueden dar lugar a una situación de indefensión. Algunas se producen al inicio del *iter* procesal o de una instancia o recurso y tienen como consecuencia la privación total de las posibilidades tanto de alegar como de probar (sería el caso de los defectos en los

actos de comunicación o el extravío de escritos de personación). Otras sólo implican la negación o limitación del derecho a la prueba.

También de la infracción de algunas normas reguladoras de la sentencia se ha afirmado que producen indefensión. Es el caso de la incongruencia por *extra petita* o de la falta de correlación entre la acusación y la sentencia. Sin duda estos supuestos son de naturaleza diferente, se produce lo que se puede llamar una *indefensión refleja*: no se han podido contradecir por el justiciable los nuevos términos en que el órgano judicial sitúa el debate. La indefensión en estos casos se identifica con el hecho de que, de no haberse cometido dicha infracción de la norma reguladora de la sentencia, el fallo hubiese sido otro. Pero hay que hacer notar que la forma de corregir esa situación de indefensión no consistirá en conceder al justiciable nuevas posibilidades de alegar o probar, sino en que el órgano judicial se atenga a lo debatido en el pleito o causa.

El segundo elemento, «privación o limitación del derecho de defensa», es el efecto directo de la infracción de la norma o garantía. Los quebrantamientos de forma que no afecten al derecho de defensa no producirán indefensión, sin que, como parece entenderse, esto signifique que no tengan o no deban tener ninguna consecuencia jurídica. En este sentido la exigencia de indefensión resulta criticable.

Este elemento de la indefensión puede ser el resultado de privar o limitar medios de alegación y/o prueba, pero también de no otorgarles ninguna eficacia. Ciertamente, si el órgano judicial no toma en consideración la defensa ejercida por el justiciable provoca el mismo efecto que si impide u obstaculiza el ejercicio del derecho de defensa.

La tercera característica de la indefensión es la «no imputabilidad al justiciable», sino al órgano judicial. A éste, entendido en sentido amplio, se imputan privaciones o limitaciones del derecho de defensa que se causan directamente por personal no jurisdiccional (oficina judicial, Correos; conducta del Ministerio Fiscal o de un Abogado o Procurador de oficio). Asimismo, se atribuyen al órgano judicial situaciones de indefensión que se deben directamente a la conducta de la otra parte (demandante que no facilita el domicilio del demandado para que sea citado por edictos y se celebre el juicio en su ausencia o demandado que obstaculiza la prueba de los hechos en que se funda la pretensión del demandante). La imputabilidad al órgano judicial se hace en base a una responsabilidad más de tipo objetivo que a una culpa *in vigilando*. Puede decirse, con todo, que el Tribunal Constitucional exige a los órganos jurisdiccionales una diligencia especial, que va más allá del simple cumplimiento de lo dispuesto en la ley. En definitiva, en estos casos, el efecto es el mismo que si el órgano judicial fuese el responsable de la privación del derecho de defensa.

Si la situación de indefensión debe atribuirse al órgano judicial, la imputabilidad al justiciable determina que la falta de defensa sea irrelevante, que no pueda hablarse de indefensión.

En cualquier caso, los órganos judiciales deben cumplir cuidadosamente las normas que entrañan garantías procesales para el justiciable; de lo contrario, se desplaza sobre éste la carga de subsanar la infracción u omisión judicial. En este punto se insiste en la voz de alarma, en alertar sobre lo ilógico y paradójico que resulta exigir diligencia al justiciable frente a algo que le garantiza la ley, frente a una situación de indefensión motivada por la infracción u omisión judicial. A esto se añade que la diligencia exigible no puede ser desproporcionada.

Por tanto, hay que distinguir claramente entre la negligencia del justiciable a la hora de ejercitar su derecho de defensa, que tiene como consecuencia que no pueda hablarse de una situación de indefensión, y la negligencia o el abuso de derecho frente a una omisión del órgano judicial que es fácilmente subsanable por el justiciable. El órgano judicial determinará, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, qué diligencia es exigible al justiciable.

Al cuarto elemento, «incidencia en el fallo», se concede especial relevancia en el trabajo. Una línea jurisprudencial reiterada entiende que se produce indefensión cuando la privación o limitación del derecho de defensa ha tenido influencia real y efectiva en el fallo. El quebrantamiento de forma imputable al órgano judicial debe ser el causante del fallo dañoso. Por tanto, si la infracción de la norma procesal no ha determinado el fallo perjudicial, que lo hubiese seguido siendo aunque no se hubiese violado, no se está ante una situación de indefensión. A la vulneración de las normas procesales deben aparejarse consecuencias prácticas consistentes no sólo en la privación del derecho de defensa, sino también en un perjuicio o menoscabo real y efectivo de los intereses materiales, no procesales, del afectado por la infracción.

Esta doctrina se inspira en lo que sucedía en materia de denegación de pruebas susceptible de control casacional, donde siempre la jurisprudencia ha exigido para entender producido el quebrantamiento de forma que su práctica pudo alterar la resolución del fallo en favor del recurrente.

El problema estriba en los riesgos que entraña determinar *a priori* el nexo causal entre el vicio formal y el fallo desfavorable, a la hora de afirmar o no la inocuidad de la falta procesal. El juez *ad quem*, además de valorar hipótesis, estaría prejuzgando el fallo que va a dictar el juez *a quo* si se reponen las actuaciones.

Según la jurisprudencia constitucional, la exigencia de indefensión como incidencia real en el fallo responde al fin de evitar dilaciones. Se considera que la subsanación de la infracción judicial, el cumplimiento de la norma, no hubiera servido para alterar el resultado del fallo, para variar el contenido del mismo; por tanto, cuando se prevea que se dictará el mismo fallo no se debe entender producida la indefensión ni consecuentemente declararse la nulidad.

El Tribunal Constitucional puede verse condicionado por el hecho de que ha transcurrido mucho tiempo desde que se dictó la resolución judicial que se recurre. Por ello, si hubiese un cauce rápido para que los propios órganos jurisdiccio-

nales corrigiesen la infracción de la que no puede decirse que no ha tenido incidencia en el fallo, probablemente no entraría a examinar detalladamente las circunstancias del caso concreto, a anticipar el posible contenido del fallo en caso de reponerse las actuaciones.

Este elemento de la indefensión entraña graves riesgos. Se alerta sobre el hecho de que exigir un juicio de certeza de la incidencia determinaría un cambio en nuestro sistema procesal de garantías, porque la sanción derivada de la violación de las mismas se haría depender no de la inobservancia de la norma procesal, sino de la relación de causalidad entre dicha infracción y el fallo desfavorable para el recurrente.

Por otra parte, un juicio de certeza de la incidencia no debe ser realizado por el Tribunal Constitucional, porque con ello entra a desempeñar funciones jurisdiccionales que no le corresponden.

Frente al entendimiento de la incidencia en el fallo como un daño evitable para los intereses materiales del justiciable, como un perjuicio que hubiera podido evitarse de haberse respetado la norma o garantía procesal, existe jurisprudencia en la que, dadas determinadas infracciones, la indefensión se presume sin atender a las posibilidades de que el fallo hubiese sido distinto. Esta es la jurisprudencia acertada. No declarar la nulidad de actuaciones por entender que el fallo va a seguir siendo desfavorable para el justiciable aunque se respetasen las garantías procesales es una forma de vaciar de contenido las mismas. La única forma de asegurar la efectividad del derecho de defensa es sancionar con la invalidez las sentencias que ponen fin a un proceso en que se ha producido un defecto de forma independientemente de que su fallo no vaya a variar posteriormente.

Por tanto, debe bastar el carácter potencial del perjuicio, no la exigencia de que sea real, ya que es casi siempre imposible afirmar que en el supuesto de que no se hubiese cometido la infracción de la norma o garantía procesal la sentencia hubiese sido distinta.

No obstante ser la regla general que debe presumirse la causalidad, si el órgano judicial o el Tribunal Constitucional llega al convencimiento pleno de que posibilitar las alegaciones o pruebas omitidas no habría tenido incidencia en el fallo (certeza de la no incidencia), debe considerar que no se ha producido indefensión y que las actuaciones no deben anularse. Lo contrario supondría la vulneración del derecho de la otra parte a no sufrir dilaciones indebidas, aunque esto debe hacerse con carácter restrictivo, en supuestos en que resulte muy claro.

Es necesario que los órganos jurisdiccionales sigan rigurosamente el orden de apreciación señalado a la hora de comprobar si se da o no una situación de indefensión. Así, constatado que falta un elemento, no puede hablarse ya de indefensión y los demás argumentos sobre los otros elementos sobran.

Igualmente, se insiste en que no es adecuada la reiterada distinción que se hace entre indefensión formal e indefensión material. La indefensión existe o no: la

formal no es indefensión. Tampoco se considera correcto entender que en determinados supuestos se produce una indefensión sin relevancia constitucional: realmente no se produce.

Por lo que se refiere al tercer capítulo, hay que decir que no existe propiamente un «tratamiento procesal de la indefensión»; esto es, unos medios específicos establecidos para la tutela del derecho a no padecer indefensión. En cualquier caso, el justiciable podrá hacer valer las situaciones de indefensión derivadas de la infracción de diversas normas procesales a través de los recursos y demás medios que establezcan las leyes (art. 240.1 L.O.P.J.). Además, en la regulación legal de determinados recursos aparece de modo expreso la posibilidad de motivarlos precisamente en la infracción de una norma o garantía procesal causante de indefensión.

Para que el justiciable consiga dejar sin efecto una resolución judicial causante de indefensión debe cumplir una serie de requisitos. Especial relevancia se ha concedido al de exponer las razones de la indefensión. En numerosas ocasiones se ha entendido que limitarse a señalar la infracción de una norma o garantía procesal no imputable al justiciable no es suficiente para que se estime el recurso. Es necesario que el justiciable argumente qué alegaciones y/o pruebas no pudo llevar a cabo. Ello permite que el órgano *ad quem* valore las razones expresadas para decidir si se produjo o no indefensión, si se hace o no con ánimo dilatorio. Trata, por tanto, de evitar quejas infundadas.

La forma de restablecer en el derecho a no sufrir indefensión va a depender tanto de la infracción causante de indefensión como del órgano judicial ante el que se haga valer. Como regla general, la apreciación de la existencia de indefensión ha de comportar la nulidad y reposición de actuaciones, única solución respetuosa con el derecho a los recursos. Pese a la doble tendencia jurisprudencial sobre la cuestión de la subsanación en segunda instancia o la retroacción de actuaciones, puede concluirse que no es inconstitucional que la situación de indefensión (p. ej., debida a la falta de pruebas) se subsane en la segunda instancia, aunque la sentencia que se dicte sea irrecurrible.

Antes de que la sentencia sea firme, el justiciable cuenta con los recursos (apelación y casación, principalmente) para hacer valer la indefensión y conseguir que el órgano judicial le restablezca en su derecho fundamental. Igualmente, el órgano judicial puede apreciar de oficio antes de dictar sentencia definitiva la vulneración del derecho a no padecer indefensión.

Dada la lamentable y criticada inexistencia del incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal Constitucional propugna una interpretación favorable de los procesos de audiencia al rebelde y de revisión para que sean los órganos judiciales los encargados de tutelar el derecho a no padecer indefensión incluso después de la firmeza de la sentencia.

El Alto Tribunal tiene encomendada en último término la misión de garantizar el derecho constitucional a no sufrir indefensión. El recurso de amparo es de

carácter subsidiario; sin embargo, en numerosos supuestos, la indefensión se produce en la última o única instancia y no cabe hacerla valer ante los órganos judiciales, por lo que este Tribunal es el primero y único que conoce de la alegada indefensión. Se ha convertido en el órgano competente para subsanar las situaciones de indefensión cuando no puede hacerse en vía jurisdiccional, incluso pese a apreciarse.

Dada la grave situación actual para los justiciables y para el Tribunal Constitucional, se insiste en la conveniencia de establecer un cauce que permita que sean los órganos judiciales los que corrijan las situaciones de indefensión apreciadas después de la firmeza de la sentencia.