

EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EVOLUCIÓN Y DISFUNCIONES BAJO LA LEY 29/1998*

FABIO PASCUA MATEO
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECEDENTES Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL.—III. SU PRIMER DESARROLLO EN LA LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE, Y SU REFORMA POR LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO: LÍNEAS GENERALES.—IV. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS: 1. *Elementos subjetivos*: Intervención del Ministerio Fiscal. 2. *Elementos objetivos*: A) Motivos del recurso: la nueva posibilidad de alegar cuestiones de legalidad ordinaria. B) Derechos protegidos. C) Objeto y pretensiones de las partes. 3. *Desarrollo del proceso*: A) La interposición del recurso y el agotamiento de la vía administrativa previa. B) La doble interposición de un recurso ordinario y del recurso preferente y sumario. C) El plazo de interposición del recurso. D) El trámite de admisibilidad. E) La preferencia y sumariedad en su tramitación. 4. *Procedimientos conexos*: A) Medidas cautelares. B) Recursos contra sentencias y autos. C) Las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. D) Las cuestiones de inconstitucionalidad—V. RECAPITULACIÓN.

RESUMEN

El presente estudio, tras un breve examen de su evolución constitucional y legislativa, examina los principales problemas que en la actualidad plantea el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. En particular, además de cuestiones específicas como la posición del Ministerio Fiscal en este proceso, expone las dificultades que encuentra el recurrente para obtener una resolución sobre el fondo, debido a la restrictiva interpretación judicial de los requisitos de admisibilidad establecidos por la Ley 29/1998, así como las dilaciones que en ocasiones sufre su tramitación, lejos de los principios de preferencia y sumariedad que han de inspirar su regulación. Como soluciones se proponen la adopción de una forma eminentemente oral, similar a la del procedimiento abreviado, y la introducción de procedimientos específicos allí donde la mayor urgencia de los derechos así lo requiera, aproximando, en cambio, la tutela de los demás a los mecanismos ordinarios. El trabajo se cierra con un vistazo a la incidencia de procedimientos incidentales, como el de medidas cautelares, la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la cuestión de inconstitucionalidad.

Palabras clave: derechos fundamentales; jurisdicción contencioso-administrativa; procedimientos especiales; Ministerio Fiscal; cuestión prejudicial; cuestión de inconstitucionalidad.

* Este trabajo procede de la investigación llevada a cabo para la intervención oral en el concurso de acceso al Cuerpo de Profesores Titulares de Universidad convocado por la Universidad Complutense de Madrid y que se desarrolló, de la manera más satisfactoria para quien esto escribe, el 13 de enero de 2011. El Tribunal estuvo formado por los doctores Ricardo Alonso García —que lo presidió—, José Manuel Sala Arquer, Eloísa Carbonell Porras, Isabel de los Mozos Touyá y Tomás Cano Campos. A todos ellos quiero agradecer las observaciones y sugerencias aportadas, que han contribuido a mejorar estas páginas, de cuyos errores, por supuesto, soy, en su caso, único responsable.

ABSTRACT

This study, after a brief review of its constitutional and legislative developments, examines the main problems currently posed by the special procedure for the protection of fundamental rights. In particular, as well as specific issues such as the position of the Public Prosecutor in this process, explains the difficulties encountered by the applicant to obtain a decision on the merits —due to restrictive judicial interpretation of the admissibility requirements laid down by Act 29/1998— and the delays that sometimes suffers its passage, far from the principles of preference and quickness that must inspire their regulation. As solutions we propose the adoption of a predominantly oral form, similar to the abbreviated procedure, and the introduction of specific procedures where the urgency of the rights so requires, while the protection of the others is approached instead to the ordinary mechanisms. The work closes with a look at the incidence of incidental proceedings, as precautionary measures, the question before the Court of Justice of the European Union and the question of unconstitutionality.

Key words: fundamental rights; administrative jurisdiction; special procedures; Public Prosecutor; preliminary question; question of unconstitutionality.

I. INTRODUCCIÓN

La mejor tradición liberal nos dice que los Estados surgen y se justifican sólo en la medida en que sirven a la adecuada garantía de los derechos fundamentales de los individuos que los integran. Ya se trate de la vida, la libertad y la propiedad a las que se refiriera LOCKE en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno civil*¹, ya de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad que la pluma ilustrada de JEFFERSON incluyera en la hermosa Declaración de independencia de los Estados Unidos, ya de cualquier otra de las enumeraciones que han alumbrado los siglos posteriores, la organización de los poderes que integran un Estado libre responde a asegurar, en la fórmula de MONTESQUIEU, «la libertad del ciudadano»². Entre nosotros, el artículo 4 de la Constitución de 19 de marzo de 1812, cuyo segundo centenario pronto se conmemorará, establece con precisión que «la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Ahora bien, aunque es cierto que hoy no está vigente la vieja concepción medieval según la cual cada uno sólo tiene el derecho que es

¹ «This makes him willing to quit this Condition, which, however free, is full of fears and continual dangers: And 'tis not without reason, that he seeks out, and is willing to joyn in Society with others who are already united, or have a mind to unite for the mutual Preservation of their Lives, Liberties and Estates, which I call by the general name, Property». J. LOCKE, *Two Treatises of Government, The Second Treatise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pág. 350.

² MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 107 y ss.

capaz de defender³, es lo cierto que no es posible hablar en serio de derechos si no se dispone de los instrumentos jurídicos necesarios para su tutela, particularmente dos, la protección penal —o sancionadora— frente a quien los infrinja⁴ y la tutela jurisdiccional que permita obtener una declaración por parte de los tribunales acerca de la titularidad y extensión en cada caso concreto del derecho en litigio. A ello atiende el artículo 53 de la Constitución de 1978, que determina el grado de protección teniendo en cuenta la condición de auténticos derechos o de meros principios rectores del listado de facultades reconocido en los Capítulos II y III del Título I. Así, mientras que los primeros «vinculan a todos los poderes públicos», sólo puede regularse su ejercicio «por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial» y se tutelarán mediante el recurso de inconstitucionalidad (art. 53.1), los segundos «sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen», de manera que se van a limitar a informar «la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3).

II. PRECEDENTES Y REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

En este esquema dual se va a introducir, sin embargo, un instrumento de tutela adicional, eso sí, sólo disponible para algunos de los derechos del Capítulo II. Se trata, como es sabido, del procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales, al que vamos a dedicar estas páginas, que está expresamente previsto en el artículo 53.2 CE, conforme al cual «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales or-

³ Idea que nos ha transmitido magistralmente M. GARCÍA PELAYO, «Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político», en *Obras completas*, tomo II, CEPC, Madrid, 2009, pág. 1089, donde se señala que la primacía del derecho subjetivo reposaba «sobre la idea medieval de que el derecho no se tiene como una gracia que nos concede el orden jurídico objetivo y que nos garantiza el poder impersonal del Estado, sino como una pretensión que hay que saber y poder mantener».

⁴ De ahí la estructura de la parte especial del Código Penal vigente, ordenada en torno a los bienes jurídicos protegidos. Así, a la proclamación del derecho a la vida del artículo 15 CE le corresponde la tipificación del delito de homicidio en sus diversas formas en los artículos 139 y ss. CP; a la del derecho a la libertad y seguridad del artículo 17 CE, los tipos de delitos contra éstas en el Título VI del Libro II; los derechos del artículo 18 CE se protegen en los Títulos VIII y IX del Libro II del Código Penal; en fin, por no ser reiterativos, el reconocimiento de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado de los artículos 33 y 38 de la Constitución, se corresponde con la regulación de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del Título XIII del citado Libro II del Código Penal.

dinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Como es también conocido, dicho recurso ha de aplicarse al control de la Administración conforme a lo dispuesto en el artículo 106.1, según cuyo tenor «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Se establece de esta manera una garantía reforzada para los derechos fundamentales de la que no faltan precedentes en Constituciones españolas anteriores, cuyas buenas intenciones no llegaron, sin embargo, a llevarse a la práctica debido a la falta de asentamiento e inestabilidad de los respectivos regímenes políticos. Aunque pueden citarse ejemplos más antiguos, incluso remontándonos al desarrollo normativo de la Constitución de 1812⁵, el caso más importante por su cercanía temporal y por la relativa semejanza que se aprecia en la distinción introducida entre tutela ordinaria y constitucional de los derechos puede ser el del artículo 105 de la CE de 1931.

Dicho precepto establecía que «la ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales». Se trataba de un procedimiento separado de la potestad que al Tribunal de Garantías Constitucionales atribuía el artículo 121.b) de dicho texto para conocer de «el recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades». Una diferencia notable respecto del artículo 53.2 CE es que la urgencia no quedaba residenciada sólo en el procedimiento, sino también en la creación de órganos jurisdiccionales específicos para la tutela de los derechos, sin que por otra parte se precisase cuáles iban a ser objeto de esta especial protección. En cualquier caso, la ley que debía desarrollar este precepto no llegó a aprobarse, frustrando las esperanzas que nuestra mejor doctrina puso en la efectividad de esta garantía⁶. Las razones hay que buscarlas no sólo en la brevedad y falta de

⁵ En particular, el Decreto de 28 de noviembre de 1812 de las Cortes Generales y Extraordinarias de Cádiz señalaba que «convencidas de la necesidad y utilidad de que los expedientes sobre infracción de la Constitución sean terminados con la mayor prontitud, decretan: Los Tribunales del Reino preferirán a todo otro asunto los relativos a infracción de la Constitución política de la Monarquía». El texto completo puede consultarse en la Colección de Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias, edición facsímil de la publicada en 1813, Cortes Generales, Madrid, 1987, vol. II, pág. 723 (159 del tomo III de la original). Entre los textos posteriores merece mención, por tratarse de procedimientos jurisdiccionales, el artículo 12 de la CE de 1869, que, en materia de protección frente a detenciones ilegales, disponía que «la ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso», regulación reproducida en el segundo párrafo del artículo 5 de la CE de 1876.

⁶ En el momento de aprobarse la Constitución se pensó fundamentalmente en un procedimiento similar al *habeas corpus*, aunque con posibilidades de ver ampliado su objeto. Sobre su entonces futura implantación se escribió que «es de esperar que los Tribunales de ur-

asentamiento del régimen republicano en general, sino en los intensos debates que a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1931 rodearon toda la jurisdicción constitucional, a la que se llegó a considerar como alternativa e incompatible con esta tutela⁷, a pesar del tenor literal de la Constitución. Desde un punto de vista práctico, lo que se hizo fue incluir una disposición transitoria en la Ley reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales para —en tanto se regulaban dichos Tribunales de urgencia⁸— entender agotada la vía previa con la resolución de los recursos en vía gubernativa y con ello admitir a trámite los amparos que se pudieran interponer⁹, lo que permitió, al menos, la puesta en marcha del amparo constitucional¹⁰. Otro problema que se hubiera suscitado de haberse puesto en marcha este entramado jurisdiccional es el de los derechos tutelables, dada la vigencia en todo este tiempo tanto de la Ley de defensa de la República, primero, como más tarde de la Ley de Orden Público, que restringían notablemente la declaración reconocida en la Constitución. De cualquier forma, la conclusión es que, a pesar de lo que dijera el citado artículo 105, el procedimiento preferente y sumario actual es inédito y absolutamente novedoso en nuestra historia constitucional.

gencia tengan mayor realidad y eficacia que aquella forma de “proceder sumariamente” prometida en Códigos políticos pretéritos y que nunca tuvo efectividad». N. PÉREZ SERANO, *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931), antecedentes, texto, comentarios*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 305.

⁷ En el proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno de Lerroux ante el Congreso de los Diputados el 5 de julio de 1935 se señala que «la experiencia ha demostrado que el recurso de Amparo no responde a las necesidades que en tiempos históricos aseguraron su eficacia. Ha servido para intentos interesados de complicaciones litigiosas y conflictos de jurisdicción, y hasta es antinómico con el artículo 105». La cursiva es nuestra.

⁸ No parece que los mismos puedan identificarse con los Tribunales de urgencia en que quedaban constituidas las Audiencias Provinciales en el caso de suspensión de garantías o estado de prevención, conforme al artículo 63 de la Ley de 28 de julio de 1933, de Orden Público, para juzgar los delitos cometidos contra éste.

⁹ La disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, de 14 de junio de 1933, disponía que «mientras no estén constituidos los Tribunales de urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el recurso de Amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la Autoridad competente». A continuación se aclaraba que «se entenderá por Autoridad competente [...] el superior jerárquico inmediato del Agente o Autoridad que haya causado el agravio». El procedimiento era singularmente rápido, pues la reclamación debía formularse en el plazo de cinco días y el superior jerárquico resolver en otros tantos, transcurridos los cuales, de no haber respuesta, debía considerarse denegada. Una previsión similar subsistía en el artículo 95 del Reglamento Orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales, aprobado por Decreto de 6 de abril de 1935.

¹⁰ Todas sus sentencias pueden consultarse en M. BASSOLS COMA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República*, CEP-BOE, Madrid, 2010.

III. SU PRIMER DESARROLLO EN LA LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE, Y SU REFORMA POR LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO: LÍNEAS GENERALES

El desarrollo de estas prescripciones se llevó a cabo inicialmente por medio de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. En rigor, no se trata de una concreción plena de la Constitución, ya que fue aprobada, sancionada y promulgada con anterioridad a su entrada en vigor; si bien su publicación es ya posterior¹¹. La propia Ley es plenamente consciente de los problemas que podían derivarse de su tramitación paralela al texto constitucional y, tras dejar sentada su inmediata aplicación a una serie de libertades como las de expresión, reunión, asociación, secreto de correspondencia, religiosa, de residencia o inviolabilidad del domicilio (art. 1.2), establece en su disposición final que «dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución, y entre tanto se regula definitivamente el Procedimiento Jurisdiccional de Amparo o Tutela de los Derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto Legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá incorporar al ámbito de protección de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella». En efecto, por Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, Legislativo sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, se amplió su ámbito de protección a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la libre entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical.

En cualquier caso, su Exposición de Motivos continuó manteniendo su carácter provisional, además de que seguía pesando la falta de una referencia expresa a la aplicación de este procedimiento con carácter general a los derechos mencionados en el artículo 53.2 CE. Por ello, y a pesar de que la técnica legislativa no fue la más adecuada, el legislador dio una nueva vuelta de tuerca y en la disposición transitoria segunda, apartado 2, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC), se dispuso que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53, 2, de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978,

¹¹ Apareció en el *BOE* del 3 de enero de 1979.

de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53, 2, de la Constitución».

La Ley prevé tres tipos de garantías jurisdiccionales, relativas, respectivamente, a los órdenes jurisdiccionales penal, contencioso-administrativo y civil, de los que, lógicamente, vamos a limitarnos a exponer las características del segundo de ellos, probablemente además el de mayor relevancia a la postre. En efecto, en el ámbito del contencioso-administrativo, regulado en sus artículos 6 a 11, se contemplaban muy destacadas novedades, que fueron saludadas con cierto entusiasmo por la doctrina¹². Las más importantes fueron, en primer término, la supresión de la obligación de agotar la vía administrativa previa, que transformaba los recursos administrativos en meramente potestativos y ayudaba a agilizar el proceso. En segundo lugar, el régimen de medidas cautelares, pues se invertía la regla general del contencioso ordinario, de manera que ahora la Sala debía acordar la suspensión del cumplimiento del acto impugnado —con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudieran derivarse— salvo que se justificase la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. En tercer lugar, se disponía la presencia necesaria del Ministerio Fiscal, al que no en vano el artículo 124.1 CE le atribuía ya la función de promover la acción de la justicia en defensa, entre otros, de los derechos de los ciudadanos. En fin, la brevedad de plazos y la preferencia, sumaria y urgencia en su tramitación debían facilitar una resolución definitiva muy anterior a la del lento discurrir de los cauces ordinarios.

Tales singularidades, que colocaban al recurrente en una posición mucho más ventajosa que la regulada por la LJCA de 1956, trataron, probablemente de manera inevitable, de ser aprovechadas por un alto número de recursos con poca o nula relación con la protección de los de-

¹² En este sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 674, y, más tempranamente aún, puede consultarse A. CANO MATA, «La Ley de protección de los derechos fundamentales de la persona y sus garantías contencioso-administrativas. Deseable ampliación de algunas de sus innovaciones a la vía judicial ordinaria», núm. 98 de esta REVISTA, mayo-agosto 1982, pág. 47, quien señala de forma bien expresiva que «sus normas, que llevan ya más de tres años de vigencia, deben considerarse —en líneas generales— como adecuadas a la finalidad pretendida por el legislador, y estimamos que es deseable la aplicación generalizada de muchas de sus innovaciones, con subsiguiente modificación de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956». Otros comentarios pueden encontrarse en V. FAIRÉN GULLÉN, «El procedimiento “preferente y sumario” y el recurso de amparo en el artículo 53-2 de la Constitución», núm. 89 de esta REVISTA, mayo-agosto 1979, págs. 207 y ss. (que se muestra bastante crítico con la proliferación de instancias jurisdiccionales que se crean para la tutela de derechos fundamentales), y en J. TORNOS MAS y J. SALAS HERNÁNDEZ, «Comentarios a la Ley de protección jurisdiccional de la persona», núm. 93 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1980, págs. 29 y ss.

rechos fundamentales, con el riesgo de transformar un procedimiento especial en el cuantitativamente más usado. La también esperable reacción de los Tribunales se produjo de manera temprana y, ya en 1979, la Sala Tercera del Tribunal Supremo señaló que «es indudable que este proceso excepcional, sumario y urgente, no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no al ejercicio de un derecho fundamental de la persona»¹³. Esta doctrina se fue consolidando e incluso restringiendo no sólo en la jurisprudencia ordinaria, sino también en la constitucional desde la STC 37/1982, que señaló que «la limitación del objeto del proceso especial contencioso-administrativo, regulado en la Ley 62/1978, da lugar a que sea inadecuado para tramitar pretensiones que no tengan relación con los derechos fundamentales, que se recogen en el artículo 53.2 de la Constitución», entre otras razones porque las ventajas de procedimiento que se conceden al recurrente «sólo se justifican por el carácter privilegiado de la protección que el ordenamiento jurídico otorga a los derechos fundamentales»¹⁴. A la postre, el abuso inicial por los justiciables de este procedimiento, así como la rígida jurisprudencia suscitada, casi siempre favorable a la Administración, determinaron que pudiera dardarse seriamente de la utilidad de esta garantía¹⁵, sensación que, como veremos a continuación, no ha desaparecido a día de hoy.

Con el tiempo, la Ley 62/1978 ha ido siendo derogada y sus disposiciones sustituidas por procedimientos específicos contemplados en las leyes procesales sectoriales. Así, los artículos 1 a 5, relativos a la garantía penal, perdieron vigencia tras la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado. Los artículos 11 a 15 se abrogaron por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La Ley de Procedimiento Laboral, por su parte, desarrollando lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, introduce un procedimiento propio para la protección de derechos fundamentales en sus artículos 175 a 182, que contempla, al menos aparentemente, de forma exclusiva la libertad sindical¹⁶. Algo parecido sucede con la Ley Orgánica 2/1989, de

¹³ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 14 de agosto de 1979, primer considerando.

¹⁴ STC 37/1982, de 16 de junio, FJ 2.

¹⁵ En este sentido, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 538.

¹⁶ No obstante, puede utilizarse para cualquier vulneración de derechos fundamentales en materias sometidas a la jurisdicción laboral. Véase L. M.ª Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pág. 82. La regulación actualmente vi-

13 de abril, Procesal Militar, que en su artículo 518 introduce un procedimiento contencioso-disciplinario militar preferente y sumario «contra los actos de la Administración sancionadora que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona». Y, para lo que ahora nos interesa, los artículos 6 a 11 han sido sustituidos por los artículos 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA)¹⁷.

La Ley no pretende ser rupturista con la normativa anterior. Así lo afirma su Exposición de Motivos, que comienza subrayando que «se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene»¹⁸. Ello no impide el reconocimiento de que la normativa hasta entonces reciente había «conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal», que debía corregirse con «importantes variaciones» que tratan de introducirse. La novedad más relevante «es el tratamiento del objeto del recurso —y, por tanto, de la sentencia de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos».

En líneas generales, puede explicarse brevemente este procedimiento diciendo que sigue siendo un proceso escrito conformado sobre el patrón que proporciona el contencioso-administrativo ordinario, cuya regulación conserva su carácter supletorio (art. 114.1 LJCA). De esta forma se mantiene la separación entre la fase de interposición y la demanda, presentada previa la puesta de manifiesto del expediente, y seguida por la contestación a la demanda por la Administración, en su caso los codemandados, y el Ministerio Fiscal, y recibimiento, si así

gente es la del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril. No obstante, su contenido reproduce lo dispuesto en los artículos 174 a 181 del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, que aprobó el Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral en ejercicio de la habilitación conferida por la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral, que se refiere a este procedimiento en su base trigésima.

¹⁷ Un balance de cada uno de estos procedimientos puede encontrarse en P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA y E. CARMONA CUENCA (Coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

¹⁸ De hecho, algún autor ha criticado la poca originalidad de la nueva normativa. Es el caso de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Comentarios a los artículos 114, 115 y 116», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, octubre-diciembre 1998, número monográfico titulado «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998», pág. 805.

se solicita oportunamente, del pleito a prueba. No se prevé la formulación de conclusiones escritas para valorarla, aunque bien hubiera podido entenderse aplicable supletoriamente la regulación del procedimiento ordinario al respecto, finalizando el proceso, en circunstancias normales, mediante sentencia. Se contempla también un recurso de apelación a un solo efecto para las sentencias dictadas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo.

IV. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

Acabado este paseo por la evolución legislativa y jurisprudencial anterior a la normativa vigente, y expuestos los grandes principios de este procedimiento, pasamos ya al núcleo de este trabajo, esto es, las disfunciones que en la práctica sigue manteniendo ese deterioro procesal al que con acierto se refiriera, como hemos señalado, la Exposición de Motivos de la LJCA. Con el fin de proporcionar una cierta sistemática, vamos a agruparlas por la tradicional estructura de elementos subjetivos, objetivos y formales del proceso, para, a continuación, mencionar los problemas que se derivan o pueden derivarse del tratamiento de otros procedimientos ajenos pero íntimamente relacionados con el proceso principal, como son el incidente de cautelares, el posible planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de una cuestión de inconstitucionalidad, y el régimen de recursos contra las sentencias que pongan fin al litigio.

1. *Elementos subjetivos*

Intervención del Ministerio Fiscal

Comenzando precisamente por los aspectos relativos a las partes del proceso, es una característica consolidada de este procedimiento la intervención del Ministerio Fiscal, que, prevista en la Ley 62/1978, se mantiene en la LJCA. Así se desprende del artículo 117.2, que dispone su citación para la comparecencia en la que ha de ventilarse el trámite de admisibilidad ya referido y del artículo 119, de acuerdo con cuyo tenor: «Formalizada la demanda, el Secretario judicial dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para que, a la vista del expediente, presenten sus alegaciones en el plazo común e improrrogable de ocho días y acompañen los documentos que estimen oportunos». Se trata, no obstante, de una participación fragmentaria, conclusión reforzada por la previsión del artículo 19.1.f) LJCA de que sólo tendrá

legitimación para intervenir en aquellos procesos en los que la ley expresamente lo prevea. De esta manera resulta discutible que la Fiscalía pueda promover un recurso de este tipo, aunque tal vez pudiera fundamentarse una respuesta positiva a partir de una aplicación analógica del artículo 162.1.b) CE, que sí le permite interponer recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁹. En cualquier caso, no parece, visto el uso que se hace de esta disposición constitucional²⁰, que exista un interés desbordante por parte de este órgano de asumir tales funciones.

La razón más probable de esta participación sea entender que de esta manera se da, como se ha señalado anteriormente, cumplimiento al mandato de defensa de los derechos de los ciudadanos establecido en el artículo 124.1 CE, lo cual conlleva que, al menos en teoría, el Fiscal no sea parte codemandada, sino tercero imparcial que actúa al servicio de la legalidad y de ahí que no formule contestación a la demanda, sino alegaciones —o, más técnicamente, informes—²¹. Lo cierto, no obstante, es que su aportación en la inmensa mayoría de los casos²² en nada ayuda a los derechos de los ciudadanos, ya que el informe del Fiscal, de llegar, suele ser plenamente coincidente en sus planteamientos con la posición de la Administración, incluso en pleitos que luego se estiman por el órgano jurisdiccional²³. La causa de esta situación es más que evidente, y es que, por más que el artículo 124.2 CE diga enfáticamente que «el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad», en realidad, los primeros, tal y como se desarrollan además en su Estatuto Orgánico, pesan infinitamente más sobre su formación de cri-

¹⁹ Se muestra contraria a reconocer la legitimación para promover un recurso de este tipo R. ZATARAIN DEL VALLE, «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», en *Tratado de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Alberto PALOMAR OLMEDA, Dir.), tomo II, *op. cit.*, pág. 1088. En cambio, en la Circular 3/1998, de 23 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado se asume sin titubeos esta legitimación.

²⁰ Su mayor contribución por propia iniciativa en este asunto ha sido calificada de recurso de contra-amparo, por dirigirse precisamente contra una estimación parcial de un recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Véase al respecto J. GONZÁLEZ PÉREZ, «El Ministerio Fiscal y la protección de los derechos fundamentales», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 2207. No cambia mucho la situación desde entonces, tal y como lo pone de manifiesto I. TORRES MURO, *La legitimación en los recursos constitucionales*, Reus, Madrid, 2007, págs. 225 y ss.

²¹ En este sentido, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario, op. cit.*, pág. 1207.

²² Por ser justos en nuestro juicio hay que reconocer que de vez en cuando se produce alguna excepción, como se deduce de la postura sostenida por la Fiscalía en el recurso que concluyó con la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 15 de febrero de 2010.

²³ A título de ejemplo, valga el resuelto por SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 14 de abril de 2010, o el que termina por medio de la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, de 2 de marzo de 2010.

terio, que muestra una deferencia hacia la Administración que sólo puede explicarse por el hecho de que su superior jerárquico último —y responsable del nombramiento de los superiores inmediatos—, el Fiscal General del Estado, se nombra a propuesta del Gobierno, órgano que dirige, no se olvide, la Administración civil y la militar (art. 97 CE). Con un añadido más grave, si cabe, como es que si a la Administración se le contempla en el procedimiento como parte interesada —aunque en rigor también está obligada a servir *con objetividad* los intereses generales ex artículo 103.1 CE—, el Ministerio Fiscal se presenta envuelto por un muchas veces falso halo de imparcialidad que perjudica la posición procesal del recurrente. Por ello, y por el retraso que en ocasiones comporta en el procedimiento —suele ser más lento de notificar que la Abogacía del Estado y, por otro lado, no faltan casos en que ante el volumen del expediente ha solicitado, y conseguido, que el plazo común de ocho días para alegaciones se transforme en sucesivo—, creo que es más conveniente para el procedimiento prescindir del informe de la Fiscalía y dejar que demandante y demandado diriman su controversia sin más aditamentos²⁴.

En tanto una reforma de este estilo se produce, habrá de señalarse, a pesar de todo, que deberá dársele traslado para informe en tres supuestos no previstos expresamente por la Ley como son el incidente de cautelares, el de alegaciones escritas en el trámite de inadmisión por causa distinta de inadecuación de procedimiento, conforme al artículo 51 LJCA, y en el recurso de apelación o casación que contra la sentencia pudiera interponerse²⁵.

2. Elementos objetivos

A) *Motivos del recurso: la nueva posibilidad de alegar cuestiones de legalidad ordinaria*

Pasando ya a cuestiones objetivas, de los problemas derivados de la primera de ellas, esto es, la distinción tajante de su predecesora entre cuestiones de vulneración de derechos fundamentales y cuestiones de

²⁴ Una interesante defensa de la actuación de la Fiscalía en este tipo de procesos se encuentra, no obstante, en F. HERRERO TEJEDOR, «El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, mayo-agosto 2002, pág. 230.

²⁵ No obstante, no es infrecuente que no se dé traslado a la Fiscalía de los recursos interpuestos, lo cual, aunque no es una interpretación irrazonable de la norma, que nada dice al respecto, no tiene demasiado sentido. A título de ejemplo valga la STAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 1 de diciembre de 2010, en cuyo antecedente tercero se menciona tan sólo el traslado del recurso a la Administración demandada, en este caso la UNED. La práctica correcta se encuentra, sin embargo, en STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 3 de noviembre de 2010, que en su antecedente quinto hace mención al traslado del recurso al Ministerio Fiscal para emisión de informe.

legalidad ordinaria²⁶ a efectos de poder optar o no por este procedimiento, es consciente la propia LJCA. La preocupación del legislador queda patente ya en la Exposición de Motivos, donde se declara que:

«La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso —y, por tanto, de la sentencia de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. *La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos*».

A continuación, ya en la parte dispositiva, el artículo 121.2 establece que «la sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo». Se trata de una dicción sustancialmente coincidente con la establecida en el artículo 70.2 para los procedimientos ordinarios, a la que sólo se añade un juicio de relevancia cual es el de la vulneración de un derecho susceptible de amparo.

Hay que destacar que esta línea normativa y jurisprudencial, que traslada a los órganos jurisdiccionales ordinarios el protagonismo en la protección de derechos fundamentales, se ha reafirmado en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de Reforma de la LOTC, a través de una profunda revisión del recurso de amparo, que sólo será admisible si se justifica la especial trascendencia constitucional del asunto, y ello porque, según afirma su Exposición de Motivos, se «otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales», de manera que «*la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria*».

Tan acabada y evidente novedad ha sido acogida con mucha frialdad por los órganos jurisdiccionales, que, haciéndose eco de alegaciones de la Abogacía del Estado que han seguido invocando como si

²⁶ Un intento de sistematizar la compleja jurisprudencia en torno a lo que podían considerarse cuestiones de legalidad excluidas de este procedimiento aparece en M. CARRASCO DURÁN, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002, págs. 232 y ss. Aunque por la fecha de edición se incluyen ya referencias a la Ley 29/1998, la amplia jurisprudencia extractada se corresponde con la vigencia de la Ley 62/1978.

estuviera vigente la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa anterior a 1998, han ignorado las nuevas previsiones legislativas. Incluso en colaboraciones doctrinales no han faltado integrantes de Salas de lo contencioso-administrativo que han mantenido la vieja distinción con total crudeza, al subrayarse que «en consecuencia, los interesados deben optar entre acogerse a las ventajas de preferencia y celeridad propias del proceso sumario renunciando a pretender la nulidad del acto por vicios de legalidad o bien plantear cualquier posible motivo de nulidad, incluso la presunta vulneración de derechos fundamentales, a través del recurso ordinario, renunciando a aquellas ventajas procesales»²⁷. Palabras muy similares aparecen en no pocas resoluciones del órgano correspondiente²⁸, tomadas de la STC 84/1987, de cuya redacción sólo se omite, significativamente, y a veces ni eso²⁹, la mención que esta resolución hace a la derogada Ley 62/1978. Pues bien, al margen de que resulta como poco sonrojante que se hable de celeridad en un proceso que bien puede estar durando hasta dos o tres años en primera instancia en dicho Tribunal³⁰ —lo que ciertamente da que pensar sobre la duración de los procesos ordinarios, no acogidos a las «ventajas procesales» del sumario—, semejante posición, mantenida cuando han transcurrido ya nueve años desde la publicación de la LJCA, que, como hemos visto, persigue deliberadamente reformar el régimen de su predecesora, sorprende y disgusta por la escasa vinculación a la ley que sienten, en oposición a lo establecido por el artículo 117 CE, algunas de sus señorías.

No obstante, han de contemplarse con cierta esperanza diversas resoluciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las que parece que, aunque con notable retraso, el cambio de criterio del legislador comienza a abrirse paso con decisión. Así, en STS de 8 de julio de 2003³¹, fundamento quinto, se señala que podrán plantearse por este re-

²⁷ Véase B. SANTILLÁN PEDROSA, «Procedimiento para la protección de los Derechos fundamentales de la persona», en *Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, Dirs.), La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, pág. 990.

²⁸ Por citar sólo algunas, valgan las SSTSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, de 7 de febrero de 2006, de 17 de mayo de 2007 y de 28 de enero de 2010.

²⁹ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, de 17 de mayo de 2007, último párrafo del fundamento tercero. Lo mismo sucede con la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, de 10 de febrero de 2003.

³⁰ A título de ejemplo, mencionemos la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, en la que se incluye la citada coetilla sobre la celeridad del proceso sumario, que necesitó casi año y medio para resolver que el procedimiento no era el adecuado. Por cierto, téngase en cuenta que las fechas que se manejan son las de las sentencias, no las de su notificación, que bien puede demorarse otros seis meses.

³¹ STS, Sala Tercera, Sección 7.ª, de 8 de julio de 2003.

curso cuestiones de legalidad ordinaria que «estén referidas a la normativa de desarrollo de tales derechos». Asimismo, la STS de 11 de abril de 2007³², en su fundamento segundo, ante una alegación de inadmisión por suponer el recurso «un previo examen de la legalidad ordinaria», la rechaza por entender que «el artículo 121.2 de la LJCA y la Exposición de Motivos de ese mismo texto legal no permiten compartir el reducido ámbito que dicho recurso preconiza para el proceso especial en materia de derechos fundamentales». Por último, la STS de 17 de diciembre de 2007³³ afirma con rotundidad en su fundamento octavo que el sentido del artículo 121.2 LJCA es «el de precisar que *entre los supuestos que han de llevar a la estimación del recurso se hallan aquellos en los que, a causa de cualquier infracción del ordenamiento jurídico, la actuación impugnada lesione uno de los derechos fundamentales tutelados por este cauce procesal*».

B) *Derechos protegidos*

El segundo problema que se plantea es el de los derechos objeto de protección a través de este recurso. De acuerdo con el artículo 114.1 LJCA, este procedimiento es el desarrollo para el contencioso-administrativo del artículo 53.2 CE antes citado, lo que permite incluir a priori a todos los derechos reconocidos en los artículos 15 a 29 CE, así como el principio de igualdad del artículo 14. Ahora bien, la cuestión no es tan sencilla. Por de pronto, el artículo 122 LJCA recoge y actualiza el procedimiento sumarísimo para la tutela del derecho de reunión que anteriormente aparecía en el artículo 7.6 de la Ley de 1978, por lo que el procedimiento preferente general no se aplica al artículo 21 CE. Tampoco, lógicamente, es factible incluir al artículo 24 CE, en la medida en que sus violaciones proceden fundamentalmente de órganos jurisdiccionales, ni al artículo 17, protegido como está, por mandato de la Constitución (art. 17.4), por el procedimiento del *habeas corpus*, regulado en la LO 6/1984. Menos evidente es la exclusión del artículo 23.2 en su vertiente de recursos contra actos de Juntas electorales, pero su exclusión general es también cierta. La razón es que el artículo 1.3 de la LJCA extiende la jurisdicción del orden contencioso-administrativo a las pretensiones que se deduzcan contra la actuación de la Administración electoral, pero sólo en los términos previstos en la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y esta norma con-

³² STS, Sala Tercera, Sección 7.ª, de 11 de abril de 2007.

³³ STS, Sala Tercera, Sección 7.ª, de 17 de diciembre de 2007.

templa exclusivamente dos recursos contencioso-electorales, el previsto en su artículo 49 frente a los actos de proclamación de candidatos y el regulado en los artículos 109 a 116 contra los actos de proclamación de electos³⁴. Excepcionalmente se admite el recurso preferente y sumario frente a los actos de la Oficina del Censo Electoral de revisión ordinaria de dicho censo regulados en el artículo 38 LOREG, tal y como dispone su apartado 5.

A la inversa, la práctica ha permitido en alguna ocasión utilizar este cauce procesal para las reclamaciones que afecten a derechos distintos a los previstos en el artículo 53.2 CE, siempre que así lo establezca una ley. Se trata ciertamente de una postura no exenta de polémica³⁵, sobre todo porque de generalizarse el procedimiento perdería aún más su carácter de preferente —todos lo serían y por lo tanto ninguno a la postre—, de forma que si bien ya ha sido aplicada por el legislador en algunos supuestos muy concretos, en los últimos años la tendencia es más bien la contraria, aunque probablemente más por la eficacia demostrada por el procedimiento abreviado del artículo 78 LJCA que por un interés premeditado en restringir el ámbito de aplicación del preferente y sumario³⁶. El más evidente ha sido durante muchos años el derecho de asilo, aunque ha de destacarse cómo progresivamente sus mecanismos de tutela se han ido alejando del recurso preferente y sumario. Así, si en la redacción original de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, su artículo 24 y su disposición transitoria primera determinaban con precisión que el procedimiento aplicable era el regulado en la Ley 62/1978 o la que en el futuro regulara el amparo judicial, dicha mención se sustituyó tras la reforma llevada a cabo por la Ley 9/1994, de 19 de mayo,

³⁴ No obstante, y de acuerdo con la STC 149/2000, podrá acudirse a los recursos contencioso-administrativos regulados en la LJCA cuando se trate de actuaciones de la Administración electoral que no tengan la condición de actos electorales. Véase al respecto F. PASCUA MATEO, *El control de las elecciones*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2009.

³⁵ Se muestra favorable a dicha ampliación, si bien entiende que podría haberse optado por una solución opuesta a partir del carácter excepcional de este recurso, señalando incluso que no resultaría conveniente su generalización en la medida en que perdería la finalidad para la que ha sido concebido, M. CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, CEC, Madrid, 1995, pág. 96. En cambio, es claramente contrario J. JIMÉNEZ CAMPO, «Artículo 53. Protección de los Derechos Fundamentales», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Óscar ALZAGA, Dir.), tomo IV, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, pág. 494.

³⁶ Un ejemplo de esta confianza del legislador en el procedimiento abreviado como trámite ágil de control jurisdiccional lo proporciona la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, cuyo artículo 29.4 dispone que el recurso pertinente en esta materia es el abreviado en única instancia, el cual, según su Exposición de Motivos, «coadyuva a que se logre una agilización de los procedimientos y de los procesos, posibilitando que las resoluciones de los expedientes por dopaje tengan un cauce seguro, ágil y sencillo para su revisión administrativa y jurisdiccional».

por una genérica remisión a la jurisdicción contencioso-administrativa a través de un recurso de carácter preferente y cuya interposición suspendería la ejecución del acto impugnado «cuando el actor así lo haya solicitado y la representación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo» (art. 21). Finalmente, tras la aprobación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, ya no será aplicable el procedimiento preferente y sumario, sino los generales previstos en la Ley 29/1998, con una única peculiaridad cual es la consideración de cautelarisimas de todas las solicitudes de suspensión del acto recurrido a los efectos del artículo 135 LJCA, así como el carácter meramente potestativo de los recursos en vía administrativa (art. 29). La razón es que se prefiere acudir al procedimiento abreviado del artículo 78, tramitado en primera instancia por los Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo [art. 9.e) LJCA], más expeditivo que el preferente y sumario, como más adelante volveremos a recordar.

También suele mencionarse a la objeción de conciencia, que además está protegida por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, según establece el propio artículo 53.2 CE. En un primer momento el acceso al amparo era inmediato, tal y como establecía el artículo 45 LOTC. Sin embargo, con el fin de evitar una sobrecarga de esta jurisdicción se dispuso por la LO 8/1984³⁷ que contra las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denegaran la solicitud de declaración de objeción de conciencia o que tuvieran un efecto equivalente pudiera interponerse, de conformidad con las normas que regulaban la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el correspondiente recurso. Hoy, suprimido el servicio militar obligatorio, la Ley sigue formalmente en vigor, aunque no resulta ya de aplicación.

C) *Objeto y pretensiones de las partes*

Al igual que sucede con el contencioso-administrativo ordinario, es posible suscitar mediante este procedimiento todas las pretensiones descritas en los artículos 31 a 33 LJCA y recurrir todas las actuaciones descritas en los artículos 25 a 30, esto es, actos administrativos expresos o presuntos, disposiciones administrativas, vía de hecho e

³⁷ LO 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional,

inactividad de la Administración. Así lo dispone taxativamente el artículo 114.2 LJCA, que establece que «podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32, siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado». De igual manera puede deducirse esta misma conclusión de la regulación que lleva a cabo el artículo 115.1 sobre el cómputo del *dies a quo* para el cómputo del plazo para interponer el recurso. En realidad, seguramente sólo la inactividad constituye una auténtica novedad legislativa. En efecto, el artículo 6 de la Ley 62/1978 aludía expresamente a «los actos administrativos», a los que se añadieron rápidamente las disposiciones reglamentarias, por aplicación analógica de la regulación respecto del recurso de amparo contenida en el artículo 43 LOTC³⁸.

Por lo que se refiere a la vía de hecho, es mérito de la Ley despejar las dudas existentes hasta su aprobación. En efecto, a pesar de algunos titubeos iniciales, el Tribunal Supremo se había venido inclinando, si bien no sin quebras, por aceptar su control por esta vía, siempre, naturalmente, que se diera una vulneración directa de uno de los derechos por ella tutelables³⁹. En cualquier caso, tampoco parece que fuera una cuestión demasiado relevante en la práctica, toda vez que la protección interdictal de la que tradicionalmente disfrutaba el administrado se revelaba en muchas ocasiones como una garantía más expeditiva que la ofrecida por la Ley 62/1978⁴⁰, sobre todo a raíz de la actitud crecientemente restrictiva por parte de los Tribunales, atendiendo a razones de interés general, respecto de la suspensión cautelar del acto recurrido⁴¹. Ciertamente, la posibilidad, reconocida en el artículo 125 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, de acudir al Juez para que despachara interdictos de retener o de recuperar

³⁸ STC 31/1983, de 7 de marzo. Esta sentencia, precedida de otras resoluciones en idéntico sentido dictadas por el Tribunal Supremo, puso fin definitivamente a la controversia que se había suscitado a finales de los años setenta en torno a la recurribilidad de los reglamentos mediante el procedimiento de la Ley 62/1978. Puede consultarse esta cuestión en J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «Cuestión de fondo y presupuestos procesales en el recurso especial de amparo (“afectación” y “lesión” a derechos fundamentales y libertades públicas)», *REDA*, núm. 36, enero-marzo 1983, págs. 41 y ss.

³⁹ Acerca de esta evolución jurisprudencial, véase I. SEVILLA MERINO, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, Generalitat Valenciana-Civitas, Madrid, 1992, págs. 282 y ss.

⁴⁰ Expresa su escepticismo respecto de la utilidad de este cauce procesal para reaccionar frente a la vía de hecho L. MARTÍN REBOLLO, «La vía judicial previa al recurso de amparo constitucional (el art. 43 LOTC)», en *El Tribunal Constitucional*, DGCE, Madrid, 1980, pág. 1695.

⁴¹ Los autos denegatorios de la suspensión aumentan considerablemente en número a partir de 1985. Un resumen de la jurisprudencia al respecto puede encontrarse en E. GONZÁLEZ SALINAS, *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales (Jurisprudencia del TC y del TS)*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 181 y ss.

la propiedad indebidamente ocupada por la Administración, incluso a través de la jurisdicción civil, luego refrendada implícitamente en el 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, eliminaba buena parte del atractivo de este cauce, especialmente si se considera que la propiedad no es un derecho que pudiera invocarse con éxito a efectos de admisibilidad y que, por el contrario, no era infrecuente que los Tribunales eximieran al recurrente de agotar la reclamación administrativa previa⁴². De esta manera, el juicio verbal por el que se ventilan, conforme a lo dispuesto en el artículo 250 LEC, las cuestiones relativas a la protección sumaria de la posesión en el orden civil, así como el expeditivo procedimiento que se lleva al contencioso-administrativo en la LJCA de 1998 —que no requiere necesariamente ni siquiera de vía administrativa previa y que disfruta de un régimen privilegiado de medidas cautelares, tal y como se establece en el artículo 136 LJCA—, han sido y son hasta la fecha instrumentos de mayor eficacia para reaccionar contra acciones ordenadas por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento establecido.

Sí es, en fin, absolutamente novedosa la LJCA de 1998 al admitir la inactividad de la Administración como un tipo de actuación que puede dar lugar al contencioso para la protección de los derechos fundamentales. No es, desde luego, la que previsiblemente resulte más utilizada, dados los estrictos términos en que, con toda corrección, el artículo 29 LJCA enmarca la definición de inactividad, pero no puede en absoluto descartarse. De hecho, ya se ha producido alguna resolución judicial en la que se admite a trámite un recurso preferente y sumario de este tipo, a pesar de la oposición de la representación procesal de la Administración⁴³. Es más, al igual que sucede con la vía de hecho, el artículo 136 LJCA privilegia este tipo de recursos en cuanto a la protección cautelar y acerca el régimen de cautelares al previsto por la Ley 62/1978, puesto que, según su dicción, «la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos [29 y 30, que regulan, respectivamente, los recursos contra la inactividad o la vía de hecho de la Admi-

⁴² En este sentido, I. SEVILLA MERINO, *La protección de las libertades públicas contra la vía de hecho administrativa*, op. cit., pág. 266.

⁴³ Probablemente, el caso más conocido sea el que dio lugar al ATS, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 7.ª, de 13 de marzo de 2000, que admite a trámite y ordena la remisión del expediente un recurso contencioso-administrativo para la protección de los derechos fundamentales por inactividad del Tribunal Constitucional al no convocar concurso-oposición para cubrir las plazas del Cuerpo de Letrados de este órgano. También puede citarse el AAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 9 de octubre de 2009, que, tras plantearse de oficio dudas sobre la admisibilidad del recurso por no darse los requisitos del artículo 29 LJCA, ordenó continuar el proceso y pedir a la Administración la remisión del expediente.

nistración] o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada». De todos modos, ésta no deja de ser una cuestión problemática, a diferencia de la vía de hecho, que ha dado lugar a diversos autos de concesión de la suspensión, y es que debido a que la medida cautelar no puede ser otra que una acción positiva (por lo demás expresamente introducidas en la LJCA, cuyo artículo 129.1 habla de «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia»), no un mero cese o suspensión, es muy posible que el órgano jurisdiccional tema resolver anticipadamente el fondo del proceso⁴⁴.

De todos modos, hay que tener en cuenta que si se trata de una inactividad cualificada, esto es, que la Administración se resista a ejecutar sus actos firmes —lo que es perfectamente posible en el caso de que se le solicite, por ejemplo, la certificación de silencio positivo a la que se refiere el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, debiendo recordarse que en este caso el silencio tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento tal y como establece el artículo 43.2—, el procedimiento preferente y sumario se vuelve poco aconsejable. En efecto, el artículo 29.2 LJCA dispone que el recurso contencioso-administrativo se tramitará siempre a través del procedimiento abreviado del artículo 78, con lo que se dispondrá de una tramitación rápida sin el riesgo de la inadmisión o desestimación por afectar exclusivamente el fondo a cuestiones de legalidad. Por ello, aunque parezca clara la afectación a un derecho fundamental, es mucho más sensato seguir el cauce ordinario, que incluso puede ser más rápido que el sumario.

3. *Desarrollo del proceso*

A) *La interposición del recurso y el agotamiento de la vía administrativa previa*

Hemos visto cómo una de las características más reseñadas de la Ley 62/1978 en este procedimiento era la supresión de la obligación de agotar los recursos administrativos previos. La Ley 29/1998 no resulta ni lejanamente tan tajante como su predecesora y, de hecho, ninguna disposición recoge expresamente la antigua dicción de su artículo 7.1⁴⁵. Se

⁴⁴ En este sentido, véase A. PALOMAR OLMEDA, «Medidas cautelares», en *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Alberto PALOMAR, Dir.), tomo IV, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 604.

⁴⁵ Su artículo 7.1 disponía que «para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo».

ha llegado a señalar que este precepto había sido recibido con «franca hostilidad por todas las Administraciones» y que su reflejo en la nueva Ley es «tan leve y disimulado que da buena cuenta de la desgana con que hubo de acogerse, si no es con la deliberada intención de que pasara desapercibida»⁴⁶. No obstante, y a pesar de algunas dificultades que surgieron en la (casi) siempre restrictiva jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo ha venido a poner orden en la cuestión y a reiterar que en este tipo de procedimientos no es preciso que el acto recurrido ponga fin a la vía administrativa. Aunque pueden encontrarse ya buenos rastros de esta jurisprudencia desde 2002⁴⁷, podemos citar la sistematización de la doctrina que se lleva a cabo por STS⁴⁸ de 23 de mayo de 2008.

Esta resolución toma como punto de partida el artículo 115.1 LJCA, cuyo segundo párrafo señala que «cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente». A la vista de este precepto, la Sala señala «que hay continuidad entre la disciplina del acceso a este proceso especial establecida en el derogado artículo 7.1 de la Ley 62/1978 y la contenida en el vigente artículo 115.1 de la Ley de la Jurisdicción», y ello, según el fundamento quinto, «porque el texto así permite entenderlo y también porque en la Exposición de Motivos se omite toda mención a ese cambio que, de haberse producido, sería sin duda merecedor de una referencia expresa, lo que no ha ocurrido. Por el contrario, lo que en la Exposición de Motivos se dice es precisamente que, al traer a la Ley de la Jurisdicción la regulación de este proceso especial, integrando en los artículos 114 a 122 el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, previa la derogación de los artículos 6 a 10 de la Ley 62/78 de 26 de diciembre, los cambios que se han hecho se dirigen a corregir el carácter restrictivo de algunos aspectos de la normativa anterior».

⁴⁶ Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Iustel-Gómez Acebo & Pombo, Madrid, 2010, pág. 1191.

⁴⁷ STS de 11 de octubre de 2002.

⁴⁸ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 23 de mayo de 2008.

B) *La doble interposición de un recurso ordinario y del recurso preferente y sumario*

Una de las cuestiones que no ha cambiado con la Ley 29/1998 pero que merece un comentario es la jurisprudencia que se ha ido asentando sobre la interposición simultánea de un recurso contencioso-administrativo ordinario y otro preferente y sumario para la protección de derechos fundamentales sobre el mismo objeto y pretensión. Se trata, resulta evidente, de una medida con la que los órganos jurisdiccionales tratan de paliar la delicada situación, sobre la que más adelante nos detendremos, en la que queda todo recurrente en este procedimiento, siempre al albur de una inadmisión por inadecuación de procedimiento que, tal y como está regulada actualmente, impide una resolución sobre el fondo, puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo —en este caso a resultas de la dictada por el Tribunal Constitucional, pues inicialmente su postura fue distinta, más favorable al principio *pro actione* y, a mi juicio, más correcta— es tajante al señalar que la interposición del recurso preferente y sumario no suspende el cómputo de los plazos para interponer el ordinario, de modo que no cabe acudir sucesivamente a dichos procedimientos⁴⁹. Realmente, la mejor solución sería que se reformara la LJCA para permitir que se adoptara una solución similar a la contemplada en la propia LJCA en sus artículos 5.3, 7.3, 51.6 y 59.4 en relación con la inadmisión por falta de jurisdicción o competencia, esto es, la remisión automática del litigio al órgano competente para que allí continúe su tramitación. En este caso sería una retroacción de las actuaciones a la interposición del recurso para que continuaran bajo el procedimiento ordinario o abreviado, según correspondiera.

A falta de ello, lo que la jurisdicción admite es la doble interposición del recurso ordinario y preferente y sumario. En general se habla de interposición simultánea, aunque en realidad ello no será posible dado el distinto régimen en relación con el agotamiento de las vías administrativas previas de uno y otro e incluso —si se opta por interponer potestativamente un recurso administrativo— el distinto plazo de interposición regulado en el artículo 115.1 LJCA.

⁴⁹ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 11 de octubre de 2001. En un sentido similar se pronuncia la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, de 29 de abril de 2010, fundamento quinto.

C) *El plazo de interposición del recurso*

El plazo para interponer el recurso se regula en el artículo 115 de la LJCA. Con carácter general ha de destacarse, para mal, la reducción de plazos respecto del contencioso ordinario, por lo demás heredada de la Ley 62/1978. Reducir de dos meses a diez días el tiempo del que se dispone para presentar el escrito inicial no es garantía alguna para el recurrente, que si se ve urgido ya se encargará de darse la prisa necesaria, y sí en cambio un recorte considerable del tiempo del que se dispone para las actuaciones preparatorias, singularmente buscar un abogado y otorgar poder al procurador correspondiente, al menos en los procedimientos ante órganos colegiados, pues en los órganos unipersonales el abogado puede asumir la función de representante en juicio (art. 23 LJCA). El problema es aún mayor si se considera que el escrito de interposición ha de incluir ya una motivación sucinta del recurso, que obliga a tener trazadas las líneas generales del pleito. La situación se agrava en la medida en que precisamente la interposición de recursos queda excluida de la previsión contenida en el artículo 128.1 LJCA, que permite admitir escritos, incluso cuando haya caducado el plazo para presentarlos, si éstos se presentan dentro del día en que se notifique la resolución.

A ello ha de añadirse la difícil interpretación del *dies a quo* en algunos de los supuestos contemplados en el artículo 115.1. Ciertamente, no surgen dudas frente a las actuaciones más clásicas, como son los recursos contra actos expresos y disposiciones administrativas, para los que el cómputo se inicia al día siguiente de su respectiva notificación o publicación. La cosa comienza a complicarse en el supuesto del silencio administrativo. La LJCA dice que el término de diez días se cuenta desde el siguiente al transcurso del plazo fijado para la resolución. Es verdad que no caben muchas dudas sobre el sentido del precepto, pero casa mal su régimen con el establecido para el silencio administrativo en el procedimiento ordinario, en el que se permite la interposición del recurso dentro de los seis meses siguientes a la finalización del período para resolver y notificar. Parece como si el legislador pretendiese deliberadamente que el recurrente perdiera la oportunidad de acudir a la vía preferente por transcurso del plazo.

Más graves son las previsiones para los casos de inactividad, vía de hecho e interposición potestativa de un recurso administrativo regulados en el segundo párrafo del artículo 115.1. En los tres casos se mantiene el término general de diez días para este tipo de procesos. Ahora bien, el inicio del cómputo se retrasa a la finalización de un plazo de

veinte días concedido a la Administración —curioso que se le otorga un tiempo que es el doble del que dispone el particular— para dar respuesta bien a una reclamación contra la vía de hecho o la inactividad, bien al recurso administrativo presentado de forma voluntaria por el interesado. Comenzando por este último, la regulación es sencillamente rocambolesca, puesto que los recursos administrativos —de alzada o de reposición— tienen plazos mucho más amplios para resolverse, concretamente de tres meses o un mes, según los casos⁵⁰. Para paliar los problemas derivados de esta discordancia se está proponiendo permitir la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta del recurso a los veinte días de su interposición y ampliar su objeto en su caso si con posterioridad se dicta resolución expresa también desfavorable⁵¹. Ahora bien, ¿qué sucede si el recurso potestativo, por ejemplo de alzada, se ha interpuesto contra un acto desestimatorio también por silencio administrativo? ¿Va a aceptarse la aplicación de la regla de los artículos 115.2 y 43.5 de la Ley 30/1992, que convierte excepcionalmente en positivo el sentido del segundo silencio sin que hayan transcurrido los tres meses establecidos por esta Ley? Por otro lado, debiera considerarse necesario que en el recurso administrativo el interesado hiciera mención de que está utilizando la vía del recurso preferente y sumario, ya que en caso contrario la Administración no tiene que presuponer que su plazo para resolver se ha reducido a veinte días. Lo cierto es que se trata de una normativa desafortunada que debiera suprimirse: si la interposición del recurso es voluntaria, parece razonable que el interesado pretende que el órgano administrativo estudie con detenimiento su caso y no reaccione de una manera puramente ritual. Además, mantener el mismo tiempo para resolver este recurso que los interpuestos en casos generales facilita la presentación simultánea del recurso preferente y sumario y del ordinario, solución que, dada la jurisprudencia actual, sigue siendo la más prudente a la hora de asegurar una resolución sobre el fondo. Curiosamente, esta solución es la que se ha adoptado en la LJCA para los actos presuntos, ya que la Ley 62/1978 disponía que el plazo de diez días para recurrir computaba a los veinte días desde la presentación de la solicitud inicial, lo que alteraba el régimen general de plazos para resolver. En la actualidad, como hemos visto, el silencio se entiende pro-

⁵⁰ Problema ya puesto de manifiesto por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Comentarios a los artículos 114, 115 y 116», *op. cit.*, pág. 808.

⁵¹ En este sentido, B. SANTILLÁN PEDROSA, «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», en *Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, *op. cit.*, pág. 989, y J. J. GONZÁLEZ RIVAS, *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 1216.

ducido con arreglo a las disposiciones generales de cada procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 30/1992, sin que se contemplen especialidades por verse afectado un derecho fundamental.

Por lo que se refiere a la vía de hecho, el artículo 115.1 LJCA plantea las mismas alternativas que en el recurso ordinario, esto es, permite al interesado optar por requerir previamente a la Administración para que cese en su actuación o por acudir directamente a la jurisdicción. Sin embargo, la regulación del proceso especial no deja de deparar curiosas paradojas, sobre todo cuando no se intime previamente a la Administración. En este caso, el plazo para interponer el recurso es de diez días contados desde que hayan transcurrido veinte días desde el inicio de la vía de hecho (art. 115.1, segundo párrafo). Pues bien, curiosamente, un procedimiento que limita a diez los días de los que dispone el sujeto legitimado para interponer el recurso concede, sin embargo, a la Administración una dilación de veinte días antes de que pueda interponerse el recurso, dilación que no se contempla en el proceso ordinario, respecto del cual ni el artículo 30 ni el artículo 46.3 fijan tiempo de espera alguno, puesto que, a falta de intimación previa, el recurso se ha de interponer dentro de los veinte días desde el inicio de la vía de hecho. Nuevamente es incomprensible la regulación legal, que parece buscar exclusivamente que al recurrente le venza el plazo más que aligerar unos trámites que, por lo demás, presentan sus cuellos de botella más estrechos en fases muy posteriores del litigio y que poco tienen que ver con la actuación del recurrente. Si se opta por presentar una reclamación previa a la Administración el plazo para recurrir es de diez días desde el requerimiento, lo que supone un recorte respecto del procedimiento ordinario, en el que la Administración dispone de diez días para atender la solicitud de cese de actuación, tras los cuales el interesado cuenta con otros diez para interponer el recurso.

En lo que se refiere a la inactividad, el régimen general se regula en los artículos 29 y 46 LJCA. El plazo es de dos meses contados, según se trate de la inactividad general —omisión de realizar una prestación concreta a favor de personas determinadas a la que la Administración venga obligada en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo— o cualificada —inejecución de actos administrativos firmes—, desde el transcurso del plazo respectivamente de tres meses y un mes desde la oportuna reclamación. En el caso del recurso preferente y sumario el tiempo del que dispone la Administración para reaccionar y remediar la inactividad se reduce a veinte días, transcurridos los cuales, en el plazo de otros diez el legitimado podrá presentar el escrito de

interposición. Por otra parte, debe insistirse en que el momento inicial del cómputo de plazos es, según dice con claridad la Ley, el de la preceptiva reclamación previa de inactividad. Esto vale también para la solicitud de expedición de certificación de acto presunto prevista en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, para la que la Administración dispone de quince días, transcurridos los cuales sin que se haya llevado a efecto, pero no antes, puede entenderse que se incurre en inactividad y se abre la vía de la reclamación previa y, de no ser atendida, del posterior recurso contencioso-administrativo.

Queda por examinar un problema que puede resultar común a todos los procedimientos regulados en el segundo párrafo del artículo 115.1 LJCA, en los que se mezclan actuaciones administrativas con plazos judiciales, como es el criterio que ha de seguirse para el cómputo de días hábiles e inhábiles. Como es sabido, el cómputo administrativo, regulado en el artículo 48 de la Ley 30/1992, difiere del judicial, regulado en el artículo 182 de la LOPJ, especialmente en el carácter feriado o no de los sábados, cuestión no menor cuando hablamos de tan pocos días, en los que pudiera pecarse por no haber respetado el plazo de espera del que dispone la Administración o, a la inversa, por dejar precluir el establecido para interponer el recurso. En mi opinión, y con el fin de no complicar más una situación que a veces se vuelve endemoniada y que requeriría de una reflexión para la unificación de regímenes, al estar regulados todos estos plazos en una ley procesal, ha de acudir a la LOPJ. De esta manera, tanto los veinte días como los diez posteriores han de sumarse para dar treinta días hábiles en términos judiciales. Así lo ha señalado también la escasa jurisprudencia que se ha ocupado del tema⁵². En fin, menos dificultades plantea, aunque no deja de ser una excepción a la regla general del artículo 183 LOPJ, el artículo 128 LJCA, cuyo apartado 2 aclara que «durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta Ley salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil».

⁵² SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 7 de julio de 2010, fundamento segundo, que, con una prosa no muy elegante pero sí suficientemente clara, señala lo siguiente: «Por tanto el dies a quo a partir del cual ha de computarse el plazo que establece el artículo 115.1 de la Ley de la Jurisdicción es esta fecha, y tratándose de un plazo en el ámbito del proceso jurisdiccional, únicamente, se han de computar los días hábiles, por lo que presentado el presente recurso contencioso administrativo el día 19 de junio de 2009, no habían transcurrido los 10 días, transcurridos los 20 días desde la reclamación. En su consecuencia, presentado el recurso contencioso administrativo el día 19 de junio de 2009, no habían transcurrido los treinta días hábiles que deben computarse desde la reclamación, ya que este plazo venecía el día 1 de julio de 2009, excluyendo los sábados y domingos y el día 11 de junio por ser la fiesta del Corpus Christi».

D) *El trámite de admisibilidad*

Una de las novedades de la LJCA más destacable respecto de este procedimiento es la consagración legislativa de un trámite de admisibilidad que ha de sustanciarse antes de presentar la demanda. Ciertamente, la práctica venía ya imponiendo un filtro de similares características que los órganos jurisdiccionales aplicaban con una fundamentación algo precaria, poco más que una invocación por vía de analogía al trámite del artículo 50 LOTC⁵³. En efecto, el artículo 115.2 dispone que en el escrito de interposición se haga una exposición concisa de los argumentos sustanciales que fundamentan el recurso⁵⁴. A partir de dicho escrito se prevé que el órgano jurisdiccional de oficio o a instancia de la Administración o de los demás demandados pueda plantear dudas acerca de la adecuación de la vía escogida. Para ello, el artículo 117.2 dispone que «el Secretario judicial convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia, que habrá de tener lugar antes de transcurrir cinco días, en la que se les oirá sobre la procedencia de dar al recurso la tramitación prevista en este capítulo»⁵⁵. Varias cuestiones se plantean respecto de este trámite. En primer lugar, se ha discutido si es posible utilizarlo para aquellas otras causas de inadmisibilidad que pudieran plantearse por los demandados. Lo primero que hay que advertir es que, a pesar de alguna tesis contraria, es evidente que, conforme al ya citado artículo 114.1 LJCA, que remite a las reglas generales de procedimiento para lo no regulado específicamente en el procedimiento de protección de derechos fundamentales, pueden plantearse todas las causas de inadmisión que no tengan que ver con la inadecuación de procedimiento, por aplicación supletoria del artículo 58 LJCA, y que tales cuestiones pueden plantearse en la contestación a la demanda. Más compleja es la respuesta a si pueden adelantarse a este trámite inicial o no. Un primer grupo de autores considera que dados los términos literales del artículo 117, especialmente en su apartado 3, que señala que «en el siguiente día, el órgano jurisdiccional dictará auto mandando proseguir las actuaciones por este trámite o *acordando su inadmisión por inadecuación*

⁵³ C. GUTIÉRREZ VICÉN, «Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales», en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático* (Benigno PENDÁS, Dir.), Praxis, Barcelona, 1999, pág. 444.

⁵⁴ Se trata de una previsión que encuentra en cierta medida un antecedente en el procedimiento preferente y sumario regulado en la legislación laboral, que se inicia mediante demanda que, además de los requisitos generales, deberá expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada (art. 177.3 LPL).

⁵⁵ Redacción procedente de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

del procedimiento», salvo por este motivo, no cabe pronunciamiento sobre inadmisibilidad en trámite previo, por lo que deberá decidirse en la sentencia⁵⁶. Otros, en cambio, sí admiten la posibilidad de emplear la vista para ventilar todas las posibles objeciones para la admisibilidad del recurso⁵⁷. No faltan quienes subrayan que aunque resulta evidente que la LJCA quiere restringir este trámite a la inadmisión por razón del procedimiento, la decisión del legislador es más que discutible puesto que no tiene mucho sentido arbitrar una vista en la que no puedan llevarse todas las cuestiones sobre admisibilidad⁵⁸. En apoyo de esta postura cabe citar la STS de 6 de junio de 2003, en la que se descarta casar un auto dictado por un Tribunal Superior de Justicia, por haber acordado la inadmisión de un recurso preferente y sumario por falta de legitimación del recurrente e inadecuación del procedimiento, es de suponer —de la sentencia no se deduce— que tras haber llevado a cabo la vista del artículo 117. No obstante, de la lectura del fundamento segundo de esta sentencia no se infiere tan claramente esta conclusión, ya que se invoca la aplicación supletoria del artículo 51 LJCA, que sí prevé un trámite de inadmisión por cuestiones distintas de la inadecuación de procedimiento, pero lo hace a través de un procedimiento escrito. Da la sensación de que se trataba más de salvar la posibilidad de apreciar *ab initio* la inadmisión que de sustentar la pertinencia de este trámite específico. De hecho, la práctica jurisdiccional se está inclinando por utilizar precisamente el cauce procedimental del artículo 51.4 para este tipo de causas de inadmisión.

Por mi parte, considero que deben distinguirse nítidamente las causas generales de inadmisión —extemporaneidad del recurso, falta de jurisdicción o de legitimación, etc.— de la específica de la inadecuación del procedimiento, en la medida en que ésta puede determinar la preclusión del plazo para interponer un contencioso-administrativo ordinario que hubiera sido perfectamente admisible de otro modo. De manera más precisa, habrá de aplicarse supletoriamente para las primeras la normativa general contenida en el artículo 51 LJCA, que prevé al inicio del procedimiento —concretamente después de haberse examinado por el órgano jurisdiccional el expediente administrativo— que pueda declararse de oficio por auto no haber lugar a la admisión del recurso, y tras haber dado a las partes plazo común de diez días para

⁵⁶ Así, J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho procesal administrativo*, op. cit., pág. 543.

⁵⁷ Entre otros, M. CLAVERO ARÉVALO, «Comentario al artículo 117», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, octubre-diciembre 1998, número monográfico titulado «Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998», pág. 812.

⁵⁸ Así, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, op. cit., pág. 1199.

alegar lo que estimen oportuno sobre el motivo de inadmisión que se les haya comunicado (art. 51.4). También entiendo aplicable el trámite de alegaciones previas por los demandados previsto en los artículos 58 y 59, que establecen que «dentro de los primeros cinco días del plazo para contestar la demanda, los motivos que pudieren determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69, sin perjuicio de que tales motivos, salvo la incompetencia del órgano jurisdiccional, puedan ser alegados en la contestación, incluso si hubiesen sido desestimados como alegación previa». En fin, resulta también posible determinar la inadmisión por sentencia cuando el recurso incurra en cualquiera de las causas establecidas en el artículo 69 LJCA, a saber: que el Juzgado o Tribunal contencioso-administrativo carezca de jurisdicción; que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada; que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación; que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia, y que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

Sin embargo, eso no es posible en la inadmisión por razón de inadecuación de procedimiento. Esta causa no está prevista de modo general en el artículo 51 ni entre los motivos por los que una sentencia puede ser de inadmisión contemplados en el 69 LJCA, sino que aparece tan sólo de manera específica en los artículos 116.3 y 117 LJCA, que son taxativos tanto en determinar el momento procesal en el que debe hacerse valer en su caso como en el procedimiento para tramitarla. Así, la Administración puede invocarla en el momento de remitir el expediente, mientras que el órgano jurisdiccional puede hacerlo una vez recibido éste y antes de emplazar al recurrente a presentar el escrito de demanda. De hecho, una interpretación conforme a los antecedentes legislativos, a los que tanto el artículo 3 del Código Civil como la STC 109/1998 reconocen la capacidad de servir de auxilio para desentrañar el alcance y sentido de las normas, refuerza esta convicción. En efecto, el artículo 116.3 LJCA se introdujo por la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado, que aceptó por unanimidad la enmienda número 65, presentada en esta Cámara por el Grupo de Senadores Vascos del PNV, en cuya motivación se señala que «habiendo un trámite de admisión (artículo 117.2), conviene establecer expresamente la posibilidad de las partes demandadas de solicitar su apertura y *el momento en que pueden hacerlo*»⁵⁹. En cuanto al trámite, el artículo

⁵⁹ *BOCG. Senado*, VI Legislatura, Serie II: Proyectos de ley, núm. 77 c, de 6 de mayo de 1998, pág. 71. Por esta razón no puedo compartir la opinión manifestada en una obra, por

117.2 LJCA es tajante, como se ha señalado, al exigir una vista con comparecencia de las partes y el Fiscal en un plazo de cinco días, «en la que se les oír sobre la procedencia de dar al recurso la tramitación prevista en este capítulo», tras la cual se resolverá seguir las actuaciones «por este trámite» o dictar auto «acordando su inadmisión por inadecuación del procedimiento» (art. 117.3).

La coherencia del sistema es evidente: tal y como señala la STC 143/2003, de 14 de julio, al obligar el artículo 115 LJCA a adelantar al escrito de interposición la fundamentación sucinta de la pretensión, «se permite que el órgano judicial [así como la Administración, a la que de inmediato se le da traslado de este escrito] tenga, desde un primer momento, un conocimiento aproximado de la cuestión que se pretende plantear, con objeto de que pueda desarrollar su facultad de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para la viabilidad del procedimiento especial». Por ello es perfectamente posible situar el examen de la viabilidad del recurso por razones procedimentales en este momento inicial, lo cual, por otra parte, y dado el juego de los plazos, hace posible que el recurrente equivocado tenga tiempo en caso de inadmisión de interponer el recurso por la vía ordinaria. Ésta es, pues, una especialidad del procedimiento al que aludimos, tratada de manera específica, lo cual hace inaplicables las disposiciones generales del procedimiento ordinario, que, por otra parte, ha de insistirse, no contemplan la inadmisión por inadecuación del procedimiento, siendo así que no está facultado el órgano jurisdiccional —so pena de vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 CE— para adoptar resoluciones de inadmisión por causas o a través de procedimientos no previstos por la ley.

E) *La preferencia y sumariedad en su tramitación*

Pasando ya a la tramitación general de este procedimiento, su regulación legal se inspira, tal y como señala el artículo 53.2 CE, en los principios de preferencia y sumariedad, a los que la Exposición de Motivos añade el de urgencia. El artículo 114.3 dice que «a todos los efectos, la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente». Esta declaración, similar por otro lado a lo dispuesto anteriormente por la

lo demás magnífica, como es J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario, op. cit.*, pág. 1198, donde se señala que el artículo 116.3 es una norma superflua que no permite a las partes incoar el trámite de admisibilidad, que sigue quedando exclusivamente a disposición del secretario judicial, mientras que los demandados habrán de esperar a la contestación a la demanda.

Ley 62/1978, no tiene demasiados efectos prácticos, dada su inconcreción y la proliferación de declaraciones de preferencia que hace la propia LJCA⁶⁰. Tan sólo puede señalarse que determina que tales recursos no se pospongan a los que tengan por objeto una disposición de carácter general, para los que, con mucho mayor detalle, el artículo 66 LJCA dice que «gozarán de preferencia y, una vez conclusos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales». Es verdad, por otra parte, que podría servir para que una eventual vista para valoración de prueba se celebrara saltándose el orden general de antigüedad, en la medida en que el artículo 63.1 LJCA dispone que el Secretario lo excepcione para materias que por disposición de la ley deban tener preferencia, pero dado que, según veremos de inmediato, no se contempla esta fase para el procedimiento de protección de derechos fundamentales, a la postre no tiene mayor significación, salvo tal vez la de fundamentar por vía de analogía un criterio similar para determinar la fecha de celebración de vista en el trámite de admisibilidad del artículo 117.1 LJCA. En fin, tampoco es descartable, aunque esto queda ya en manos de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, que la declaración de preferencia tenga consecuencias a la hora del reparto de asuntos, sobre todo en el caso de baja de su titular sin nombramiento del correspondiente sustituto.

Por su parte, la sumariedad o urgencia, a la que también se refiere la Exposición de Motivos, se busca manteniendo la estructura básica del procedimiento ordinario pero acortando los plazos y prescindiendo de algunos trámites. Se utiliza de esta manera un sentido no técnico del término sumariedad, esto es, no como atributo de un procedimiento de cognición limitada en el que las facultades de alegación de las partes estén tasadas y que, en consecuencia, carezca de efectos de cosa juzgada material, sino como simple sinónimo de urgente o rápido⁶¹. Así, además de la reducción del plazo de interposición a la que se ha hecho antes re-

⁶⁰ Según la cual gozan de tramitación preferente los recursos que tengan por objeto una disposición de carácter general (art. 66), los recursos de casación en interés de ley (art. 100.6) y las cuestiones de ilegalidad de especial trascendencia para el desarrollo de otros procedimientos (art. 126.4), amén de los recursos contencioso-electorales regulados en los artículos 49 y 109 y ss. de la LOREG.

⁶¹ Así también lo entiende C. GUTIÉRREZ VICÉN, «Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales», en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático* (Benigno PENDÁS, Dir.), *op. cit.*, pág. 436. Mucho antes, en los momentos iniciales de vigencia tanto de la Constitución como de la Ley 62/1978, la acepción y significado del término sumariedad habían generado cierto interés doctrinal, del que se hace eco V. FAIRÉN GUILLEN, *El procedimiento «preferente y sumario» y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución*, *op. cit.*, págs. 240 y ss.

ferencia, la Ley reduce a ocho los días para formular demanda y para las alegaciones de los codemandados y el Ministerio Fiscal; a cinco el término para remitir el expediente por la Administración; a veinte, y además con carácter común, los previstos para la proposición y práctica de prueba, y a cinco los disponibles para que el órgano jurisdiccional dicte sentencia, dos más que los previstos en la Ley 62/1978. Nada dice, por otro lado, la Ley sobre un posible trámite de conclusiones tras la fase probatoria, de manera que podría aplicarse supletoriamente el régimen del recurso ordinario. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina⁶² se están inclinando por mantener la regulación procedente de la Ley 62/1978⁶³ y, en consecuencia, entender el silencio legislativo como omisión de esta fase, por lo que habrá de pasarse directamente de la prueba a la conclusión de actuaciones y sentencia. Quizá la única consecuencia realmente destacable sea la prevista en el artículo 128.2 LJCA, que, siguiendo la recomendación hecha por el Consejo de Estado con ocasión del examen del Proyecto de Ley que a la postre se convertiría en Ley 29/1998⁶⁴, excepciona del carácter inhábil del mes de agosto, y consecuentemente de su no cómputo respecto del «plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esta Ley», al «procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil». En fin, el carácter urgente al que se alude en la Exposición de Motivos también puede facilitar —aunque se trate de supuestos auténticamente excepcionales— la aplicación del artículo 128.3, que prevé que «en casos de urgencia, o cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario, las partes podrán solicitar al órgano jurisdiccional que habilite los días inhábiles en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales». La habilitación deberá acordarse siempre que su denegación pudiera ocasionar perjuicios irreversibles.

La valoración de este diseño no puede ser más negativa. Como ya aventuraron no pocos autores⁶⁵, no ha servido para suplir las carencias de la Ley 62/1978. La reducción de plazos literalmente no sirve para nada más que para recortar los derechos del recurrente, que es el úni-

⁶² Entre otros, R. ZATARAIN DEL VALLE, «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», en *Tratado de la jurisdicción contencioso-administrativa* (Alberto PALOMAR OLMEDA, Dir.), tomo II, Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 1090.

⁶³ Su artículo 8.7 establecía que «conclusas las actuaciones, la Sala, sin más trámites, pero con citación de las partes, dictará sentencia en el plazo de tres días».

⁶⁴ Dictamen 1125/1997 de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, de 29 de mayo de 1997.

⁶⁵ Así, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 4, mayo-agosto 1998, pág. 196, y L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «Comentarios a los artículos 114, 115 y 116», *op. cit.*, pág. 805.

co de los sujetos para el que resultan auténticamente preclusivos⁶⁶. La experiencia demuestra que, por supuesto, el órgano jurisdiccional no se siente en absoluto vinculado por los que a él atañen, además de que el sistema de notificaciones —aunque paulatinamente mejorado gracias al sistema de notificación electrónica a los procuradores— hace inevitable su incumplimiento. En particular es grave —seguramente el trámite al que más puede achacarse el incumplimiento de la previsión legal— la dilación que se produce entre la conclusión de actuaciones y la comunicación de la sentencia, que puede durar años, incluso una vez votada y fallada por la Sala o dictada por el Juez, según los casos. El exceso de carga de trabajo sobre jueces y magistrados puede ser una explicación, pero también lo es la falta de adaptación de algunos de ellos —cierto que cada vez menos— a las nuevas tecnologías, que les lleva a redactar de su puño y letra las resoluciones, con el consiguiente retraso para que los funcionarios de la Administración de Justicia las pasen a ordenador, por no hablar de los defectos de una oficina judicial que, pese a los esfuerzos, no acaba de arrancar debidamente. Pero es que, además, la Administración incumple con toda frecuencia los plazos que regulan trámites como la remisión del expediente, que en ocasiones se ha demorado meses, sin que, salvo excepciones, se haga uso del artículo 116.4 LJCA, que dispone que «la falta de envío del expediente administrativo dentro del plazo previsto en el apartado anterior no suspenderá el curso de los autos». Por supuesto, la cosa alcanza tintes dramáticos si se piensa en posibles conflictos de competencia entre dos órganos jurisdiccionales, que se tramitarían por el procedimiento ordinario, o en los recursos contra los autos o sentencias recaídos en este proceso.

Por todo ello, no es de extrañar que sea frecuente una dilación de varios años en la notificación de la resolución de muchos de estos recursos, tal y como ya se ha señalado en páginas anteriores, lo cual priva de todo sentido a un procedimiento que, además de permitir a la Administración alegar de manera sistemática y con éxito frecuente la inadecuación de procedimiento como espada de Damocles presente hasta la sentencia, no aporta ventaja procesal significativa ni en plazo para resolver ni en medidas cautelares. No ha de extrañar, pues, tal y como ya hemos puesto de manifiesto, que cuando el legislador pretende reforzar las garantías de un derecho esté recurriendo al procedimiento abreviado con alguna especialidad adicional sobre agotamiento de recursos administrativos o automatismo en la suspensión del acto, que no en el procedimiento preferente y sumario.

⁶⁶ Especialmente crítico con esta reducción de plazos para interponer el recurso y formular demanda se muestra J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario, op. cit.*, pág. 1183.

La solución no ha de encontrarse en fórmulas que pudieran abogar, como parece haberse puesto de moda en otros órdenes⁶⁷, por la creación de órganos especializados en la protección de derechos fundamentales, que, además de numerosos problemas prácticos y teóricos⁶⁸, encuentra, en mi opinión, un insalvable obstáculo en la diferencia señalada al inicio de estas páginas entre la Constitución de 1931 y la actual en torno al modelo de amparo judicial, inclinado en estos momentos, merced al artículo 53.2 CE, hacia la especialidad procedimental y no hacia la orgánica, por no hablar del principio de unidad jurisdiccional proclamado en el artículo 117.5 CE. Más bien ha de buscarse en un cambio completo del procedimiento, que asuma como base no la del recurso contencioso-administrativo ordinario, fundamentalmente escrito, sino la del abreviado regulado en el artículo 78 LJCA, novedad introducida durante la tramitación parlamentaria de la LJCA de 1998 y que se ha ido ganando el aprecio de la práctica judicial y la doctrina⁶⁹. Además de ser más respetuoso con el mandato constitucional (art. 120.2) de que el procedimiento sea predominantemente oral, la intermediación y la concentración de actuaciones durante la vista pública favorecerían una tramitación mucho más ágil sin merma alguna de

⁶⁷ Me refiero, claro es, a la creación de los Juzgados de lo Mercantil por medio de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Asimismo, a la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por parte de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁶⁸ Puestos de manifiesto con todo acierto por I. BORRAJO INIESTA, «Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes», *REDC*, núm. 43, enero-abril 1995, págs. 44 y ss. No obstante, este autor hace la salvedad, que no comparto, de la posibilidad de «que se establezcan Juzgados o Secciones especializados en determinados derechos fundamentales de carácter sustantivo, y que por ende son susceptibles de un tratamiento judicial propio, siempre que se entienda oportuno» (pág. 45). En realidad, los procesos a los que se hace mención, tales como los de *habeas corpus*, contencioso-electoral, tutela del derecho de reunión, ya funcionan bastante bien, como el propio autor destaca, por lo que no requieren de una organización específica. La propuesta de creación de salas especializadas en la tutela de derechos fundamentales e integradas a partes iguales por magistrados de carrera y profesores universitarios procede de G. PECES-BARBA, L. PAREJO ALFONSO y J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Dictamen emitido por los profesores que suscriben a petición del Ministerio de Justicia sobre el desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución respecto al recurso ante los Tribunales Ordinarios para la tutela de las libertades y los derechos del artículo 14 y de la Sección primera del Capítulo Segundo del Título Primero (artículos 15 a 21 inclusive) y del artículo 30 de la Constitución*, Universidad Carlos III, Madrid.

⁶⁹ Entre otros, C. LESMES SERRANO y J. CHAMORRO GONZÁLEZ, «Procedimiento abreviado», en *Jurisdicción Contencioso-administrativa. Comentarios a la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, Dirs.), La Ley-El Consultor, Madrid, 2007, pág. 677, quienes plantean incluso su extensión a materias sencillas atribuidas al conocimiento de las Salas de lo Contencioso-Administrativo. Asimismo, J. L. GIL IBÁÑEZ, «El procedimiento contencioso-administrativo», en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Estudio sistemático* (Benigno PENDÁS GARCÍA, Coord.), Praxis, Barcelona, 1999, pág. 258, y más claramente, J. VÁZQUEZ GARRANZO, «El procedimiento abreviado», en *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (Alberto PALOMAR OLMEDA, Dir.), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pág. 858.

garantía para las partes. No es casual, en este sentido, que el contencioso-administrativo, donde la forma escrita sigue siendo prevalente, resulte el más lento de todos los órdenes jurisdiccionales. Otra propuesta de interés puede ser la ya apuntada por algún autor⁷⁰ de que se contemplen procedimientos distintos atendiendo a la urgencia reclamada por los derechos constitucionales protegidos, al modo del previsto en el artículo 122 LJCA para el derecho de reunión, o el contencioso electoral regulado en los artículos 49 y 109 y siguientes de la LOREG. En concreto, sería muy conveniente estipular un trámite sumamente breve para resolver los eventuales recursos contra la fijación de servicios mínimos por la autoridad pública en caso de huelga, derecho que de manera indudable cae dentro del ámbito de este procedimiento (se reconoce en el artículo 28.2 CE, que, precisamente, hace referencia a tales servicios esenciales para la comunidad). Entiendo que una resolución judicial que dirimiera un eventual desacuerdo entre Administración y sindicatos convocantes permitiría a la vez eliminar abusos en lo que pueda entenderse como servicios esenciales y legitimar su imposición si se han respetado los límites razonables⁷¹.

4. *Procedimientos conexos*

A) *Medidas cautelares*

Otra novedad radica en el régimen de medidas cautelares, que deja de ser específico y pasa a regularse por las disposiciones generales de la LJCA para todo tipo de procesos. Se rompe de este modo con una de las peculiaridades más notables del proceso diseñado por la Ley 62/1978, y que se había mantenido incluso en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995, cuyo artículo 130.3 establecía que «si la suspensión se hubiere solicitado en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona,

⁷⁰ G. FERNÁNDEZ FARRERES, «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Cuadernos de Derecho Público*, *op. cit.*, pág. 196. También se ha planteado que tales procedimientos tengan un carácter «interdictal» e incidental, en cuanto a la extrema rapidez con la que ha de obtenerse una primera respuesta, sin perjuicio luego de acudir al procedimiento ordinario. Véase I. BORRAJO INIESTA, «Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes», *op. cit.*, pág. 31.

⁷¹ Una sugerencia similar se hizo ya por el Consejo de Estado durante la elaboración del Proyecto de Ley en su Dictamen de 29 de mayo de 1997, ya citado. Concretamente, al referirse al procedimiento para el derecho de reunión del hoy artículo 122 LJCA, se señala que «podría pensarse en la conveniencia de extender el régimen aplicable al derecho de reunión también al derecho de huelga y al control del establecimiento de los servicios esenciales, según las sugerencias formuladas por el TC en este sentido».

el Juez o Tribunal acordará aquélla, salvo que concurriera el supuesto previsto en el apartado anterior [perturbación grave de los intereses generales o de tercero]». Se ha señalado que esta novedad puede favorecer que no se recurra a este procedimiento de manera forzada para conseguir una suspensión anticipada del acto impugnado o cualquier otro tipo de medida, además de que, desde el punto de vista práctico, los recursos regulados por la Ley 62/1978 venían aproximándose a los ordinarios en esta materia, por lo que la medida dista de aportar grandes novedades. Con la Ley de 1998 habrá, por tanto, de acudir a esa «valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto» que reclama el artículo 130.1, sin perjuicio de que la presencia de un derecho fundamental en juego debiera pesar favorablemente a la concesión de la tutela cautelar si se acredita el *periculum in mora* que también exige este precepto, peligro que sería mucho menor si se diera una rápida tramitación del litigio. La misma consideración puede apuntarse para la concesión de las medidas cautelares que pueden concederse en caso de urgencia *inaudita parte* conforme al artículo 135 LJCA⁷².

Sí es preciso añadir, aun sin profundizar más en ello, que el mantenimiento no ya sólo de los criterios para su concesión, sino incluso del procedimiento común para el examen de la solicitud de tutela cautelar, puede generar serios inconvenientes de articulación con el procedimiento especial. Recordemos que el artículo 131 LJCA dispone que «el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes», a lo que hay que añadir que puede instarse en cualquier momento del proceso, aunque lo lógico es que el recurrente lo haga en el momento de formalizar la demanda e incluso en el escrito de interposición del recurso. En principio parecen plazos moderados, pero la realidad es que el funcionamiento del artículo 128.1 permite a la Administración y a la Fiscalía contestar bastante más tarde, cuando se comunica por la Secretaría del Juzgado o Tribunal la caducidad del tér-

⁷² Precepto que ha sido objeto de no pocas críticas por el «dramatismo» con que rodea el incidente cautelar y por la llamada al activismo de algunos magistrados «ansiosos de notoriedad». Véase J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario, op. cit.*, pág. 1320. Un ejemplo de su aplicación puede encontrarse en una muy discutible resolución de la Sección 7.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo —que, paradójicamente, no suele caer en el citado defecto del afán de presencia mediática—, el ATS de 5 de marzo de 2008, que acuerda unas medidas cautelares provisionales contra un Acuerdo de la JEC sobre fijación de horario para un debate televisado en campaña electoral. En este caso —aparte de un más que fundado problema de falta de jurisdicción del Tribunal Supremo— la presunta medida cautelar resolvió de fondo la cuestión, como se reconoce en la posterior sentencia dictada por la Sección 8.ª de la misma Sala el 16 de noviembre de 2009.

mino habilitado al efecto —operación que no suele bajar de un par de meses— y que el órgano jurisdiccional también se retrasa notablemente, lo cual, junto con la tardanza en la comunicación procesal, hacen que no falten supuestos en los que el pronunciamiento sobre las medidas cautelares casi se junta con la sentencia.

B) *Recursos contra sentencias y autos*

Con mucha mayor concisión que la Ley 62/1978 en su artículo 9, el artículo 121.3 LJCA se limita a señalar al respecto que «contra las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo procederá siempre la apelación en un solo efecto». Ya de por sí, y antes de entrar en consideraciones adicionales, es criticable que no se contemplen previsiones específicas para los recursos de este tipo de procesos, pues de bien poco servirá la preferencia y sumariedad en su tramitación si posteriormente la sentencia recaída va a permanecer, por ejemplo, cuatro años esperando su confirmación o casación en el Tribunal Supremo, término nada excepcional en los tiempos de resolución de este órgano. Parece razonable que las mismas preocupaciones por agilizar la tutela de los derechos fundamentales en el procedimiento de instancia se desplieguen con ocasión de sus recursos, si bien tampoco sería equivocado excluir estos últimos —con la única excepción del incidente de nulidad de actuaciones— y dejar expedita la vía del amparo constitucional, pudiendo entenderse que la aceptación por la jurisdicción de la adecuación del procedimiento especial incoado constituya un indicio claro de la relevancia constitucional reclamada por el artículo 50 LOTC como requisito de procedibilidad.

Dos son, al menos, las dudas que a priori permite plantearse una redacción no demasiado afortunada. En primer lugar, si cabe el recurso de apelación contra las sentencias de los Juzgados centrales de lo contencioso-administrativo y, en segundo lugar, qué ocurre con las sentencias de los órganos colegiados, contra las que sólo procede, de manera ordinaria, el recurso de casación. En ambos casos, a pesar del tenor del artículo 121.3 LJCA, no es difícil concluir, como hacen la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina, que es admisible el recurso correspondiente. En el caso de la apelación contra las resoluciones de los Juzgados centrales, por aplicación del artículo 81.2.b) LJCA, que declara siempre recurribles en apelación las sentencias «dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona». Se ha señalado que la razón probable de la omisión de los Juzgados centrales en el artículo 121.3 se deba a que su

inclusión en el proyecto de ley como órganos integrantes del orden contencioso-administrativo fue tardía y no se cuidó lo suficiente de adaptar todo el proyecto a esta decisión final⁷³. De hecho, el Proyecto de 1995, que ya contiene muchas de las líneas luego desarrolladas en la actual LJCA, recoge una regulación idéntica en su artículo 120.2⁷⁴, si bien algo más coherente, puesto que, en efecto, no contemplaba la creación de los Juzgados centrales. En cualquier caso, no hubiera estado de más un mayor cuidado por parte de los redactores del Proyecto. Por lo demás, se ha defendido una consecuencia, probablemente no querida por la Ley pero ineludible, dados los términos en los que está redactada, como es que frente a la regla del artículo 121.3, que limita los efectos del recurso de apelación a la mera devolución del asunto al órgano superior para el caso de las sentencias dictadas por los Juzgados de lo contencioso-administrativo, en el caso de las acordadas por los Juzgados centrales el recurso de apelación será a dos efectos —devolutivo y suspensivo—, ya que así lo establece el artículo 83.1 LJCA, según el cual «el recurso de apelación contra las sentencias es admisible en ambos efectos, salvo en los casos en que la presente Ley disponga otra cosa».

Por lo que respecta a las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia en este tipo de procedimientos, tampoco cabe duda sobre la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de casación, ya que el artículo 86.2.b), que la excluye para los litigios de cuantía no superior a los 150.000 euros⁷⁵, exceptúa de dicha regla a las dictadas en el «procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso». Se ha planteado la duda de si cabe este trámite frente a sentencias dictadas en el procedimiento de protección de derechos fundamentales respecto de controversias surgidas en «cuestiones de personal al servicio de las Administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera», que habitualmente no tienen acceso a esta vía procesal, tal y como establece el artículo 86.2.a) LJCA. El Tribunal Supremo⁷⁶, en una jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha entendido compatible con el artículo 24.1 CE⁷⁷, ha concluido que la re-

⁷³ Así, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *La Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario, op. cit.*, pág. 1216.

⁷⁴ BOCG. Congreso de los Diputados, V Legislatura, Serie A, núm. 133-1, de 30 de septiembre de 1995, pág. 35.

⁷⁵ La denominación en la moneda común de la Unión Europea se introdujo por Ley 13/2009.

⁷⁶ ATS de 11 de abril de 1996. Más reciente pero en idéntica línea, incluso una vez entrada en vigor la Ley 29/1998, puede citarse el ATS de 27 de enero de 2005.

⁷⁷ STC 94/2000, de 10 de abril.

gla general no decae por haberse utilizado este procedimiento, por lo que en cuestiones de personal las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia lo son en única instancia.

Queda, por último, mencionar los recursos disponibles contra otras resoluciones judiciales en este tipo de procesos. En este sentido basta con señalar que, ante el silencio de la LJCA de forma específica, caben los recursos de súplica frente a providencias y autos no apelables (art. 79) y de apelación y casación frente a autos en los términos regulados en los artículos 80.1 y 87.1 LJCA. En particular, merece recordarse que estos últimos recursos serán aplicables al auto que, en su caso, resuelva la inadmisión por inadecuación de procedimiento tras la vista del artículo 117. No será, en cambio, recurrible el auto que acuerde la prosecución del procedimiento, tanto por la redacción de los citados artículos 80.1 y 87.1 como por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 51 y 59 respecto de los trámites de inadmisión de oficio o planteados por la parte demandada en la fase de alegaciones previas.

C) *Las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Dejando atrás los incidentes o recursos propios de la jurisdicción contencioso-administrativa, queda todavía pendiente una mención a dos trámites desarrollados ante jurisdicciones diferentes que, sin embargo, pueden afectar significativamente a la duración del procedimiento. Se trata de las cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de las cuestiones de inconstitucionalidad previstas en el artículo 163 CE. Comenzando por aquéllas, ciertamente no serán supuestos previsiblemente numerosos, pero su volumen seguramente será creciente una vez que el día 1 de diciembre de 2009 tuvo lugar la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007. Recordemos que entre las novedades incluidas en este instrumento destacan el reconocimiento de la eficacia jurídica, con el mismo rango que los Tratados, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, eso sí, en la versión aprobada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea; en adelante, TUE). Los derechos en ella reconocidos no sólo vinculan a las instituciones y órganos de la Unión, sino también, como es lógico por lo demás, a los Estados miembros cuando apliquen Derecho comunitario. En este sentido pueden citarse diversas cuestiones que podrían quedar afectadas, tales como las relativas a los procedimientos sancionadores, que pueden encajar en el procedimiento especial por afectar a los

derechos reconocidos en los artículos 24.2 y 25 CE, y a los que serán de aplicación disposiciones como las contenidas en el derecho a una buena administración del artículo 41 de la Carta; en línea similar, algo tiene que decir el Derecho comunitario en las siempre espinosas controversias relativas al derecho a la creación de centros escolares⁷⁸, protegido por el artículo 27 CE, así como expresamente por el artículo 14.3 de la Carta; en fin, por no alargarnos, no es descartable que temas de personal que puedan afectar a los derechos fundamentales y, por lo tanto, sean recurridas por el procedimientos especial regulado en los artículos 114 y ss. LJCA reclamen la presentación de una cuestión prejudicial. En particular se puede pensar en procesos sobre procedimientos selectivos para el acceso a la función pública, singularmente cuando resulten afectados ciudadanos comunitarios que se sientan indebidamente excluidos. Recuérdese que aunque el Derecho de la Unión excluye de la libre circulación de trabajadores —que se configura como un derecho en el artículo 15.2 de la Carta— a los empleos en la Administración Pública⁷⁹, el Tribunal de Justicia ha venido matizando cuándo puede aceptarse dicha excepción, que será sólo válida cuando los puestos en concreto implican participación alguna, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras entidades públicas⁸⁰.

Pero es que, además, en virtud del artículo 10.2 CE, la Carta es criterio interpretativo para la aplicación de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, entre ellos, obviamente, los tutelados por el procedimiento que estamos estudiando⁸¹. Pues bien, en el caso de que se interponga algún recurso que tenga relación con el Derecho de la Unión —cuya relevancia en el Derecho administrativo es difícil-

⁷⁸ Que han dado lugar a no pocos recursos por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales. A título de ejemplo, véase el resuelto en casación por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª, de 16 de abril de 2008.

⁷⁹ Artículo 45.4 TFUE.

⁸⁰ Las sentencias dictadas al respecto son muy numerosas y se refieren no sólo a la igualdad en el acceso, sino también a la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el desempeño de la carrera funcional. El caso de referencia, que marca la jurisprudencia posterior, es el resuelto por sentencia de 17 de diciembre de 1980, *Comisión c. Bélgica*, asunto 149/79.

⁸¹ De hecho, y aunque en rigor no resultaba necesario, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, dispone en su artículo 2 que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales». Esta mención ha recibido alguna crítica acertada, por redundante con el texto constitucional, por parte de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «La doble funcionalidad de la Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el “Boletín Oficial del Estado”)», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 30, 2009, págs. 147 y ss.

mente exagerable— o bien con un Derecho respecto del cual la incidencia interpretativa de la Carta fuera decisiva, los Tribunales españoles pueden estar obligados a presentar una cuestión prejudicial que haya de resolverse por el Tribunal de Justicia (art. 267 del Tratado de Funcionamiento)⁸², órgano que sigue ostentando en exclusiva la competencia sobre este procedimiento, a pesar de que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa abre la posibilidad de que el Tribunal General se encargue de resolver cuestiones prejudiciales en asuntos determinados⁸³.

Esto suscita el problema de la dilatación de plazos que puede suponer para la resolución del recurso, dado que el término general para dictar sentencia en una cuestión prejudicial puede cifrarse de manera aproximada en estos momentos en unos dieciocho meses⁸⁴. Ahora bien, tanto en los Tratados como en los Protocolos adicionales es posible encontrar algunos métodos para abreviar el procedimiento. Desde luego, el más expeditivo —que podría afectar al ámbito sancionador militar en la medida en que sus sanciones implican en muchos casos pérdida de libertad⁸⁵— es el caso en que «se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad», para los cuales el último párrafo del artículo 267 dispone que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad». Para ello está previsto el procedimiento de urgencia ante el Tribunal, que se rige por los artículos 23 bis del Protocolo (núm. 3), sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸⁶, y 104 ter del Reglamento de Proce-

⁸² Como es sabido, estarán obligados aquellos órganos que resuelvan en última instancia, mientras que para los Juzgados o Tribunales cuyas sentencias sean recurribles en apelación o casación el planteamiento de la cuestión es potestativo (art. 267 del Tratado de Funcionamiento).

⁸³ A tenor del artículo 256, apartado 3, del TFUE, el Tribunal General será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 267, en materias específicas determinadas por el Estatuto. Al no haberse llevado a cabo ninguna adaptación del Estatuto por lo que atañe a esta cuestión, el Tribunal de Justicia sigue siendo el único competente para pronunciarse con carácter prejudicial. Así lo señala expresamente el propio Tribunal en su Nota Informativa sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales nacionales (2009/C 297/01), publicada en el *DOUE* de 5 de diciembre de 2009, C 297/1.

⁸⁴ De acuerdo con el Informe anual del Tribunal de Justicia correspondiente al año 2009, pág. 102, la duración de los procedimientos relativos a cuestiones prejudiciales fue en 2005 de 20,4 meses, en 2006 de 19,8, en 2007 de 19,3, en 2008 de 16,8 y en 2009 de 17,1. El Informe completo puede consultarse en el sitio web del Tribunal (<http://curia.europa.eu>).

⁸⁵ Véase en este sentido la LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Acerca de la compatibilidad de este régimen sancionador y el Convenio Europeo de Derechos Humanos es relevante la STEDH de 2 de noviembre de 2006, *Da Costa Silva c. España*, que interpreta en sentido restrictivo la reserva hecha por España a los artículos 5 y 6.

⁸⁶ Modificado para introducir este procedimiento por medio de la Decisión 2008/79/CE, Euratom, del Consejo, de 20 de diciembre de 2007, por la que se modifica el Protocolo del Estatuto del Tribunal de Justicia.

dimiento del Tribunal de Justicia⁸⁷. En esencia⁸⁸, dicho procedimiento supone reducir drásticamente el plazo general de dos meses del que disponen las partes para hacer las observaciones escritas previas a la vista que estimen pertinentes, admitiéndose incluso, en casos excepcionales, su omisión. El procedimiento de urgencia es aplicable a todos los litigios relacionados con el espacio de libertad, seguridad y justicia, pero dada su excepcionalidad parece que su aplicación, en lo que respecta al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no excederá de los citados casos de privación de libertad. Aunque está previsto que el Tribunal de Justicia acuerde de oficio la aplicación de esta tramitación, lo habitual es que lo solicite el órgano jurisdiccional nacional, por lo que parece razonable exigir que en los procedimientos especiales para la protección de los derechos fundamentales el auto que acuerde el planteamiento de la cuestión incluya siempre dicha petición debidamente razonada. Desde el punto de vista práctico, esta tramitación está siendo muy eficaz dado que el tiempo de resolución se reduce a dos o tres meses⁸⁹.

Para los demás supuestos, el hecho de seguir un procedimiento especial preferente y sumario debe ser una razón que justifique requerir del Tribunal de Justicia la aplicación del procedimiento acelerado regulado en el artículo 23 bis del mencionado Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los artículos 62 bis y 104 bis del Reglamento de Procedimiento⁹⁰. Aunque en ambos preceptos se habla de excepcionalidad en su aplicación, entiendo que el Juez español queda suficientemente cubierto por la preferencia y sumariedad que se reconocen al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales para motivar el correspondiente auto, sobre todo teniendo en cuenta la ausencia en el Derecho de la Unión de un procedimiento específico ante el Tribunal de Justicia para la tutela de los derechos fundamentales. Dicha opción, barajada por la Convención para el Futuro de Europa, que elaboró el borrador del malogrado Tra-

⁸⁷ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 1991, versión consolidada publicada en el *DOUE* de 2 de julio de 2010, C 177/1

⁸⁸ Para una visión más detallada, véase R. ALONSO GARCÍA, *Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, WP IDEIR núm. 1 (2010), págs. 18 y ss., publicado en el sitio web del IDEIR (<http://www.ucm.es/centros/webs/iu5121/index.php>).

⁸⁹ Más concretamente, y de acuerdo con el Informe del Tribunal de 2009, en 2008 la duración del procedimiento fue de 2,1 meses y en 2009 de 2,5. La prudencia en su aplicación —seis procedimientos en 2008, tres de los cuales fueron estimados, y tres en 2009, con una estimación— parece ser una de las razones de la eficacia de este procedimiento.

⁹⁰ Este procedimiento fue introducido en el año 2000 (Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de mayo de 2000, *DO L* 122, de 24.5.2000, pág. 43, y de 28 de noviembre de 2000, *DO L* 322, de 19.12.2000, pág. 1).

tado Constitucional, origen de buena parte de las reformas introducidas por el Tratado de Lisboa, fue finalmente descartada ante las reticencias de muchos miembros de la Convención⁹¹. La tramitación no se diferencia demasiado de la establecida para el procedimiento de urgencia, salvo para fijar en al menos quince días el término para alegaciones escritas anteriores a la vista, para las que se sigue la tramitación habitual, en lugar del cauce telemático generalizado en el procedimiento de urgencia para esta fase⁹². En cuanto a su aplicación práctica, ha sido escasamente utilizado, probablemente con bastante sensatez, pues al consistir, en esencia, en dar prioridad al asunto sobre otros pendientes, quedaría desnaturalizado en presencia de muchos litigios tramitados conforme a sus disposiciones⁹³. Así, entre 2005 y 2009, el número de cuestiones tramitadas por este cauce ha variado anualmente entre tres y seis⁹⁴.

D) *Las cuestiones de inconstitucionalidad*

Lamentablemente, es difícil trasladar los instrumentos agilizadores que acabamos de citar en el marco de las cuestiones prejudiciales a las cuestiones de inconstitucionalidad que los órganos jurisdiccionales pueden interponer ante el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 163 CE⁹⁵. Por supuesto, la propia naturaleza del procedimiento especial, centrado en la tutela de derechos fundamentales constitucional-

⁹¹ En concreto, en el Informe final del Grupo de Trabajo II, Carta, CONV 354/02, de 22 de octubre de 2002, pág. 15, se dice que «... el Grupo ha estudiado la idea de establecer un procedimiento especial ante el Tribunal de Justicia para la protección de los derechos fundamentales. Dado que la mayor parte de los miembros tenía reservas al respecto, el Grupo no lo recomienda a la Convención». El texto está disponible en el sitio web de la Convención (<http://european-convention.eu.int>).

⁹² R. ALONSO GARCÍA, *Lisboa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, op. cit., pág. 19.

⁹³ En este sentido, E. BERNARD, «La nouvelle procédure préjudicielle d'urgence applicable aux renvois relatifs à l'espace de liberté, de sécurité et de justice», *Europe*, núm. 5, 2008, págs. 5 y ss.

⁹⁴ Conforme al Informe de 2009, se cuentan cinco asuntos por año en 2005 y 2006, seis en 2007 y 2008, y tres en 2009. Entre las resueltas en 2010, podemos mencionar la STJUE de 9 de noviembre de 2010, asunto C-296/10, *Purrucker*; la muy relevante STJUE de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, *Melki*, en la que se enjuicia la compatibilidad con el Derecho de la Unión de la llamada cuestión prioritaria de inconstitucionalidad introducida en 2008 en el Derecho francés; la STJUE de 29 de junio de 2010, asuntos E y F, C-550/09, y la STJUE de 16 de septiembre de 2010, asunto *Chatzi*, C-149/10, en la que, por cierto, ya aparece invocada la Carta de Derechos Fundamentales en relación con una solicitud de permiso parental por parte de una funcionaria griega.

⁹⁵ No nos interesan, en cambio, las cuestiones de ilegalidad reguladas en los artículos 27 y 123 y ss. de la LJCA, en la medida en que, además de ser poco probables en un procedimiento que tiene por objeto la tutela de un derecho fundamental, no interrumpen el curso de los autos, ya que se deben presentar una vez dictada sentencia firme estimatoria (arts. 27.1 y 123.1 LJCA).

mente reconocidos, hace bastante verosímil la aparición de este «incidente», que suspenderá el plazo para dictar sentencia hasta que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado sobre la admisibilidad o sobre el fondo mediante sentencia si aquélla fue favorable (art. 35.3 LOTC), por lo que redundará inevitablemente en un retraso de aquélla⁹⁶. Tanto es así que incluso en procedimientos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa se ha conducido con una celeridad irreprochable, como son los contenciosos electorales contra los actos de proclamación de candidatos, la interposición de la cuestión ha redundado en la imposibilidad de resolver en tiempo útil, esto es, antes del inicio de la campaña electoral⁹⁷.

Como es sabido, el artículo 35.2 LOTC establece que «el órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese», para lo cual deberá abrir un trámite de alegaciones, que es común para las partes, de diez días para que «puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta; seguidamente y sin más trámite, el juez resolverá en el plazo de tres días. Dicho auto no será susceptible de recurso de ninguna clase», si bien se admite que, de no incoarse la cuestión, se pueda solicitar su planteamiento en sucesivas instancias si las hubiere. Ciertamente, la práctica, al menos cuando el proceso ante la jurisdicción ordinaria se lleva a cabo a través del procedimiento preferente y sumario (en el resto de los casos la diligencia es variable), parece ser razonablemente respetuosa respecto de estos términos procesales, cosa que alivia bastante la demora⁹⁸. Sin embargo,

⁹⁶ Hay que precisar que nos interesa exclusivamente la presentación de cuestiones de inconstitucionalidad en los estrictos términos definidos en el artículo 163 CE, que son las que pueden dilatar las actuaciones en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. No vamos, por tanto, a referirnos a las cuestiones que pueda plantear el propio Pleno del Tribunal Constitucional, conforme al artículo 55.2 LOTC, al conocer del recurso de amparo contra una resolución judicial dictada en un proceso preferente y sumario, ya que aun tras la reforma llevada a cabo por medio de la LO 6/2007, de 24 de mayo, que establece la suspensión del plazo para resolver el amparo hasta que se sustancie la autocuestión, no afecta a la duración del pleito *a quo*. Un ejemplo de tales supuestos se da en la STC 31/2000, de 3 de febrero, que resuelve una autocuestión acerca de la constitucionalidad del artículo 468.c) de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, tras haber estimado un recurso de amparo contra la sentencia dictada en un procedimiento contencioso disciplinario militar preferente y sumario.

⁹⁷ Véase en este sentido la conocida STC 12/2008, de 12 de enero, que, con ocasión de un recurso contencioso-electoral contra el Acuerdo de la Junta Electoral de Zona correspondiente, que rechazaba proclamar la candidatura del Partido Popular a las elecciones en el municipio de Garachico y de la cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, vino a ratificar la validez del nuevo artículo 44 bis LOREG, eso sí, varios meses después de pasadas las elecciones a las que pretendía concurrir la candidatura rechazada.

⁹⁸ A título de ejemplo valga la STC 296/2006, de 11 de octubre. La cuestión se planteó en el curso de un procedimiento preferente y sumario. La providencia abriendo trámite de ale

el discurrir de la causa ante el Tribunal Constitucional se demora más de lo deseable, pudiendo transcurrir perfectamente varios años hasta que se obtiene una respuesta definitiva⁹⁹.

Pocas soluciones pueden ofrecerse. Dada la naturaleza de la jurisdicción constitucional no es factible dar prioridad a este tipo de procesos, por cuanto su trascendencia no es necesariamente mayor que la de un recurso de inconstitucionalidad o incluso un recurso de amparo, en el que se tutelan los mismos derechos protegidos por el procedimiento especial que ha dado lugar a la cuestión. Quizá quepan sólo tres medidas paliativas. En primer lugar, y la más relevante, una agilización general del funcionamiento del Tribunal, a la que parece estar contribuyendo la reforma del recurso de amparo llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo¹⁰⁰, eso sí, al precio, tal vez inevitable, de convertir el trámite de admisión en una suerte de lotería, al supeditar su superación a la trascendencia constitucional prevista en el artículo 50.1.b), sin que, por otro lado, quepa trámite de alegaciones alguno¹⁰¹ ni se tengan claros los criterios que puedan manejarse al res-

gaciones es de 28 de agosto de 2002, las alegaciones de las partes se presentaron el 11 de septiembre y el auto de interposición se adoptó el 20 de ese mismo mes, para entrar en el Registro del Tribunal Constitucional el 4 de octubre. Tampoco se demoró el planteamiento de la cuestión resuelta por la STC 5/1992, de 16 de enero. Aunque los antecedentes no refieren la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo por el procedimiento especial, el acto recurrido está datado el 20 de junio de 1985 y ya el 8 de enero de 1986 se fija fecha para votación y fallo, y se abre término de alegaciones sobre la presentación de la cuestión, que, en efecto, se formaliza por Auto de 2 de marzo. Algo más antiguo es el pleito resuelto por la STC 196/1987, de 11 de diciembre. En este caso, aunque los antecedentes de la sentencia son más parcos, tampoco parece haberse producido dilación en el planteamiento de la cuestión, dado que el proceso *a quo*, tramitado conforme a la Ley 62/1978, lleva número de 1984 (se trata del recurso contencioso-administrativo núm. 110/1984, tramitado ante la Sala correspondiente de la Audiencia Territorial de Pamplona), y la fecha del auto es de 3 de abril de 1984.

⁹⁹ No existen estadísticas públicas del Tribunal sobre duración media de los procedimientos, a diferencia de lo que sucede con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, para hacerse una idea basta citar la pendencia acumulada en 2006, antes de la importante reforma llevada a cabo por la LO 6/2007. Conforme a las cifras contenidas en la Memoria de ese año, quedaban pendientes de decisión sobre admisión 13.920 asuntos, a los que había que sumar la no despreciable cifra de 622 asuntos pendientes de sentencia en Pleno y 277 en Sala. Como es de imaginar, con semejante retraso no era posible obtener respuestas rápidas en ningún tipo de proceso.

¹⁰⁰ Desde luego, las cifras son elocuentes. De acuerdo con la Memoria de 2009, frente a una entrada de 10.848 asuntos, el número de resoluciones definitivas fue de 15.793, que resolvieron 15.851 asuntos. Eso sí, de dichas resoluciones, 15.434 fueron providencias. Las cifras de 2008 son similares: 10.410 asuntos nuevos, 13.016 terminados mediante 12.895 resoluciones, de las que 12.458 fueron providencias. Las cifras contrastan con las proporcionadas en la Memoria de 2006, último año completo anterior a la reforma legal, en el que ingresaron 11.741 asuntos y se puso fin a 8.541 a través de 8.542 resoluciones, de las que 7.830 fueron providencias.

¹⁰¹ La reforma busca decididamente que el caso se resuelva mediante inadmisión, en la medida en que para que el recurso se admita a trámite es necesaria la unanimidad de la sección. De alcanzarse sólo el voto mayoritario a su favor debe elevarse a la Sala correspondiente. Para acordar la inadmisión basta mayoría de magistrados de la Sección. Por otro lado, la reforma de 2007 ha suprimido el trámite de alegaciones a las partes sobre las causas de inad-

pecto¹⁰². Por otro lado, sí puede sugerirse un tratamiento rápido del trámite de admisibilidad previsto en el artículo 37.1 LOTC, según el cual «podrá el Tribunal rechazar, en trámite de admisión, mediante auto [motivado] y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada». Una inadmisión rápida permitiría levantar la suspensión provisional y resolver con prontitud el recurso contencioso-administrativo previo, aunque previsiblemente en un sentido desestimatorio, salvo que la inadmisión se fundamente en la falta de relevancia de la cuestión para determinar el sentido del fallo exigida por el artículo 163 CE. En este sentido sería muy útil que el Tribunal usara con decisión este trámite para rechazar por notoriamente infundadas las cuestiones que versen sobre disposiciones acerca de cuya constitucionalidad se haya dictado sentencia¹⁰³, lo que obligará a los órganos jurisdiccionales ordinarios a prestar la atención debida a la jurisprudencia constitucional a la que se encuentran vinculados en aplicación del artículo 5 LOPJ. Por último, y en la misma línea, también ayudaría regular un trámite de finalidad

misión, por lo que el recurrente deberá aprovechar la demanda para intentar fundamentar lo que proceda al respecto.

¹⁰² Criterios que serán difíciles de explorar, ya que la inmensa mayoría de las resoluciones de inadmisión se llevan a cabo por medio de providencias no motivadas y menos aún publicadas. Habrá que expurgar la jurisprudencia contenida en las sentencias y los autos para intentar precisar algunas líneas de actuación. De hecho, a pesar de que da la sensación de que el recurso se convierte en un procedimiento objetivo, al modo del viejo contencioso, en el que los derechos y pretensiones del recurrente sirven tan sólo a efectos de legitimación, no faltan autores que pronostican un mantenimiento de criterios subjetivos en la admisión a trámite. En este sentido, V. GIMENO SENDRA y P. MORENILLA ALLARD, *Los procesos de amparo. Civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo*, Colex, Madrid, 2010, págs. 179 y ss.

¹⁰³ Posibilidad utilizada por el auto 19/2005, de 18 de enero. No creo que existan las disyuntivas que plantea A. CABO DE LA VEGA, «Artículo 163. La cuestión de inconstitucionalidad», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Óscar ALZAGA, Dir.), tomo XII, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1999, pág. 293. Una vez resueltas por el Tribunal las dudas sobre la constitucionalidad de una norma, los órganos jurisdiccionales ordinarios se encuentran vinculados a la jurisprudencia dictada y la reiteración de cuestiones sobre el mismo objeto sólo puede suponer una dilación indebida en el procedimiento judicial de origen, salvo que, excepcionalmente, pueda haberse alegado un cambio de circunstancias que pueda hacer previsible un cambio de criterio del Tribunal. Tal sería el caso, abierto por el propio Tribunal Constitucional en el tenor de su resolución, de la STC 13/2009, de 19 de enero, cuyo fundamento 11, al referirse para aceptar su constitucionalidad a una reserva a las mujeres del 50% de los puestos de las listas para las elecciones al Parlamento vasco, reconoce que «obviamente esta medida en concreto (como con carácter general todas las dirigidas a la promoción activa de un colectivo discriminado) sólo se justifica en la realidad de las circunstancias sociales del momento en que se adopta, de manera que su misma eficacia habrá de redundar en la progresiva desaparición del fundamento constitucional del que ahora disfruta. Se trata, en definitiva, de una medida sólo constitucionalmente aceptable en tanto que coyuntural, en cuanto responde a la apreciación por el legislador de una situación determinada». Parece que en este supuesto concreto sí pudiera ser admisible en el futuro una cuestión de inconstitucionalidad fundamentada en la desaparición de las circunstancias concretas que sirvieron de fundamento a la medida.

similar al incidente de extensión de efectos de sentencias regulado en el artículo 110 LJCA, con el fin de que, una vez dictada la sentencia de base, de manera inmediata se aplique a todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la misma disposición por los mismos motivos sin tener que agotar toda la tramitación¹⁰⁴. Es verdad que el propio Tribunal en ocasiones está adoptando medidas de efecto equivalente, como es la declaración de la extinción de la cuestión por pérdida sobrevenida de objeto como consecuencia de haberse dictado sentencia, pendiente todavía su sustanciación, pronunciándose acerca de la constitucionalidad del precepto controvertido¹⁰⁵. Sin embargo, entiendo que sería deseable formalizar lo que por ahora no deja de ser una buena práctica para asegurar que se lleva a cabo de manera sistemática, a través de los mismos mecanismos¹⁰⁶ y sin depender de la mejor o peor disposición de los miembros del Tribunal. Obviamente, antes de que recaiga la primera sentencia lo procedente es acudir al cauce abierto por el artículo 83 LOTC y acumular las cuestiones que puedan irse planteando, por lo que, además de favorecer la coherencia de la resolución final, se estará adelantando la resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad más modernas que hayan sido acumuladas¹⁰⁷.

¹⁰⁴ No es un supuesto irrelevante. En los últimos años han proliferado cuestiones sustancialmente iguales sobre temas como la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (desestimadas en la controvertida STC 59/2008, de 14 de mayo, que contó con cuatro votos particulares, más el voto contrario del inmediatamente después fallecido Magistrado Roberto García Calvo). La extensión de efectos de la sentencia inicial aceleraría notablemente la resolución de los pleitos suspendidos por las de idéntico contenido.

¹⁰⁵ Tal es el caso de los autos 157, 158, 160, 161, 163 a 171/2010, de 15 de noviembre, y 175 y 176/2010, de 23 de noviembre, que declaran dicha extinción de las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad por haberse declarado inconstitucional la disposición discutida —concretamente, el apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 25/2006, de 17 de julio, por medio de la STC 74/2010, de 18 de octubre—. Por supuesto, el automatismo es mucho más sencillo en el caso de las sentencias estimatorias de la inconstitucionalidad, ya que en el supuesto contrario el planteamiento de una cuestión contra idéntico precepto pero por motivos diversos pudiera requerir de otro pronunciamiento sobre el fondo.

¹⁰⁶ En ocasiones, el Tribunal en lugar de declarar extinta la cuestión dicta sentencia remitiéndose al contenido de una resolución anterior. Véase al efecto la STC 85/2010, de 3 de noviembre, que reenvía en cuanto a su fundamento y fallo a la STC 60/2010, de 7 de octubre.

¹⁰⁷ Así lo hacen, por ejemplo, los autos 148 a 153/2010, de 3 de noviembre, respecto de diversas cuestiones planteadas por órganos jurisdiccionales distintos contra el artículo 57.2 del Código Penal, a las que deja pendientes de señalamiento de fecha para votación y fallo, decisión que no deja de sorprender, pues la constitucionalidad de dicho precepto ha sido confirmada por la STC 60/2010, de 7 de octubre, que desestima las alegaciones de vulneración de los artículos 1.1, 10.1, 18.1, 24 y 25.1 CE. Viendo la solución adoptada en la STC 85/2010, ya citada, es de suponer que se dictarán sentencias desestimatorias por los mismos argumentos. Sin embargo, hubiera sido mejor para la agilización de los procesos judiciales —aunque no se trate de procedimientos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales— que en tales autos se declarara la extinción de la cuestión.

V. RECAPITULACIÓN

De todo lo expuesto anteriormente podemos plantear algunas conclusiones que debieran marcar la evolución legislativa y jurisprudencial del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales.

1. En primer término y con carácter general, se hace urgente la modificación radical de su tramitación, que ha de abandonar —probablemente como la mayor parte de los asuntos tramitados ante este orden jurisdiccional— la forma predominantemente escrita que presenta en la actualidad y acercarse al procedimiento abreviado del artículo 78 LJCA, que hoy se postula, cuando es posible de acuerdo con las normas de competencia, como un procedimiento mucho más interesante que el estudiado, en la medida en que resulta más rápido y ágil, no plantea problemas de admisión en razón del procedimiento, dada su naturaleza ordinaria, y no tiene peor tratamiento en la adopción de cautelares.

2. Desde el punto de vista subjetivo, y por las razones anteriormente aducidas, es aconsejable prescindir de la intervención de un Ministerio Fiscal que con toda frecuencia, y sin que puedan tampoco negarse algunas excepciones, no hace sino apoyar la posición procesal de la Administración, con claro perjuicio del recurrente, y que no ayuda precisamente a acelerar el discurso de la causa.

3. En cuanto al objeto del procedimiento, ha de desarrollarse por los Tribunales, con las debidas cautelas pero con decisión, la innovación legislativa introducida por la Ley 29/1998 y admitirse el planteamiento de cuestiones de legalidad que tengan relación directa con los derechos fundamentales susceptibles de tutela conforme a los principios de preferencia y sumariedad del artículo 53.2, no sólo a efectos de agotar la tramitación de los autos y no detenerlos en la fase de admisión, sino también, en su caso, para fundamentar una sentencia estimatoria. Para ello será preciso abandonar viejas inercias y atender a las circunstancias de cada caso concreto, sin que esté de más plantear por parte del legislador una solución similar a la contemplada para los supuestos de inadmisión por falta de jurisdicción o competencia en los artículos 5.3, 7.3, 51.6 y 59.4 LJCA.

4. Por lo que se refiere a la interposición del recurso, habrá de reformarse la redacción del artículo 115.1 para mantener el plazo ordinario de resolución de los recursos administrativos, así como para ampliar el tiempo del que dispone el recurrente para presentar el escrito de interposición. La ganancia en términos de tiempo no es mucha y sí las dificultades para cumplir en diez días los trámites necesarios, sobre

todo si ha de hacerse en agosto, mes hábil a efectos de este recurso y en el que no será fácil encontrar abogados disponibles.

5. Respecto al momento para alegar las objeciones sobre la admisibilidad, al menos en la relativa a la adecuación del procedimiento, considero que ha de plantearse de forma preclusiva, tanto para la Administración y los codemandados como para la que de oficio pueda apreciarse por el órgano jurisdiccional, con la remisión del expediente y a través de la vista establecida en el artículo 117.1 LJCA, quedando resuelta la cuestión definitivamente, sin perjuicio de los correspondientes recursos, sin que pueda reproducirse posteriormente.

6. Conviene, además, aclarar el régimen de recursos y articular una tramitación que esté acorde con los principios de urgencia y celeridad que han de inspirar el procedimiento. De nada sirve una rápida resolución en primera instancia si posteriormente en apelación o casación se vuelve al procedimiento ordinario, sin que la sentencia de instancia se ejecute. Lo mismo puede decirse del incidente de cautelares.

7. En fin, será también oportuno apurar las posibilidades legalmente disponibles para evitar que el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, seguramente imprescindible en algunos asuntos, no retrase más de lo imprescindible la resolución judicial, debiendo destacarse cómo, sorprendentemente, al ser un órgano situado fuera de España, presumiblemente más alejado a priori de los recurrentes, los procedimientos son notablemente más breves en el caso del Tribunal de Justicia que en el Constitucional.

Más allá de estas conclusiones de detalle, es preciso rematar con una reflexión general. En su obra *La rebelión de las masas*, ORTEGA Y GASSET dedica todo un capítulo a lo que denomina «la altura de los tiempos»¹⁰⁸. Se refiere, naturalmente, a la altura vital, puesto que cronológicamente todos los tiempos se computan y miden de la misma forma. Recuerda que se han sucedido épocas, muy frecuentes, que se han contemplado a sí mismas como degeneración del pasado, como lo atestiguan la conocida referencia manriqueña a que cualquier tiempo pasado fue, «a nuestro parecer», mejor, o, mucho antes, los conocidos y negativos augurios sobre las futuras generaciones que declamara Horacio en sus Odas¹⁰⁹. Otras, en cambio, han aparecido como una suer-

¹⁰⁸ J. ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, Espasa, Madrid, 1997, págs. 87 y ss.

¹⁰⁹ *Aetas parentum peior avis tultit / nos nequiores, mox daturos / progeniem vitiosorem* (La era de nuestros padres, peor que la de nuestros abuelos, nos engendró a nosotros aún más depravados, que daremos una progenie todavía más incapaz).

te de culminación de los tiempos, como sucedió en la Europa de finales del siglo XIX Estoy convencido de que desde hace algunas décadas España, con momentos concretos de dificultades inevitables, está asistiendo a una etapa de altura. Gracias a un gran esfuerzo colectivo, la generación anterior fue capaz de situarse entre los países económicamente más desarrollados y dotarnos de unas más que correctas instituciones democráticas y respetuosas con los derechos fundamentales. Es la misma generación que, al aprobar la Constitución, elaboró una ley de protección jurisdiccional de tales derechos que, con vocación de provisionalidad, contenía sin embargo medidas audaces y rompedoras con la inercia del momento. Hoy, en cambio, a pesar de algunas buenas medidas que sin duda contiene la LJCA de 1998, ni la regulación legal ni la práctica judicial han acertado a poner remedio al «importante deterioro» en que, como reconoce su propia Exposición de Motivos, se encuentra esta vía procesal. En definitiva, estamos ante un procedimiento que no está «a la altura de los tiempos».