

EL DEBATE SOBRE LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO EN ESPAÑA.

Análisis de algunas de las propuestas a la luz
de la Constitución

ANAMARI GARRO VARGAS (*)

INTRODUCCIÓN. I. MARCO DE LAS REFORMAS. II. PANORAMA GENERAL. III. ANÁLISIS SOBRE ALGUNAS PROPUESTAS DE *REFORMA AD INTRA* DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: A. *De orden jurisprudencial: el autocontrol*: 1. *En el ámbito de la tutela judicial efectiva*. 2. *En el ámbito de la igualdad en la aplicación judicial de la ley*. B. *De orden normativo*: 1. RELATIVA AL ÁMBITO DEL RECURSO DE AMPARO: LA EXCLUSIÓN DEL ART. 24 CE. 2. RELATIVA AL ORIGEN Y NATURALEZA DEL OBJETO IMPUGNADO: LA EXCLUSIÓN DE LOS ACTOS JUDICIALES. 3. RELATIVA A LA EXTENSIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: LA REDUCCIÓN DE LOS SUPUESTOS. 4. RELATIVA AL TRÁMITE DE ADMISIÓN: *OBJETIVAR* EL RECURSO DE AMPARO. IV. COMENTARIOS SOBRE EL RECIENTE PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LOTC. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN (1)

Si dentro de la Constitución española de 1978, el Tribunal Constitucional tiene un lugar privilegiado, las estadísticas sobre su labor indican que el conocimiento del recurso de amparo posee, dentro de las competencias de éste,

(*) El presente es un extracto de la Memoria presentada para optar al Máster Universitario Iberoamericano en Estudios Jurídicos de la Universidad de Navarra, realizado en calidad de becaria de la Fundación Carolina. Para su publicación, se ha tenido en cuenta el Proyecto de Ley 121/000060 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, 3 de octubre, del Tribunal Constitucional [publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el 25 de noviembre de 2005, núm. 60-1 (en adelante, Proyecto de Ley)], que en el momento de dar estas páginas a la imprenta se encuentra en tramitación en la Cortes.

(1) Por experiencia propia y en atención a los numerosos lectores no españoles que seguimos con interés los trabajos publicados en esta Revista, he optado por transcribir los preceptos más relevantes aquí mencionados. Pido disculpas a quienes están más familiarizados con ellos.

particular relevancia cuantitativa. Éstas muestran además que art. 24 CE (2) es el más invocado, seguido del art. 14 CE (3) en su dimensión de igualdad en la aplicación judicial de la ley. También señalan que el trabajo se concentra en la fase de admisión; y que la abismal disparidad que existe entre el índice de los casos ingresados y el de los resueltos pone al descubierto el colapso que sufre este Tribunal (4). Además, como se sabe, precisamente con ocasión de los asuntos relativos a la tutela judicial efectiva se han ocasionado ciertos problemas de articulación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria.

A la vista de lo anterior, es necesario modificar el diseño y la práctica actuales del recurso de amparo. Está en juego la eficacia del recurso mismo, del ejercicio de las demás funciones del Tribunal Constitucional (5) y, en última instancia, su propia legitimidad.

(2) «Art. 24 CE. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

(3) «Art. 14 CE. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

(4) En el 2004, por ejemplo, de los 7951 asuntos ingresados, el 98,27 por 100 fueron recursos de amparo. De éstos, en el 83,48 por 100 se invocó el art. 24 CE y en el 15,43 por 100 el art. 14 CE en su dimensión aplicación judicial de la ley. De la totalidad de estos asuntos resueltos se inadmitió el 97,25 por 100 y durante ese período se resolvieron por sentencia 195 recursos de amparo. Cfr. Memoria del 2004. Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.es. Además, por ese retraso en la resolución de estos asuntos, el TEDH ha «condenado al Estado español por vulneración del derecho de toda persona “a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable”. STEDH de 25 de noviembre de 2003 (caso Soto Sánchez). Con anterioridad, STEDH de 11 de octubre de 2001 (caso Díaz Aparicio)». GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*. Documento de trabajo 58/2004, Laboratorio Alternativas, 2005, pág. 11.

(5) JAVIER GARCÍA ROCA: «La cifra del amparo constitucional y su reforma: conclusiones del seminario», *Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 2, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-semamp1.htm, subtítulo 2. En este sentido, el epígrafe I de la Exposición de motivos del Proyecto de Ley, dice: «La presente reforma pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional».

Se intenta aquí evaluar algunas posibles reformas del recurso de amparo, establecido en el art. 53.2 CE (6). Para ello se ofrece primero un panorama general de las diversas propuestas que se han sugerido, no sin antes fijar el marco dentro del cual se han de llevar a cabo. Luego el estudio se centra sólo en algunas de éstas —tanto de orden jurisprudencial como normativo—, intentando determinar por cuáles conviene decantarse. Por último, se realiza una sucinta valoración de la propuesta por la que finalmente se ha inclinado el Gobierno de cara a la reforma de la LOTC.

I. MARCO DE LAS REFORMAS

El análisis que aquí se hace toma como dato inicial que existe hoy en el ambiente el consenso político de dejar incólume la Constitución, en lo que a este recurso se refiere. Esto se convierte en premisa de factibilidad de cualquier reforma que se quiera emprender.

Contrariamente a lo esperado ante un planteamiento que parece tan simplificador —el excluir la reforma de la Constitución—, se presentan de entrada las dificultades, porque de la lectura de los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE (7) han surgido diversas interpretaciones sobre puntos capitales (8): el carácter nece-

(6) «Art. 53 CE. 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios 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. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30». Esta norma sirve de marco tanto para el recurso de amparo ordinario, que es llamado también recurso de amparo judicial —en razón de la sede en la que se conoce de éste—, como para el recurso de amparo constitucional, que es el que aquí se estudia y será denominado simplemente *recurso de amparo*.

(7) «Art. 161 CE. 1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: (...) b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca».

(8) Está fuera de discusión, y además no tiene mayor incidencia en las actuales disfunciones de este recurso, lo relativo a la legitimación activa y a los efectos de la sentencia que se señalan en los arts. 162.1.b) CE y 164 CE, respectivamente. Tampoco parece haber controversia sobre el amplio margen de disponibilidad con que cuenta el legislador respecto de la interposición, la tramitación y la resolución del recurso de amparo. Cfr. IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», en ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Tribunal constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, págs. 182 y 199. Sobre la legitimación activa, cfr. también GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, cit., pág. 17.

sario de la existencia misma de este recurso, su naturaleza subsidiaria o alternativa, su ámbito —los derechos protegidos—, su objeto —los actos impugnables—, y el alcance de su función.

Por eso es oportuno, en primer término hacer una referencia a las frases «en su caso» del art. 53.2 CE, y su correlativa «en los casos» del art. 161.1.b) CE, pues son las que han dado pie a una rica labor hermenéutica por parte de la doctrina.

Para algunos «en su caso» indicaría que la *existencia* del recurso de amparo no es de cuño constitucional. Para otros «en su caso» significaría que esta garantía jurisdiccional cualificada es de naturaleza alternativa y que el legislador no sólo *puede* sino que *debe* excluir de su ámbito el art. 24 CE referido a la tutela judicial efectiva. «En su caso», también se ha dicho, daría la posibilidad de excluir algunos *actos* del objeto del amparo. Por último, hay quienes sostienen que «en su caso» se refiere a los *casos* —los supuestos— que entraría a conocer el Tribunal Constitucional a través de esta vía.

El examen de estas interpretaciones, que son precisamente el fundamento de cada una de las propuestas de reforma legal, se hará al compás del estudio de éstas. No obstante, conviene desechar *ad portas* la primera interpretación, pues los intentos de reforma deben partir de un presupuesto fundante: el carácter necesario —desde el punto de vista constitucional— de la existencia del recurso de amparo. Caben, por tanto, unas breves consideraciones sobre ello.

A pesar de que el recurso de amparo es una figura de gran arraigo en la vida jurídica reciente de España y ha sido calificado como «elemento básico dentro del sistema español de justicia constitucional» (9), se ha afirmado que su existencia no es constitucionalmente necesaria (10) porque los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE son una especie de cláusulas amplias a favor del legislador que permitirían incluso la supresión del recurso de amparo. Es evidente que tal afirmación equivale a *desconstitucionalizarlo* (11).

Por el contrario, la doctrina mayoritaria estima que el constituyente no

(9) LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *REDC*, núm. 40, 1994, pág. 34.

(10) Cfr. LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: «Contra el recurso de amparo», *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, pág. 199.

(11) Cfr. PABLO PÉREZ TREMPs: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *Seminario sobre la reforma del recurso de amparo*. Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, Madrid, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponppt.htm, pág. 2.

dejó al legislador en libertad para prescindir de esta garantía, sino —dentro de los límites de la Constitución— para diseñar su configuración (12) mediante lo que hoy conocemos como LOTC (13). En este sentido, el argumento más contundente es el que hace referencia al *iter* de la elaboración de los artículos mencionados: si fue rechazada la enmienda presentada en la Comisión del Senado por el senador Martín-Retortillo, que buscaba suprimir el recurso de amparo, ha de interpretarse que el constituyente quiso establecer esta figura como necesaria (14).

II. PANORAMA GENERAL

Si se tiene presente que el ordenamiento es un todo sistémico y que la tutela subjetiva de los derechos fundamentales es protegida jurisdiccionalmente primero en la vía ordinaria, salvo los casos previstos del art. 42 LOTC (15) o aquellos supuestos de los arts. 43 LOTC (16) y 44 LOTC (17) en los que hay

(12) MANUEL ARAGÓN REYES: «Problemas del recurso de amparo», en *Seminario sobre la reforma del recurso de amparo*, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, Madrid, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-ponmar.htm, pág. 1. Cfr. entre otros, LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *cit.*, pág. 37; IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 185; PABLO PÉREZ TREMPES: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, págs. 2-3; JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO: «El recurso de amparo», en JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO y VICENTE GIMENO SENDRA: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 2.^a ed., 1988, pág. 70.

(13) Ley orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, modificada por las leyes orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000.

(14) Cfr. IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 82 y sigs., en las que se transcribe la intervención del senador.

(15) «Art. 42 LOTC. Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes».

(16) «Art. 43 LOTC. 1. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución...».

(17) «Art. 44 LOTC. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: ...».

imposibilidad de agotarla (18), es lógico que las propuestas para mejorar el funcionamiento del recurso de amparo trasciendan el campo mismo de la configuración que el legislador pueda dar a este recurso en la LOTC. Así se podría afirmar que hay dos grandes tipos de reformas: *ad intra* y *ad extra* de la jurisdicción constitucional. En ambos casos se trata de tareas impostergables, que exigen un trabajo de filigrana legislativa.

Una de las propuestas de reforma *ad extra* es el desarrollo del art. 53.2 CE (19) que, para algunos no pasa necesariamente a través de la creación de *un* procedimiento específico, sino que supone el perfeccionamiento de las vías ordinarias de la jurisdicción ordinaria (20) —quizá unido al despliegue de medidas cautelares y vías incidentales (21)—. Otros, por el contrario, sostienen que el prever *un* procedimiento específico preferente y sumario sí tiene sentido, siempre que no verse sobre las presuntas vulneraciones de garantías procesales (22). También se ha puesto de relieve la necesidad de articular mejor los recursos ordinarios y extraordinarios en sede judicial (23).

Cabe aquí hacer una mención a la reciente propuesta de Fernández Farreres de establecer «un “recurso de amparo judicial” (...) ante una sala especial o *ad hoc* del Tribunal Supremo. Dicho recurso procedería únicamente frente a las vulneraciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión imputables a cualesquiera órganos de los diversos órdenes jurisdiccionales, y sólo cabría una vez agotados todos los recursos útiles de los que, en cada caso, en función del momento en que se haya producido la vulneración, se pueda disponer para la reparación de la misma. La intervención del Ministerio Fiscal sería preceptiva y la demanda de «amparo judicial» podría sujetarse a similares requisitos de admisibilidad previstos en la actualidad para

(18) Cfr. IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 191.

(19) Ese artículo no requiere ni permite un desarrollo a través de ley orgánica. Cfr. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 83.

(20) Cfr. *ibid.*, págs. 98 y 106.

(21) Cfr. IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.* págs. 147 y sigs.; IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes», *REDC*, núm. 43, 1995, págs. 25-49. El Proyecto de Ley modifica el primer párrafo del apartado 1 del art. 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial relativo al incidente de nulidad de actuaciones. Cfr. *infra* nota 183.

(22) IGNACIO BORRAJO INIESTA, IGNACIO DíEZ-PICAZO y GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, BBV/Civitas, Madrid, 1995, pág. 18.

(23) Cfr. PABLO PÉREZ TREMPES: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 11.

el recurso de amparo constitucional. La decisión desestimatoria de la sala del Tribunal Supremo abriría la vía del recurso de amparo constitucional (24).

Pero la reflexión sobre esas posibles iniciativas de reforma *ad extra* excede de las pretensiones de estas páginas (25).

Las propuestas de modificación *ad intra* de la jurisdicción constitucional son de diverso orden: logístico —el mejoramiento de la organización interna del trabajo del Tribunal Constitucional—, asunto que aquí sólo se menciona (26); jurisprudencial —el oportuno y sistemático autocontrol, especialmente en materia de tutela judicial efectiva—, cuyo análisis sirve de pórtico de las consideraciones que se harán; y normativo —las reformas de la LOTC—. Dentro de estas últimas hay un amplio espectro de temas interconectados. Por ejemplo, con el fin de que se enjuicie no sólo la constitucionalidad de la actuación de los jueces sino la constitucionalidad de las leyes que se ven obligados a aplicar, se ha sugerido el perfeccionamiento de las normas relativas a las cuestiones de inconstitucionalidad (27) y el abrir cauce al recurso de amparo contra leyes (28). También, se ha planteado la conveniencia de mejorar y aplicar las técnicas procesales disuasivas dirigidas a los litigantes temerarios o abusivos (29). Además, —como ya se adelantó— se han hecho otras propuestas, que son las que aquí se examinarán: la exclusión del art. 24 CE del ámbito del recurso de amparo; la reducción del objeto impugnado, a

(24) GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, *cit.*, pág. 6.

(25) Sin embargo no está de más señalar que las más urgentes modificaciones parece que han de realizarse en el campo penal, pues a éste pertenecen el 43,94 por 100 de las demandas; el resto corresponde a diversas materias: el 28,48 por 100 a la contencioso-administrativa, el 18,86 por 100 a la civil, el 7,27 por 100 a la del orden social y el 0,75 por 100 a la militar. Cfr. *Memoria de 2004*. Tribunal Constitucional, *cit.* Sobre la necesidad de estas reformas en materia penal, cfr. PABLO PÉREZ TREMPES: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 11.

(26) El Proyecto de Ley incide en un nivel más profundo que el simplemente logístico al habilitar a las Salas para que puedan deferir en las Secciones la resolución del recurso, como se comentará *infra*. Cfr. también el art. 21 del Proyecto de Ley que modifica el art. 52.2 LOTC.

(27) El art. 24 del Proyecto de Ley modifica el trámite de la cuestión interna de constitucionalidad prevista en el art. 55.2 LOTC.

(28) Cfr. IGNACIO BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes», *RAP*, núm. 98, 1982, págs. 167-220; PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Sobre el amparo», *REDC*, núm. 41, 1994, pág. 17.

(29) Cfr. RAFAEL BUSTOS GISBERT: «¿Está agotado el modelo del recurso de amparo diseñado en la Constitución española?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, pág. 288; JAVIER GARCÍA ROCA: *Op. cit.*, subtítulo 2, *in fine*. El art. 38 del Proyecto de Ley modifica el actual art. 95 LOTC, estableciendo que «el Tribunal podrá imponer a quien formulase recursos (...) de amparo, con temeridad o abuso de derecho, una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 euros».

través de la exclusión de los actos u omisiones originados en el Poder Judicial; la reducción de los supuestos de los que el Tribunal entraría a conocer; y la modificación del trámite de admisión.

III. ANÁLISIS SOBRE ALGUNAS PROPUESTAS DE REFORMA AD INTRA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

A. *De orden jurisprudencial: el autocontrol*

1. *En el ámbito de la tutela judicial efectiva*

El art. 24 CE ocupa un lugar destacado en el ordenamiento jurídico español. Sin él no habría en la realidad Estado de Derecho, ni Democracia, y los valores y principios que informan la Constitución serían letra muerta. Además, como se ha visto, es el más invocado en los recursos de amparo. Por eso, la elaboración de la abundantísima y pormenorizada jurisprudencia en esta materia es, sin duda, uno de los aportes más significativos del Tribunal Constitucional a la madurez política y jurídica de España.

a) *Alcance de la jurisprudencia sobre el art. 24 CE*

Conviene aquí sólo señalar con pocos trazos la amplitud de esa doctrina jurisprudencial y los problemas que, como contrapartida, han surgido de su elaboración. En materia de garantías procesales, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre casi todo lo que directa o indirectamente puede desprenderse del texto del art. 24.1 CE: «Ha incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva hasta nueve derechos o «vertientes del derecho» (...): derecho a acceder a la jurisdicción, a acceder a los recursos, a obtener una respuesta judicial (congruente, motivada y fundada en Derecho) sobre las cuestiones de fondo planteadas, a obtener una respuesta no viciada de incongruencia por exceso o por error sobre las cuestiones de fondo, a que las resoluciones judiciales no introduzcan reformas peyorativas, a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, a la intangibilidad de las resoluciones judiciales, a no sufrir indefensión y a la garantía de indemnidad» (30).

(30) CARLES VIVER I PI-SUNYER: «Diagnóstico para una reforma», en *Seminario sobre la reforma del Recurso de amparo*, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, Madrid, 2003 www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-poncvp.htm, pág. 4. Sobre

Ese acervo doctrinal ha sido fruto de una jurisprudencia expansiva, porque este Órgano ha realizado un control exhaustivo de la actividad de la jurisdicción ordinaria: «No existe ningún ámbito, procesal o sustantivo, de la legalidad ordinaria cuya selección, interpretación y aplicación al caso por parte de los órganos judiciales quede excluido por razón de su materia del control constitucional ejercido por la vía del art. 24.1 CE salvo, claro está, que las referidas actividades judiciales afecten a otros derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Desde esta perspectiva cabe afirmar, pues, que el art. 24.1 CE opera en nuestro ordenamiento como una especie de control universal de carácter residual» (31).

Éste es, precisamente, el origen de las dificultades: el punto de fricción entre las jurisdicciones y la causa —en la práctica— del uso y abuso (32) de este artículo en las demandas de amparo constitucional. El problema radica en hacer compatible, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, los arts. 117.1.3 CE (33) y el 123.1 CE (34) y, como consecuencia de ello, el respeto de los arts. 44.1.b) LOTC (35) y 54 LOTC (36). Como hace notar

este art. 24 CE en relación con el recurso de amparo, cfr. entre otros, IGNACIO BORRAJO INIESTA, IGNACIO DÍEZ-PICAZO y GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*; ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Op. cit.*

(31) CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 5.

(32) Cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pág. 52.

(33) «Art. 117 CE. 1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. (...) 3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

(34) «Art. 123 CE. 1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

(35) «Art. 44 LOTC. 1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: (...) b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional».

(36) «Art. 54 LOTC. Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales».

Bustos Gisbert, las previsiones legales en esta materia han fracasado, pues en la realidad para valorar si ha habido lesión a la presunción de inocencia es necesario examinar los hechos; para determinar si una sentencia sobre el fondo está suficiente y razonablemente motivada es necesario que el Tribunal Constitucional conozca esa interpretación y aplicación. Por otro lado, además de no abstenerse de juzgar las sentencias, la práctica de este Tribunal ha sido, en muchos casos, anular las decisiones del órgano *a quem* y declarar firmes las decisiones del juez *a quo* (37).

b) *Necesidad y posibilidad del autocontrol*

La dificultad de separar lo constitucional de lo legal, que se entrelazan a modo de nudo gordiano, y la letra del art. 4 LOTC (38), que faculta al Tribunal para definir su competencia, unido a un loable afán garantista y protector, típico de quienes ejercen la jurisdicción constitucional, produce el riesgo de enfrentar cotidianamente lo que Pérez Tremps señalaba ya hace muchos años: el dilema de «*quis custodiet ipsos custodes?*» (39).

Por eso desde diferentes ámbitos y con matices diversos (40) se ha plan-

(37) Cfr. RAFAEL BUSTOS GISBERT: *Op. cit.*, págs. 279-281. Sobre los efectos devolutivos, cfr. PABLO PÉREZ TREMPs: «La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal», *RVAP*, núm. 39, 1994, págs. 94 y sigs.; IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional al en recurso de amparo», en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia de amparo constitucional*, CEC, Madrid, 1996, págs. 45 y sigs.; LUIS GÓMEZ AMIGO: *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 231 y sigs.

(38) «Art. 4 LOTC. 1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional. 2. El Tribunal Constitucional apreciará, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o de competencia».

(39) Cfr. PABLO PÉREZ TREMPs: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, pág. 272.

(40) PASCUAL SALA SÁNCHEZ: «La delimitación de las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales», *Discurso de apertura del año judicial 1994-1995*, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 35 y sigs.; y JAVIER SALAS HERNÁNDEZ: «El Tribunal Constitucional español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno: sus relaciones con los poderes legislativo, ejecutivo y judicial», *REDC*, núm. 6, 1982, pág. 162; LUIS LÓPEZ GUERRA: «El Tribunal Constitucional y el principio de *stare decisis*», *El Tribunal Constitucional*, IEF, vol. II, Madrid, 1981, pág. 1450; MANUEL ALONSO OLEA: *Las fuentes del Derecho, en especial, del Derecho del Trabajo según la Constitución*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 175-176; FRANCISCO PERA VERDAGUER: «Violación de derechos y libertades por órganos judiciales», en *El Tribunal Constitucional*, IEF, vol. III, Madrid, 1981, pág. 2112 y sigs., referidos por PABLO PÉREZ TREMPs: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial, cit.*, pág. 273.

teado como solución al choque entre las jurisdicciones y al colapso que sufre el Tribunal Constitucional, la necesidad de que éste se autocontrole: que restrinja el ámbito o la incisividad de su actividad, de manera que deje el margen que le corresponde a los tribunales y juzgados y, particularmente, a la supremacía que la Constitución atribuye al Tribunal Supremo en los arts. 123.1 y 117.1.3 (41).

Vale la pena analizar con detenimiento la posición de Viver i Pi-Sunyer, que ofrece una de las más recientes propuestas sobre la posibilidad de realizar este autocontrol (42) y tiene el mérito de reflejar la experiencia recogida desde el seno mismo del Tribunal Constitucional. Este autor se muestra consciente de que «los Tribunales Constitucionales, lejos de constituir ellos mismos una quiebra del clásico dogma de la división de poderes, deben ser el guardián del equilibrio institucional de poderes, sin el cual la libertad no existe» (43).

Viver i Pi-Sunyer parte de la conveniencia de hacer un análisis cuantitativo y cualitativo de los recursos de amparo para determinar el grado de injerencia y duplicidad de la actividad de la jurisdicción constitucional respecto de la ordinaria. Para ello recurre a la determinación de los «cánones de enjuiciamiento utilizados, así como su concreta aplicación en la práctica y, muy especialmente, [del] tipo de control que desde esos cánones lleva a cabo el Tribunal Constitucional sobre los órganos del Poder Judicial» (44).

Viver i Pi-Sunyer y su equipo de trabajo (45) han detectado al menos siete cánones: error material patente, el de no indefensión y el del derecho a la ejecución de las resoluciones; los de falta de congruencia, de motivación, de proporcionalidad; el de arbitrariedad y razonabilidad, y el de legalidad ordinaria.

(41) Artículos *supra* citados, notas 33 y 34. «En línea de principio, tal y como exige el art. 117.3 de la Constitución, todas las facultades inherentes a la potestad de juzgar corresponden en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de tal modo que sólo a ellos atañe la selección de la norma aplicable y su interpretación, la subsunción de los hechos en la norma, la determinación de los hechos y su libre valoración y, en fin, la ejecución de lo juzgado. Así pues, el Tribunal Constitucional de quien se recuerda reiteradamente que no es una «tercera instancia» [STC 53/2000] o una «supercasación» [STC 151/1999], no está llamado *prima facie* a revisar o a sustituir las decisiones que adopten los órganos judiciales al desempeñar tales tareas, por ser, precisamente, definitorias de la función judicial». MANUEL MEDINA GUERRERO: «Artículo 1 LOTC», en JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/BOE, Madrid, 2001, pág. 84.

(42) CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, págs. 1-11.

(43) JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 88.

(44) CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 4.

(45) Sobre su integración y el período de estudio, cfr. *ibid.*, pág. 9, nota 2.

Estos parámetros se aplican en diferentes grados y a través de ellos se realizan controles con diverso nivel de incisividad.

Luego de sopesar que en un trienio ingresaron 14.451 recursos de amparo, de los cuales sólo 225 fueron estimados y 35 afectaban a resoluciones del Tribunal Supremo, hace notar que de entre éstos 121 fueron declarados con lugar a través de un control poco incisivo. Así deja por sentado que la máxima tensión —al menos cuantitativa— no se produce con el Tribunal Supremo, y el máximo control cualitativo se da en un ámbito menos extenso que el del control de baja incisividad (46). Su tesis es que «no existe (...) un problema estructural de articulación de las dos jurisdicciones en el ámbito del amparo (...). No puede, (...) concluirse que el recurso de amparo constitucional está actuando (...) como un recurso de casación o de revisión universal, con duplicación de actividades judiciales; no existe un problema grave en este sentido que justifique la supresión o el cercenamiento del amparo constitucional creando ámbitos de la actividad judicial inmunes al control constitucional» (47).

El autor, con el fin de mejorar la articulación entre ambas jurisdicciones, además de plantear reformas complementarias para solucionar los problemas del recurso de amparo (48), propone un modo concreto para llevar a cabo el autocontrol de este Tribunal: «Podría resultar conveniente que el Tribunal Constitucional no aplicara el canon de legalidad ordinaria, y limitase al máximo la utilización del canon de razonabilidad reforzada y sustituyese el test de razonabilidad jurídica por el de razonabilidad lógica (49) (...). Este es el único modo de hacer compatible el control constitucional de las resoluciones judiciales en el ámbito de los derechos a la tutela judicial efectiva con las premisas constantemente reiteradas en la jurisprudencia constitucional conforme a las cuales el art. 24.1 CE no consagra un derecho al acierto judicial, ni el recur-

(46) Cfr. CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 2.

(47) *Ibid.*, pág. 6.

(48) Sobre reformas en el trámite de admisión, cfr. *ibid.*, págs. 7-9.

(49) El mismo VIVER I PI-SUNYER añade: «Aunque debe aceptarse que la delimitación entre los tests de razonamiento jurídico y razonamiento lógico es sin duda lábil (...). Con todo, si se acepta (...) que forman un *continuum* con zonas grises de compleja delimitación y se conviene que la inclusión de las Sentencias en una de estas categorías es en esencia una cuestión de grado (...), la distinción de estas categorías puede resultar útil a los efectos de valorar las SSTC desde la perspectiva del tipo de control constitucional ejercido, ya que cuanto mayor sea el contenido jurídico de las valoraciones del Tribunal Constitucional mayor será la intensidad de su control sobre la actividad judicial de selección, interpretación y aplicación de las normas procesales y sustantivas, y, por contra, cuanto más ciña esa valoración a los aspectos de lógica común menor será la capacidad de injerencia en la actividad judicial». *Ibid.*, pág. 11.

so de amparo es una última instancia procesal ni constituye un cauce para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación de las normas (SSTC 94/00, 32/01 y 196/01)» (50).

Sin embargo, algunos temen que por la vía del autocontrol de este Tribunal se produzca una *desconstitucionalización* del art. 24 CE (51).

Finalmente, hay un aspecto que atañe no al control mismo sobre la actuación material, el razonamiento o la decisión judicial al seleccionar, interpretar y aplicar —tanto preceptos procesales como sustantivos—, sino a los efectos de la sentencia que resuelve el amparo. Para muchos (52) aquí también ha de funcionar el autocontrol del Tribunal Constitucional otorgando efectos devolutivos a ésta, de tal manera que en sede ordinaria se juzgue y determina lo que allí compete hacer.

2. En el ámbito de la igualdad en la aplicación judicial de la ley

Como se ha visto, el derecho más invocado en los recursos de amparo, después de aquellos que se derivan del art. 24 CE, es el de la igualdad en la aplicación judicial de la ley, que la jurisprudencia, desde los primeros momentos [STC 49/1982] ha entendido implícito en el art. 14 CE. Ello permite hacer algunos comentarios sobre el quehacer del Tribunal Constitucional ante este derecho, subrayando la coincidencia de que ambos artículos comparten la problemática sobre la relación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional. Ciertamente es que en lo que se refiere al art. 14 CE, lo importante es dilucidar los alcances de los recursos que en cada una de ellas se pueden interponer (53). Se trata, por tanto, de un asunto sobre los límites mismos del recur-

(50) *Ibid.*, pág. 7.

(51) «Pero esta apelación a la autocontención del Tribunal no remediaría mucho porque mediante ella lo que el Tribunal no puede (ni debe) hacer es «desconstitucionalizar» derechos fundamentales procesales que ya ha extraído, de manera perfectamente razonable y plausible, de la letra de los dos apartados del art. 24 CE». MANUEL ARAGÓN REYES: *Op. cit.*, pág. 7.

(52) Entre otros, cfr. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS: «Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión», en ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS e IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Tribunal constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pág. 52; JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, pág. 114, quien señala como única excepción los amparos de origen penal; FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.* pág. 57, que se manifiesta en contra de otorgar tales efectos cuando peligre el restablecimiento del ejercicio del derecho.

(53) Quedan al margen de estas líneas la referencia a interesantísimos temas conexos que aquí sólo se pueden otear muy a lo lejos: las relaciones entre ley y justicia; la función del juez y la del legislador; el valor de la jurisprudencia y del precedente; la historicidad del Derecho y la

so de amparo y de los recursos ordinarios y de casación (54). Aquí más que analizar una propuesta de autocontrol se intenta constatar una realidad.

La coexistencia de doctrinas contrapuestas en el seno de este Tribunal sobre la igualdad en la aplicación judicial de la ley torna poco consistente su posición jurisprudencial, tan rigurosa al calibrar si existen o no los presupuestos formales necesarios para considerar el núcleo duro del asunto (55) y, a la vez, tan laxa al momento de comparar el contenido mismo de las sentencias; pues para resolver si existe la vulneración del derecho —paradójicamente— se limita a aplicar los arts. 24.1 CE y 9.3 CE (56). En definitiva, la práctica de este Órgano ha convertido el art. 24.1 CE en parámetro único para referirse a una posible lesión del art. 14 CE (57), por entender que lo contrario sería salirse de su competencia y desnaturalizar el recurso de amparo (58) [STC

igualdad; la igualdad, la legalidad y la seguridad. Sobre algunos de estos temas, cfr. ANDRÉS OLLERO TASSARA: «Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial», *Cuadernos y debates*, núm. 19, CEC, Madrid, 1989.

(54) Para una comprensión sobre los límites de los recursos de la jurisdicción ordinaria para la protección del derecho de igualdad en la aplicación judicial de la ley, cfr. JESÚS MERCADER UGUINA: «El imposible derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley en la doctrina constitucional», en *El proceso laboral. Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique Villa Gil*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, págs. 628 y sigs.

(55) Estos son: la identidad del órgano [STC 306/1993], la idoneidad del término de referencia [STC 1/1990], la naturaleza de la comparación —sólo a nivel de interpretación y aplicación de la ley— [STC 207/1992], la necesaria alteridad en los sujetos [STC 64/2000] y la inexistencia de fundamentación adecuada del cambio de criterio interpretativo [STC 100/1988]. Sobre estos criterios, cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS y FERNANDO REY MARTÍNEZ: «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional», *La Constitución y la práctica del Derecho*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 255; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: «El artículo 14 de la Constitución en la aplicación de la ley por los tribunales». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, Madrid, 2001, pág. 60; JESÚS MERCADER UGUINA: *Op. cit.*, págs. 591 y sigs.

(56) «Art. 9 CE. 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

(57) Cfr. JESÚS MERCADER UGUINA: *Op. cit.*, págs. 591 y sigs.

(58) Un estudio detallado y que parece ser el fundamento doctrinal de la posición de la jurisprudencia, se encuentra en todos los escritos que sobre el tema ha publicado REQUEJO PAGÉS *v.gr.* cuando afirma: «El respeto a la independencia judicial (...) y el carácter exclusivo con el que la jurisdicción ordinaria ha de ejercer la potestad jurisdiccional del Estado (...), le impiden [al Tribunal Constitucional] considerar siquiera la posibilidad de realizar un examen de las resoluciones judiciales que, incidiendo en el fondo de las mismas, exceda la simple constatación de la presencia o ausencia de una motivación suficiente (...). El principio de igualdad no puede servir para realizar controles de oportunidad sobre la vertiente creativa de las sentencias. Asegu-

90/1993 (59); en el mismo sentido: SSTC 7/1994, 150/2001, 162/2001 entre muchas].

Pero a la vez, parece necesario desechar la hipótesis de que el recurso de casación para la unificación de la doctrina (60) es idóneo para lograr el efectivo respeto de la igualdad en la aplicación judicial de la ley. En efecto, la competencia del Tribunal Supremo no es universal, por lo que un porcentaje de asuntos quedaría al descampado, sin posibilidad de obtener reparación ninguna. Y, además, la casación para la unificación de la doctrina, no tiene como finalidad —de suyo— reparar la lesión del derecho fundamental.

Por otro lado, hay casos en los que sólo cabe un margen de creatividad mínimo por parte del juez. En esos supuestos quizá el Tribunal Constitucional, de modo excepcional, y sólo cuando —como dice Bercovitz— «no exista la posibilidad de recurrir la resolución en vía judicial» (61), se podría hacer uso del canon de razonabilidad jurídica, fundamentado en la *communis opinio* incontrovertida de la que habla Viver i Pi-Sunyer (62). Esto ya no sólo con base en el art. 24.1 CE —del que procede una obligación genérica a la motivación—, sino tomando en consideración el contenido específico del art. 14 CE, cuyo respeto implicaría la necesidad una motivación cualificada. De esta manera sería posible evitar esa coexistencia de doctrinas (63), esa dicotomía jurisprudencial que ha llevado, de una parte, a establecer los «criterios forma-

rada la constitucionalidad del criterio de oportunidad, la selección de los criterios deseables entre los constitucionalmente posibles sólo puede corresponder al órgano jurisdiccional ordinario en el que la difuminada organización judicial encuentra su unidad de poder: el Tribunal Supremo». JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS: «Jurisprudencia, precedente y jurisprudencia», *REDC*, Madrid, núm. 29, 1990, pág. 227.

(59) Dice la sentencia: «*No es competencia de este Tribunal proceder a la unificación, en términos de legalidad ordinaria, de la doctrina que se estime más correcta, ni mucho menos puede zanjarse la cuestión, con un automatismo carente de sentido, en favor de la Sentencia anterior en el tiempo. Sólo en el caso, pues, de que se constate un tratamiento arbitrario que quiebre de manera selectiva la aplicación de una línea doctrinal uniforme, anterior y posterior, cabría apreciar una vulneración del artículo 14 CE que justifique el otorgamiento del amparo constitucional*». La cursiva no es del original.

(60) Sobre la necesidad de este recurso, cfr. PASCUAL SALA SÁNCHEZ: «El principio de igualdad en la aplicación judicial del derecho», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXXIV, Madrid, 1995, págs. 7-22.

(61) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO: *Op. cit.*, pág. 77.

(62) CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 6.

(63) Sobre esta dicotomía en la posición de la jurisprudencia constitucional, cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «La igualdad en la aplicación de la ley», en *La vinculación del Juez a la Ley*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 1, 1997, pág. 156.

les» para cribar los asuntos en los que invoca el art. 14 CE en su dimensión de aplicación judicial de la ley; y de otra, a restringir y —de algún modo— desdibujar, cuando se examina la motivación de las sentencias, el alcance propio de ese derecho.

Sin duda, el respeto efectivo al art. 14 CE es un problema casi insoluble. No obstante, en orden a lo que aquí interesa, de lo anterior se puede concluir que por vía jurisprudencial, a fuerza de un autocontrol —o de una no siempre conveniente autoinhibición—, el Tribunal Constitucional ha intentado de un modo drástico reducir uno de los cauces por el que le viene el mayor flujo de demandas. Y quizá lo ha logrado —aunque no de modo significativo—, pues los datos de los últimos años reflejan la merma del número de recursos en los que se invoca ese derecho, manifestándose así el efecto disuasorio de una jurisprudencia más restrictiva (64).

B. *De orden normativo*

1. *Relativas al ámbito del recurso de amparo: la exclusión del art. 24 CE*

Con el fin eliminar el colapso del Tribunal Constitucional y las dificultades de articulación entre las jurisdicciones, se ha propuesto la exclusión del art. 24 CE del ámbito de protección del recurso de amparo. Los argumentos son de diversa índole. Como se ha advertido, aquí se estudiará exclusivamente la posibilidad, desde el punto de vista constitucional, de llevar a cabo esa propuesta (65).

Muchos autores afirman que no cabe tal exclusión (66). Por el contrario, a

(64) En los últimos años, el porcentaje de estos asuntos sobre el total de amparo varió así: 23,66 por 100 en el 2000; 22,70 por 100 en el 2001; 21,36 por 100 en el 2002; 15,41 por 100 en el 2003 y 15,43 por 100 en el 2004. Es oportuno señalar que en ese mismo lustro el porcentaje de los recursos en los que se invoca el art. 24 CE ha sido constante, oscilando entre un 85,27 y un 83,48 por 100. Cfr. Memoria del Tribunal Constitucional, de esos años, *cit.*

(65) Lo que no significa que no sean atendibles otro tipo de argumentos: por ejemplo, el que anota Rubio Llorente al sustentar la conveniencia de tal exclusión en «la conciencia [y la experiencia] de que son derechos «instrumentalizados» al servicio de otros derechos nada fundamentales y frecuentemente en contra de derechos ajenos, para demorar su realización». FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 58; y también el que señala Carmona Cuenca en contra de la exclusión: «Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva también está incluido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por lo que podría producirse la paradoja de que llegase ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos un recurso por violación de este derecho fundamental sobre el que no habría tenido ocasión de pronunciarse nuestro Tribunal Constitucional». ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA: «El recurso de amparo constitucional y la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva. Apuntes para una reforma», en *Seminario sobre*

favor de esa tesis, Rubio Llorente aduce: «Si la intención explícita de los constituyentes al aprobar el inciso incluido en el art. 53.2 [y en su correlato 161.1.b)] no ha impedido que el legislador configurase el recurso de amparo de un modo incompatible con la concepción a la que esa intención respondía, mucho menos podrá acudir a la *voluntas legislatoris (rectius, constituentis)* para sostener que no puede el legislador seleccionar, dentro del elenco de los derechos “protegibles”, cuáles han de ser efectivamente los protegidos por el recurso de amparo. Incluso cabría argüir que, dado el significado que los autores de la norma daban al famoso inciso [«en su caso], se deduce de él una especie de mandato implícito al legislador para excluir del amparo los derechos fundamentales de naturaleza procesal. Las decisiones judiciales no pueden ser nunca objeto, por definición, de un recurso de amparo “alternativo” (...) y en consecuencia, no tiene sentido proteger mediante este recurso la aplicación de leyes procesales, reservada a los tribunales de justicia» (67).

Para calibrar el acierto de esa tesis, en la que está implicado el origen constitucional de la subsidiariedad de este recurso, es decisiva la interpretación que se haga de los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE (68). Y por eso es pertinente remon-

la reforma del recurso de amparo, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, Madrid, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-comecc.htm, pág. 2; o el que afirma que tal exclusión supondría trasladar el problema al Poder Judicial y sin asegurar el respeto de los derechos derivados de ese artículo, cfr. RAFAEL BUSTOS GISBERT: *Op. cit.*, pág. 283, y ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: «Artículo 50 LOTC», en JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., pág. 832.

(66) Entre otros, IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», cit., págs. 184 y sigs. y pág. 199; IGNACIO BORRAJO INIESTA, IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ y GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *Op. cit.*, pág. 17; GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional: comentarios al Título III de la LOTC*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 13-14, *Prólogo* de Francisco Tomás y Valiente.

(67) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», cit., pág. 35. La cursiva no es del autor. A favor de esa exclusión, PASCUAL SALA SÁNCHEZ: «La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales», cit., pág. 36; FERNANDO JIMÉNEZ CONDE: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia, Universidad de Murcia, núm. 2, 1990, págs. 192 y sigs.; JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS: «El recurso de amparo judicial», en JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ (dir.): *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativo*, CGPJ (col. *Cuadernos de derecho judicial*), Madrid, 1994, pág. 334, y JUAN MUÑOZ CAMPOS: «Recurso de amparo frente a resoluciones judiciales. ¿Ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal Supremo?», *La Ley*, núm. 639, 1983, pág. 1239.

(68) Sobre las opiniones en torno al significado de la frase «en su caso» y del origen de la subsidiariedad, cfr. también el reciente texto de GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, cit., págs. 13-17.

tarse a los trabajos de las Cortes Constituyentes, aún a sabiendas de lo que afirma Díez-Picazo Giménez: «La principal conclusión que a mi juicio debe ser establecida en este punto es que los datos que se derivan de la lectura de los trabajos parlamentarios no aportan elementos concluyentes para la interpretación del precepto» (69).

Los hitos sobresalientes de la redacción de los artículos sobre el recurso de amparo se pueden resumir diciendo que en un inicio fue rechazada la enmienda presentada en la Comisión Mixta Congreso-Senado por el senador Angulo Montes. En ella solicitaba que la protección del Tribunal Constitucional fuera alternativa (70). Sin embargo, en el Pleno del Senado fue acogida otra enmienda que, con el fin de evitar conflictos entre ambas jurisdicciones, pretendía la inclusión del giro «en su caso» (71).

Como bien apunta Pérez Sánchez, no es la aceptación de esa enmienda en sí misma lo que lleva a interpretar que el recurso de amparo fue diseñado por el constituyente como alternativo, sino «el hecho de que en el art. 161.1 b) se eliminase la expresión *cuando hubiese sido desestimada la reclamación ante los otros tribunales*, (...) y se redactase el actual *en los casos y formas que la ley establezca*» (72). Por eso, ante esa modificación, se podría concluir que en los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE se estableció la naturaleza alternativa del recurso de amparo. No obstante, aún a la luz del proceso de su elaboración, no se puede deducir, en rigor, un sentido unívoco de estos artículos.

(69) IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 89. En el mismo sentido, cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 35.

(70) Sus palabras fueron: «... que sea el propio ciudadano que se presume lesionado, según las circunstancias de cada caso, según la naturaleza del agravio que le mueve a solicitar el amparo, quien decida acudir al procedimiento sumario ante la jurisdicción ordinaria o que, por la mayor trascendencia o más acusada condición política del caso, lleve su derecho presumiblemente lesionado al Tribunal Constitucional». IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 86.

(71) La intención de la propuesta, según las palabras del senador, era evitar «la conflictividad presumiblemente derivable de la identidad de materias de dos jurisdicciones que debe mantenerse como corresponde a su distinta naturaleza: judicial y ordinaria la una, constitucional y política la otra, perfectamente diferenciadas» y «evitar que se desnaturalice por exceso de competencias e incluso... por excesos de casos a resolver la importante función que corresponderá al Tribunal Constitucional». FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 34.

(72) GERARDO PÉREZ SÁNCHEZ: «Recurso de amparo y derecho a la tutela judicial efectiva», en *Seminario sobre la reforma del recurso de amparo*, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, Madrid, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-comgps.htm, pág. 7, nota 26.

En esta línea Albertí Rovira advierte que «la caracterización subsidiaria del recurso de amparo cabe, en efecto, en el marco que diseña la Constitución, cuya expresión «*en su caso*» del art. 53.2 puede entenderse en el sentido que permite una configuración alternativa, al igual que otra subsidiaria, sin exigir imperativamente ninguna de las dos. «En su caso» otorga el poder de decisión al legislador» (73). Y el legislador se ha decantado por la subsidiariedad, pero no para toda clase de asuntos. Por eso dice Díez-Picazo Giménez que «la subsidiariedad no sólo no es una exigencia constitucional, sino que como opción legislativa se da sólo en ciertos casos aunque sean la mayoría» (74).

El mismo Rubio Llorente, quien fue el Secretario General del Congreso en las Cortes Constituyentes, a pesar de mantener la tesis arriba apuntada, señala que «puede buscarse apoyo para esta concepción «subsidiaria» del amparo (...) en el art. 123.1. CE. Si hay al menos una materia (...) respecto de la que el Tribunal Supremo no es «superior», ha de ser porque las decisiones que respecto de ella adopte pueden ser revisadas por otro Tribunal (...). El recurso de amparo [estaría] concebido en consecuencia no como una vía alternativa a la judicial, sino superpuesta a ella» (75).

Coincide con ello parcialmente Jiménez Campo, quien estima que el fundamento constitucional de la subsidiariedad formal no está en los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE sino en el art. 123.1 CE —que impide el modelo alternativo— y en el art. 24.1 CE —que excluye el amparo constitucional «necesario» como sucedáneo del derecho a la tutela judicial— (76). Y la materia a la que se refiere el art. 123.1 CE, según Díez-Picazo Giménez, «no puede ser otra que la protegida por el recurso de amparo, única común al poder judicial y a la jurisdicción constitucional, y de la que sería paradójico excluir aquellos derechos fundamentales sólo lesionables en virtud de violaciones que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial (art. 44.1 LOTC)» (77). Sobre eso sólo es oportuno adelantar que ciertamente sería paradójico, pero a tenor de los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE sería posible.

Entonces, es el art. 123.1 CE el que inclina la balanza hacia la subsidia-

(73) ENOCH ALBERTÍ ROVIRA: «El recurso de amparo constitucional: ¿una revisión pendiente?», en *Seminario sobre la reforma del recurso de amparo. Instituto de Derecho Público Comparado*, Universidad Carlos III, Madrid, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp-poner.htm, pág. 6.

(74) IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 191.

(75) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 34.

(76) Cfr. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, pág. 115.

(77) IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 188.

riedad. Ese artículo y la equívocidad de aquéllos —los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE—, quizá fue lo que dio pie al legislador para diseñar este recurso como subsidiario en algunos de los supuestos.

Ahora bien, incluso si se afirmase que la subsidiariedad es de cuño constitucional, no parece que de ésta proceda en directo la imposibilidad de excluir derechos susceptibles de protección (78), porque también podrían ser susceptibles de amparo constitucional esos u otros derechos enunciados en el art. 53.2 CE en un sistema alternativo. No es de «en su caso» de donde se deriva el ámbito del recurso de amparo, sino de la referencia expresa que ese mismo artículo hace: «podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo» y a «la objeción de conciencia reconocida en el art. 30».

A esto se debe añadir que en el art. 161.1.b) CE se utilizan tres conceptos: el *ámbito* protegido, cuya determinación la hace esa misma norma por remisión expresa a los derechos enumerados en el art. 53.2 CE; los *casos* en los que se puede recurrir y *las formas*: respecto a estos dos extremos se hace una remisión a la ley. De manera que se está ante tres realidades diferentes con dos remisiones distintas. Si los derechos protegidos son los establecidos en el art. 53.2 CE, y los casos y las formas los establecerá la ley, querer afectar con la remisión a la ley el ámbito protegido es olvidarse de la remisión expresa del art. 161.1.b) CE a una norma del mismo orden constitucional. Tampoco tiene sentido sostener que cuando el art. 161.1.b) CE remite a la ley la determinación de «los casos» que pueden ser recurridos se está refiriendo al ámbito, porque sería como afirmar que en el art. 161.1.b) CE hay, respecto de un mismo concepto y para efectos de su concreción, dos remisiones a sitios distintos: una, a un artículo de la Constitución y otra, a lo que indique la ley. La remisión a ésta que hace el art. 161.1.b) CE no afecta al ámbito protegido: lo afecta sólo aquélla que hace al art. 53.2 CE (79).

Este art. 53.2 CE otorga, respecto de una serie de derechos contenidos en los arts. 14 CE al 29 CE, una protección ante los tribunales ordinarios por medio de un procedimiento preferente y sumario. También indica que podrá acudir al Tribunal Constitucional en el caso del art. 30.2 CE. Entonces, si la Constitución expresamente amplía el ámbito de los derechos recurribles en amparo constitucional a ese artículo, en el supuesto de que hubiese querido quitar alguno también lo habría hecho expresamente. Además, defender que por ley se puede, sin límite alguno, determinar cuáles son los derechos recu-

(78) Cfr. GERARDO PÉREZ SÁNCHEZ: *Op. cit.*, pág. 9.

(79) Cfr. *ibid.*, pág. 4.

ribles por esta vía, supone mantener que el legislador podría excluir, si quisiese, incluso el propio art. 30.2 CE, lo cual no parece que pueda sostenerse (80).

Para confirmar lo dicho, y sin entrar en mayores disquisiciones lingüísticas, no está de más hacer un breve análisis sintáctico del texto del art. 53.2 CE. Éste comienza enunciando los sujetos —«cualquier ciudadano»—; seguido de la forma verbal compuesta —«podrá recabar»—; luego el objeto directo —«la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo»—; después el complemento circunstancial de lugar —«ante los Tribunales ordinarios»—; luego el complemento circunstancial de modo —«por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad»—. Inmediatamente, sigue una frase aclaratoria, separada de la precedente por una coma, que dice «y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» y parece referirse al complemento circunstancial de lugar, no al objeto directo. Es decir, se refiere a *dónde* se puede recabar esa tutela, no a *qué* es lo que se puede recabar. Es más, se pudo haber redactado siguiendo el mismo compás de la frase anterior, esto es: el complemento circunstancial de lugar seguido del complemento circunstancial de modo, así: «y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo». Finalmente, y para abundar más en esta consideración gramatical en apariencia anodina, pero que puede arrojar luz, conviene destacar que el redactor, luego de un punto y seguido —que indica que la aclaración tiene de suyo una cierta independencia—, dice: «Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30». Esta nueva frase tiene una construcción distinta y amplía el objeto directo que, para lo que aquí interesa, es el ámbito del recurso de amparo.

Al menos desde el punto de vista gramatical, no parece lógico que el redactor habiendo utilizado una oración distinta para ampliar el objeto directo, quisiera dar a entender, a la vez, con base en la frase, que no es sino un complemento circunstancial de modo —«en su caso»—, que ese objeto directo —el ámbito de derechos protegidos— podría ser variado por el legislador.

Jiménez Campo aduce la imposibilidad de exclusión del art. 24 CE, argu-

(80) *Ibid.* En este sentido también, cfr. IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, págs. 184 y sigs.; GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional: comentarios al Título III de la LOTC*, *cit.*, págs. 13-14; JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, págs. 112-113; MANUEL ARAGÓN REYES: *Op. cit.*, pág. 8; PABLO PÉREZ TREMPs: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 2. En sentido contrario, cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 35.

mentando que el art. 53.2 CE no admite distinción legal de derechos constitucionales y que el art. 123.1 CE al decir «garantías constitucionales» lo hace en sentido genérico, incluyendo también a los derechos no amparables, de lo que se deduciría que —con mayor razón— no cabe excluir ni sustraer de tal supremacía los derechos derivados del art. 24 CE. Sus palabras son: «La superioridad de la jurisdicción constitucional sobre la ordinaria (art. 123.1 CE) ha de serlo en relación a todas las «garantías constitucionales». Esta referencia del precepto citado incorpora, creo, una remisión implícita al art. 53.2 CE, aunque seguramente no a él sólo (...). La decisión legislativa que abriera o cerrara el recurso, a discreción, para unos u otros de los derechos que cita el art. 53.2 CE introduciría entre ellos, de modo objetivo, una ordenación de «valor» que la Constitución no consiente» (81).

Aquí es oportuno un comentario. Una cosa es que no quepa sustraer de la jurisdicción del Tribunal Constitucional el art. 24 CE en razón de su supremacía interpretativa y otra que deba ejercerla necesariamente a través del recurso de amparo. En éste podría tener su competencia restringida, como de hecho el constituyente se la restringió a unos derechos: aquéllos que refiere el art. 53.2 CE. De modo que existe una imposibilidad constitucional de excluir derechos del ámbito del recurso de amparo por lo dispuesto en los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE, pero ésta no se deriva de suyo del art. 123.1 CE. Lo que sucede es que a tenor de ese artículo tal exclusión no sería conveniente, porque se rompe la lógica del sistema (82); pero sería posible porque la supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional no se da sólo respecto de los derechos amparables contemplados por el art. 53.2 CE, que no son —materialmente— los únicos derechos fundamentales. En efecto, esto es así, pero tal afirmación requiere ser explicada.

Téngase presente que, por la naturaleza misma de las cosas (83), aunque también en algunos supuestos por un afán garantista en exceso, el Tribunal Constitucional se ha visto en la necesidad de ampliar el ámbito del recurso de amparo, precisamente porque, si cabe utilizar la expresión, *no son todos los que están ni están todos los que son*.

Como se sabe, la jurisprudencia constitucional ha ido precisando el alcance material de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC —que es su réplica a nivel legal—. En algunos casos ha excluido artículos, aun a sabiendas que son parte

(81) Cfr. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, pág. 112.

(82) Cfr. IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, págs. 188 y 193.

(83) Cfr. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, pág. 86, que no habla de *la naturaleza de las cosas*, sino de la necesidad de guardar *la unidad sistémica del ordenamiento*.

de los señalados por la Constitución y la LOTC (84). Así ha excluido el art. 25.2 CE (85) [STC 28/1988], que consagra una directriz para el legislador; el art. 16.3 CE (86) [STC 93/1983], que contiene un deber dirigido al poder público. Del art. 27 CE (87) ha excluido: el apartado 3, que otorga un derecho prestacional; el apartado 4, que impone un deber fundamental; el apartado 8, que atribuye competencias al poder público; incluso el apartado 9, lo ha considerado sólo como un mandato al legislador que no supone un derecho subjetivo a la prestación pública [por todas, STC 86/1985] (88).

Por otro lado, según dispone el art. 10.2 CE (89), la labor hermenéutica en materia de derechos fundamentales ha de realizarse a la luz de los instrumentos internacionales y de la doctrina emanada de los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccional que los interpretan: particular importancia reviste la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (90). En la práctica

(84) Sobre esto, el mismo Jiménez Campo señala que hay artículos citados en el art. 53.2 CE que no contienen derechos subjetivos sino que son normas de derecho fundamental, que por tanto no son dignas protección a través del recurso de amparo. Cfr. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, pág. 85.

(85) «Art. 25 CE. (...) 2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

(86) «Art. 16 CE. (...) 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

(87) «Art. 27 CE. (...) 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. (...) 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca».

(88) PABLO PÉREZ TREMPES: «Artículo 41 LOTC», en JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., pág. 636, quien refiere a JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO: «Los derechos invocables en el recurso de amparo», en MIGUEL ÁNGEL GARCÍA HERRERA (dir.): *El Constitucionalismo en la crisis del Estado Social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, págs. 53 y sigs., y LUIS GÓMEZ AMIGO: *Op. cit.*, págs. 42 y sigs.

(89) «Art. 10 CE. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España».

(90) Sobre la naturaleza y alcance de este precepto, cfr. ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ: *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos: el art. 10.2*

este art. 10.2 CE ha servido para la definición constitucional del contenido de derechos fundamentales (91) y para incluir, dentro de los derechos susceptibles de ser protegidos a través del recurso de amparo, a algunos derechos que sin estar dentro de la Constitución, son conexos con derechos que sí están en el elenco del art. 53.2 CE. Se trata de derechos constitucionales de «contenido legal», esto es, determinable por la ley, cuyo contenido ha sido precisado bajo la vinculación a esos tratados o convenios (92).

Otros derechos han sido incluidos por conexión, ya no con base en el art. 10.2 CE, sino bajo el prisma de que se trata de concreciones de algún derecho fundamental (93). En otros supuestos el Tribunal Constitucional ha ampliado el ámbito del derecho fundamental extendiéndolo a instituciones conexas, estimando que son manifestaciones típicas de éste y están recogidas en la Constitución (94), o ha integrado principios constitucionales (95) al art. 24 CE.

Ante la realidad descrita en estos párrafos, que manifiesta que el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de su supremacía hermenéutica, ha delimitado

de la Constitución española, CGPJ, Madrid, 1998; CARLOS RUIZ MIGUEL: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997; LORENZO MARTÍN-RETORTILLO: *Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la del Tribunal Constitucional*, Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, CGPJ, Madrid, 1995; FRANCESC DE CARRERAS: «Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución», *REDC*, Madrid, núm. 60, 2000.

(91) Cfr. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, págs. 68 y sigs. «El concepto de dilaciones debidas o la libertad de expresión, son simples ejemplos, aunque significativos de ello». PABLO PÉREZ TREMPES: «Artículo 41 LOTC», *cit.*, pág. 640.

(92) «Esto ha sucedido, por ejemplo, con el derecho a la revisión de las sentencias penales condenatorias, conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva acudiendo al artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [STC 42/1982]; con el derecho a ser asistido gratuitamente por intérprete, también incluido en el artículo 24 de la Constitución, mediando el apoyo del artículo 6.3.e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del art. 14.3.f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [STC 181/1994], (...) con la determinación de las garantías procesales de los procesos de extradición [STC 147/1999]». PABLO PÉREZ TREMPES: «Artículo 41 LOTC», *cit.*, pág. 640.

(93) «Por ejemplo, las diversas manifestaciones del derecho de asociación (art. 22 CE) que, por su relevancia, se encuentran recogidas expresamente en el Título Preliminar: partidos políticos (art. 3 CE), sindicatos y organizaciones empresariales (art. 7 CE) [STC 85/1986]». PABLO PÉREZ TREMPES: «Artículo 41 LOTC», *cit.*, pág. 643.

(94) En ese sentido, el derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37 CE), respecto del derecho a la libertad sindical (art. 28 CE) [STC 107/2000]. Cfr. *ibid.*

(95) Ejemplo de ello es el principio de gratuidad de la justicia (art. 119 CE), el principio *traditio sine lege* (art. 13.3 CE) respecto de los procedimientos de extradición [STC 141/1998]. Cfr. *ibid.*

incluso el ámbito mismo del recurso de amparo, queda aún más patente la inconveniencia de la exclusión del art. 24 CE, pues si este Órgano *ha podido lo más* conviene que pueda *lo menos*. Es decir, si este Tribunal ha determinado el alcance material del art. 53.2 CE, en lo que respecta a cuáles son los derechos fundamentales protegidos por las garantías jurisdiccionales —ordinaria y cualificada—, y ello en la práctica supone perfilar su propia competencia, conviene que esa labor interpretativa se extienda también a las garantías procesales establecidas en ese art. 24 CE. Ya se entiende que la materia sobre la que versa este artículo, no se podría calificar, en sentido estricto, de *lo menos*. Pero ciertamente se puede sostener que el art. 53.2 CE, al establecer esas garantías jurisdiccionales y al fijarles su ámbito, se refiere más al campo del derecho sustantivo; en cambio, el contenido propio del art. 24 CE es el alcance, las características e incluso el modo de hacer valer unos derechos y éste de suyo pertenece al campo del derecho adjetivo, y vincula de manera particular a quienes ejercen la jurisdicción ordinaria.

Es oportuno subrayar que no se habla aquí en sentido peyorativo del art. 24 CE, porque en orden a la eficacia de los derechos fundamentales existe una íntima interdependencia entre ambos planos. Es más, la conveniencia de no restar del ámbito de los derechos amparables el art. 24 CE tiene su fundamento, precisamente, en el afán de dar consistencia y unidad al ordenamiento en materia de tan capital importancia. Como afirma Pérez Tremps, «el efecto [de la exclusión del art. 24 CE] sería fracturar la interpretación constitucional de los derechos procesales respecto de la de los demás derechos, rompiendo un sistema coherente y cerrado. Por otra parte, (...) llevaría a que la interpretación de este precepto, (...) se diversificaría dando lugar a la aparición en materia de garantías procesales de «cinco tribunales constitucionales supremos»: las distintas Salas del Tribunal Supremo» (96). Y Aragón Reyes agrega que «el amparo basado en la vulneración del art. 24 de la Constitución es, si no la única vía, sí la más eficaz para imponer la vinculación de todos los jueces y tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional y para asegurar el propio «status» que este órgano disfruta en nuestro ordenamiento» (97).

Se puede concluir hasta el momento que el art. 123.1 CE es quizá la clave del razonamiento de quienes se oponen a tal exclusión e incluso de quienes —como Rubio Llorente— lo ven posible pero no conveniente (98). Pero nótese que es una razón de conveniencia, no de imposibilidad constitucional radi-

(96) PABLO PÉREZ TREMPs: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 10.

(97) MANUEL ARAGÓN REYES: *Op. cit.*, pág. 7.

(98) FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 57.

cada en ese artículo porque, en el caso de que se realice tal exclusión, la supremacía hermenéutica se daría, aunque sólo respecto del control de la ley, no de su aplicación. En ese sentido, queda claro que tal supremacía quedaría seriamente lesionada y la posibilidad del Tribunal de incidir en la determinación del contenido de los derechos sería mucho menor, pero no inexistente.

Las razones aducidas por Jiménez Campo, quien señala que esa supremacía interpretativa que vincula al Poder Judicial no es sólo «de la Constitución» sino en materia de las garantías constitucionales y de todas ellas —no únicamente a través del recurso de amparo (99)—, son las mismas que sirven para llegar a una conclusión contraria a la que él afirma. Según ese autor, como se ha visto, el art. 123.1 CE no admite la exclusión del art. 24 CE. Aquí se afirma que la supremacía hermenéutica no exige, en puridad, que el Tribunal debe, a través del recurso de amparo, conocer de los asuntos relativos a la tutela judicial efectiva. Y esto es así porque el Tribunal Constitucional como supremo intérprete, sin duda, debe poder interpretar el contenido de cualquier derecho fundamental y, en este sentido, es no sólo intérprete supremo sino universal, pero esa labor hermenéutica no tiene porqué darse siempre por la vía del recurso de amparo.

Lo que aquí se ha dicho sobre el art. 24 CE se puede predicar, en términos generales, del art. 14 CE que reconoce el derecho a la igualdad en su dimensión de aplicación judicial de la ley. Si bien no existe una propuesta de modificación normativa para excluir ese derecho del ámbito del recurso de amparo, la jurisprudencia restrictiva del Tribunal Constitucional respecto de éste, como se ha visto, ha producido una merma en el número de recursos de amparos en los que tal derecho es invocado.

2. *Relativa al origen y naturaleza del objeto impugnado: la exclusión de los actos judiciales*

También con miras a reducir el número de recurso de amparo y la excesiva injerencia del Tribunal Constitucional en la actividad del Poder Judicial, se ha planteado excluir del objeto impugnado del recurso de amparo los actos u omisiones de este Poder que, en el ejercicio de la función jurisdiccional, lesionen derechos fundamentales contenidos en el art. 53.2 CE (100).

(99) Cfr., FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, págs. 57 y 108.

(100) La Constitución no se refiere expresamente al Poder Judicial en cuanto potencial infractor de los derechos y libertades susceptibles de recurso de amparo, pero el que esto sea así no choca con el espíritu de ésta, sobre todo si se tiene presente lo establecido en el art. 53.1 CE

En principio, los derechos susceptibles de ser lesionados en ese ámbito son los derivados del art. 24 CE —y el art. 14 CE en su dimensión de aplicación judicial— (101), por eso la exclusión de esos actos tendría efectos similares a la exclusión de ese artículo del ámbito de derechos susceptibles de ser invocados en amparo constitucional. Se ha de hacer hincapié en que se trata de efectos similares, no idénticos: porque al excluir esos actos «se excluiría también del recurso de amparo el control indirecto (102) de las lesiones procedentes de particulares» (103).

Se ha dicho que por razón del principio de supremacía hermenéutica en materia de derechos fundamentales que informa la actividad del Tribunal Constitucional y de su función de control del Poder Judicial, no cabe concluir que los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE den pie para que el legislador realice exclusión alguna (104). Sin embargo, según el análisis hecho sobre los arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE, el legislador no tiene libertad para disponer del ámbito del recurso de amparo —los derechos invocables—, en cambio sí la tiene en relación con el objeto —los actos impugnables— porque simple y sencillamente éstos no regulan ese aspecto y, por tanto, este extremo no es de

citado y por el art. 9.1 CE: «1. (...) los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Además, con el reenvío del art. 161.1.b) CE se da carta abierta a cualquier opción que el legislador hubiese elegido, y ésta quedó plasmada en el art. 44.1 LOTC ya citado.

(101) Sin embargo, el art. 44 LOTC no hace distinción entre derechos sustantivos y garantías procesales, por eso tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han dado por supuesto que el radio de acción de este artículo es omnicompreensivo. Cfr. JOAQUÍN GARCÍA MURCIA: «Artículo 44 LOTC», en JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., pág. 702. En el mismo sentido, cfr. FAUSTINO CORDÓN MORENO: *El proceso de amparo constitucional*, La Ley/Marcial Pons, Madrid, 2.ª ed., 1992, pág. 146.

(102) La Constitución no se pronuncia sobre la legitimación pasiva de los particulares en el recurso de amparo constitucional. No obstante, la jurisprudencia con base en el art. 9.1 CE («Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico») considera que los derechos fundamentales y libertades públicas tienen una eficacia directa en las relaciones entre particulares, pues poseen un carácter *erga omnes* y, por tanto, su tutela en sede constitucional cabe cuando el órgano judicial ordinario ha consentido —por acción u omisión— con la lesión que un particular ha ocasionado a otro. [STC 18/1984]. Sobre el tema, cfr. JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEC, Madrid, 1997.

(103) PABLO PÉREZ TREMPES: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», cit., pág. 11.

(104) Cfr. MANUEL ARAGÓN REYES: *Op. cit.*, pág. 8. En sentido contrario, cfr. PABLO PÉREZ TREMPES: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», cit., pág. 3.

reserva constitucional sino legal. Esos artículos hablan de derechos, no de actos. Y el hecho de que dentro de esos artículos esté el art. 24 CE no es óbice para aseverar lo anterior. Además, como no es claro que la subsidiariedad sea de origen constitucional, esos artículos permiten la exclusión. De hecho, como se dijo, no está prevista tal subsidiariedad en unos supuestos —los del art. 42 LOTC y algunos contemplados en los arts. 43 y 44 LOTC—.

Pero como la normativa constitucional referida al recurso de amparo no la conforman sólo esos dos arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE, de nuevo es preciso, acudir al art. 123.1 CE, que es el que marca la pauta; y éste sí que no permite la exclusión, porque no se entiende una supremacía hermenéutica de la que se sustraigan los actos de aquél sobre el que se es supremo en materia de garantías constitucionales. Es decir, el Tribunal Constitucional ejerce su supremacía tanto al interpretar una ley, como al controlar la aplicación de la ley: por ello no deja de ser supremo en materia de garantías constitucionales porque no interprete la aplicación de determinados derechos —los que no están citados en el art. 53.2 CE—. En cambio, si hay un único proceso en el que puede controlar la aplicación de la ley, y respecto de éste se le sustrae la competencia de conocer los actos del agente natural de esa aplicación, es decir, del Poder Judicial, la consecuencia es que se vacía de contenido la supremacía hermenéutica que la Constitución le atribuye en el art. 123.1 CE. Una vez más se tendría que afirmar que la supremacía quedaría seriamente lesionada, pues —como se ha dicho— la posibilidad del Tribunal de incidir en la determinación del contenido de los derechos sería mucho menor, casi ínfima. Ahora bien, precisar si se está ante una verdadera imposibilidad jurídica o ante una inconveniencia sustancial de la exclusión de estos actos es quizá cuestión de matiz, pero todo parece indicar que se trata de un límite insalvable.

3. *Relativa a la extensión de la competencia del Tribunal Constitucional: la reducción de los supuestos*

Al ser los efectos de la exclusión del art. 24 CE similares a los de la exclusión de los actos del Poder Judicial en el ejercicio de su función jurisdiccional, se le aplica a ésta los mismos argumentos de conveniencia —en este caso, de inconveniencia que se predicán de aquélla—. Además, como se ha visto, hay una imposibilidad constitucional, aunque por razones diversas en cada caso, de que el legislador realice tales exclusiones. Sin embargo, tanto en lo que se refiere a los derechos como a los actos, sí cabe la reducción de los supuestos de los que puede conocer el Tribunal Constitucional.

Las palabras de Jiménez Campo sirven de marco para lo que aquí se dirá:

«El inciso “en su caso”, como el de signo análogo que se contiene en el art. 161.1.b) CE, deja en manos del legislador orgánico, más bien, la determinación de todo lo no definido en este art. 53.2 CE. No me refiero, claro está, a la obvia necesidad de una disciplina procesal del recurso, a la que alude el art. 165 CE. Me refiero a una intervención legislativa mucho más penetrante y decisiva, a la que corresponde fijar los «casos» en los que, quizá violado uno de estos derechos, pueda impetrarse el amparo constitucional en su defensa» (105).

En efecto, así como el Tribunal Supremo no conoce de todos los casos y esto no le resta nada a su supremacía, del mismo modo el Tribunal Constitucional es supremo en materia de garantías constitucionales, aunque no pudiese, por ley orgánica, conocer todos los casos en los que se ventilen asuntos relativos a ellas. Díez-Picazo Giménez dice en este sentido que «la superioridad del Tribunal Supremo no impone el acceso al mismo de todos los pleitos y causas (...). La plena justiciabilidad de los derechos fundamentales la aseguran conjuntamente el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios. La Constitución no impone una plena justiciabilidad ante el Tribunal Constitucional de todo acto vulnerador de derechos fundamentales, es decir, no existe un derecho al amparo constitucional. Ahora bien, lo que sucede es que el ámbito de lo que puede llegar o no llegar al Tribunal Constitucional no puede hacerse sobre la base de excluir de raíz determinados derechos fundamentales o el conjunto de actos de uno de los poderes del Estado» (106).

El mismo argumento —la necesidad de preservar la naturaleza sistémica del ordenamiento— utilizado para afirmar que se rompería la lógica del todo si se excluye una parte de las garantías constitucionales, a saber, los derechos derivados del art. 24 CE o los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, es el mismo que —paradójicamente— se podría esgrimir aquí a favor de la necesidad de la reducción de los supuestos. Así es: en sentido estricto, no hay ninguna *imposibilidad* jurídica, para que el Tribunal tenga no sólo una supremacía jurisdiccional en materia de garantías constitucionales, sino una competencia universal; pero tal opción presenta una *inconveniencia fáctica* de entidad, y el legislador ha de tenerla en cuenta. De manera que no es que el Tribunal Constitucional no *pueda* ser competente de conocer *todos* los casos en los que se invoca la lesión de derechos fundamentales amparables, sino que al hacerlo pone en juego la *viabilidad* del sistema, tal como los hechos lo demuestran. Por eso se diría que más que una grave inconveniencia para la preservación de

(105) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, pág. 108.

(106) IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 198.

la naturaleza sistémica del ordenamiento es un asunto de supervivencia del sistema mismo.

Entonces sí, como se viene diciendo, dentro del actual marco constitucional, aunque con fundamento diverso, no cabe exclusión de derechos ni de actos, por el contrario, parece correcto señalar que sí procede la reducción de los supuestos de los que el Tribunal Constitucional es competente para conocer (107). Éste es el órgano jurisdiccional supremo en materia de garantías constitucionales: pero lo que es suprema —y universal— es su jurisdicción en razón de la materia, no su competencia. Al menos, no tiene por qué ser universal —y de hecho hoy no lo es (108)—.

Y todo esto se ha de tener presente en la lectura del siguiente apartado.

4. *Relativa al trámite de admisión: objetivar el recurso de amparo*

Se ha advertido la inadecuada interpretación jurisprudencial del art. 50.1 LOTC (109), especialmente, en lo que se refiere a su inciso *c*), que parece confundir el concepto de *contenido constitucional* con el de *contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional*: es decir, el de la existencia de una lesión de un derecho funda-

(107) Por eso, sin entrar a valorar la propuesta de Fernández Ferrares en lo que se refiere al establecimiento del recurso de amparo judicial ante una Sala *ad hoc* del Tribunal Supremo, pues se trata —como ya se ha dicho— de una modificación *ad extra* de la jurisdicción constitucional que excede el objeto de este estudio, es lo cierto que la propuesta de ese autor respecto a la concomitante adición de un nuevo requisito de carácter automático y reglado para el acceso al recurso de amparo por vulneraciones del art. 24.1 CE —la decisión desestimatoria del recurso de amparo judicial ante esa Sala *ad hoc*— es *constitucionalmente* posible porque el Tribunal Constitucional no tiene por qué poseer una competencia universal en materia de garantías constitucionales. Para una explicación y justificación de la propuesta, cfr. GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, cit., págs. 5, 36-42.

(108) No hay, por ejemplo, amparos contra leyes.

(109) «Art. 50 LOTC *Modificado por la Ley Orgánica 6/1988*. 1. La Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos: *a*) Que la demanda incumpla de manera manifiesta e insubsanable alguno de los requisitos contenidos en los artículos 41 a 46 o concurra en la misma el caso al que se refiere el art. 4.2. *b*) Que la demanda se deduzca respecto de derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional. *c*) Que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional. *d*) Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias».

mental con el de su relevancia. Este inciso, con su redacción actual introducida por la reforma de 1988 (110), es aplicado por el Tribunal Constitucional siempre que «*ictu oculi*, pueda apreciarse que no ha habido violación del derecho invocado en su contenido constitucionalmente declarado, bien porque pueda entenderse que no se ha producido la vulneración que se alega, bien porque se trate de una cuestión de mera legalidad, que no afecte al contenido constitucionalmente declarado del derecho en cuestión» (111).

El ATC 248/1994, que inadmitió un asunto en razón de la escasa entidad de la vulneración del derecho fundamental, es —junto con el ATC 182/1997— la excepción de esta línea jurisprudencial. Esta excepción se convertiría en regla si la causa del art. 50.1.c) LOTC se utilizara teniendo presente todo lo que ella da de sí. Aún así, ese inciso es del que con más frecuencia se sirve el Tribunal para inadmitir las demandas de amparo constitucional. Lo que sucede es que, bajo ella se rechazan asuntos que cabrían bajo la causal contemplada en el art. 50.1.d) (112).

Albertí Rovira alega que actualmente se da un *certiorari* (113) encubierto, pues ante «el altísimo número de recursos inadmitidos a trámite, la gran mayoría por aplicación de la causa prevista en el art. 50.1.c) LOTC, (...) uno se inclina a pensar que se produce, de hecho, una selección de casos» (114). Y el mismo autor aclara que tal selección se da porque las causales previstas en los distintos incisos de ese artículo han sido descompuestas, por la vía de la interpretación, en multitud de subcausas que no se encuentran suficientemente fijadas y consolidadas, y que son de muy difícil conocimiento entre los miles de autos y providencias de inadmisión que se dictan cada año, pues no son motivadas —en sentido estricto— ni se publican (115). Viver i Pi-Sunyer le da la

(110) Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio del Tribunal Constitucional. Para una crítica de esta reforma, cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», *REDA*, núm. 60, 1988, págs. 526 y sigs. y del mismo autor, «El recurso de amparo», *cit.*, págs. 43-44.

(111) ENOCH ALBERTÍ ROVIRA: *Op. cit.*, pág. 12; cfr. GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional: comentarios al Título III de la LOTC*, *cit.*, págs. 276 y sigs.

(112) Cfr. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS: «Hacia la objetivación del amparo constitucional» (Comentario al Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 19 de septiembre de 1994), *REDC*, núm. 42, 1994, págs. 153 y sigs.

(113) Sobre el *writ of certiorari*, cfr. MARIAM AHUMADA RUIZ: «*El certiorari*. Ejercicio discrecional de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *REDC* núm. 41, 1994, págs. 89 y sigs.

(114) ENOCH ALBERTÍ ROVIRA: *Op. cit.*, pág. 12.

(115) Cfr. *ibid.*, pág. 20, nota 37. Sobre el particular, Viver i Pi-Sunyer hace una interesante acotación: «Los recurrentes (...) aun conociéndola [esa doctrina] deciden agotar esta vía, para

razón: «Lo que [se] hace es simplemente un juicio *a limine*, un pre-juicio, sobre la viabilidad de los recursos planteados, es decir, sobre las posibilidades de ser estimado en sentencia» (116).

Surgen así los argumentos para justificar la conveniencia de una reforma legal que procure una «habilitación expresa para operar de este modo; y (...) el establecimiento de los criterios según los cuales se realiza la selección de los casos» (117), de manera que además se evite «un perfil doctrinal todavía más reiterativo y de baja calidad de las sentencias dictadas en amparo» (118).

Para muchos (119), en principio, esas modificaciones se podrían hacer con la actual normativa. Pero como el viraje jurisprudencial que se reclama es muy marcado, incluso quienes hace unos años afirmaban que bastaba para objetivar el recurso de amparo con dotar de contenido autónomo a cada una de los incisos del art. 50.1 LOTC, hoy ven la reforma legal como la única vía eficaz (120).

a) Posibilidad constitucional de la reforma

En primer lugar, es preciso destacar que el punto focal de la discusión no es si en el recurso de amparo debe primar en exclusiva la dimensión subjetiva (121)

poder recurrir ante otras instancias o por otros motivos más o menos confesables. Esto explica (...) la reiteración y escaso relieve doctrinal y práctico de un porcentaje muy elevado de sentencias de amparo: el Tribunal Constitucional admite y dicta sentencia respecto de casos en los que ha otorgado el amparo en supuestos similares». CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 8.

(116) *Ibid.*, pág. 13.

(117) ENOCH ALBERTÍ ROVIRA: *Op. cit.*, pág. 13.

(118) CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 8.

(119) Cfr. PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Sobre el amparo», *cit.*, pág. 19; JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS: «Hacia la objetivación del amparo constitucional», *cit.*, pág. 155; ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: *Op. cit.*, pág. 830; RAFAEL BUSTOS GISBERT: *Op. cit.*, pág. 281; MANUEL ARAGÓN REYES: *Op. cit.*, pág. 8; PABLO PÉREZ TREMPES: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 9.

(120) JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS: «Hacia la objetivación del amparo constitucional», *cit.*, págs. 153 y sigs., especialmente, pág. 161 *in fine*; y cfr. del mismo autor, «Introducción», en JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *cit.*, pág. 53.

(121) He aquí una síntesis con fundamento normativo respecto a la consustancial dimensión subjetiva de recurso de amparo: Es «un mecanismo de protección de situaciones subjetivas. Su finalidad, en efecto, es recabar la tutela de los derechos y libertades» (art. 53 CE) frente a su «violación» [art. 161.1.b) CE] y, por tanto, proteger «a todos los ciudadanos... frente a las violaciones de los derechos y libertades» (art. 41.2 LOTC), pudiéndose hacer valer sólo «las pretensiones... dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades» (art. 41.3 LOTC)». PABLO

o la objetiva (122). Es pacíficamente admitido por la jurisprudencia [desde la misma STC 1/1981] y la doctrina que las dos están presentes en la configuración de éste: «Ambas dimensiones (...) están íntimamente unidas y sólo son concebibles desde su recíproca interdependencia» (123). Como apunta Albertí Rovira, «la cuestión (...) no reside en el reconocimiento de esta doble dimensión del amparo constitucional, sino en la proporción que se otorgue a cada una de ellas» (124).

Los argumentos para fundamentar la posibilidad constitucional —y la conveniencia— de modificar el trámite de admisión favoreciendo la dimensión objetiva del recurso de amparo están concatenados. Se intenta aquí sólo hacer un elenco de los más significativos:

1. *Inexistencia del derecho al amparo*. No existe un derecho al amparo sino al acceso a la jurisdicción ordinaria (125): «El garante de los derechos fundamentales (...) es ante todo el juez ordinario (...) a través del procedimiento previsto en la Constitución. En la medida en que, funcionalmente, la justicia constitucional es jurisdicción de los derechos fundamentales, nuestra justicia constitucional no responde a un modelo concentrado, sino difuso. Por otra parte, (...) la justicia constitucional difusa de derechos fundamentales es, con arreglo a la Constitución, la única necesaria (...) El recurso de amparo es (...) subsidiario (...) y eventual» (126).

2. *Naturaleza procesal del recurso de amparo*. El recurso de amparo no es propiamente un recurso —continuación del proceso principal— sino un proceso sustantivo e independiente, pero con un régimen impugnatorio excepcional, extraordinario y supremo (127).

PÉREZ TREMP: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 5. Sobre esta consustancial dimensión subjetiva, cfr. LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2003, págs. 88-91, citado por GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, *cit.*, pág. 19. Cfr. también *ibid.*, págs. 19 y sigs.

(122) «Sólo a través [del recurso de amparo] puede realizarse la labor de concreción de los derechos fundamentales y la unificación de la doctrina sobre ellos. [Así] cumple el Tribunal Constitucional con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales [que] (...) ni podría realizarla el Tribunal Supremo, (...) ni se ejercería plenamente sólo a través de los procesos de inconstitucionalidad de la ley». MANUEL ARAGÓN REYES: *Op. cit.*, pág. 2.

(123) PABLO PÉREZ TREMP: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 6.

(124) ENOCH ALBERTÍ ROVIRA: *Op. cit.*, pág. 2.

(125) En el mismo sentido, cfr. IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, pág. 198.

(126) PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Sobre el amparo», *cit.*, pág. 12.

(127) Cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 40.

3. *Función insustituible del Tribunal Constitucional.* Este Órgano es insustituible en su función de supremo intérprete de la Constitución (128) —no así en la tutela subjetiva de los derechos fundamentales—; además las decisiones sobre estos asuntos «sí tienen una trascendencia constitucional indiscutible» (129).

4. *Ámbito del ejercicio de la supremacía interpretativa y protección sobre los derechos fundamentales.* Éstas no sólo se ejercen a través del recurso de amparo: «La protección de los derechos fundamentales tienen lugar tanto a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando se proyecta sobre normas de rango legal, como a través del recurso de amparo cuando la protección se impetra frente a otros tipos de actos de los poderes públicos» (130), con lo cual, el reducir los supuestos en los que el Tribunal Constitucional pueda conocer a través de este recurso, no lesiona su supremacía, pues no es lo mismo *supremo* intérprete constitucional que *universal* —y *supremo*, claro está— intérprete constitucional.

5. *Posibilidad de reducción de competencias del Tribunal Constitucional.* Como se ha dicho en el epígrafe anterior, con independencia del origen de la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, lo cierto es que el Tribunal puede ver reducida su competencia respecto de los actos impugnables y sus condiciones de impugnación. Es decir, tanto si se considera que el recurso de amparo está diseñado en el plano constitucional como alternativo o, por el contrario, aún partiendo de que la subsidiariedad es de cuño constitucional, y que además no cabe reducción del ámbito de los derechos amparables ni de los actos susceptibles de impugnación, se puede sostener que el legislador está constitucionalmente facultado para limitar los «casos»

(128) El Tribunal Constitucional «(...) ha de concentrarse en la resolución de las grandes cuestiones, que afectan a las directrices generales del ordenamiento y, en particular, a la efectividad de los valores constitucionales, en nuestro caso de los derechos fundamentales: las *verfassungsrechtlichen Fragen* que necesitan una “clarificación” para hacerlas más efectivas, las *substantial constitutional questions*, en cuya profundización progresiva y más intensa la Constitución se hace, en efecto, viva y operante». Por eso, concluye que «(...) impuesto con la primacía de su posición el nuevo criterio como un criterio efectivo en la actuación posterior judicial, el Tribunal Constitucional no tendría por qué perder tiempo en insistir de nuevo en casos idénticos». EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1984, págs. 158-159, citado por GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma, cit.*, pág. 18. Éste es precisamente el espíritu que informa el Proyecto de Ley que *infra* se analizará.

(129) ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: *Op. cit.*, pág. 831.

(130) PEDRO CRUZ VILLALÓN: «Las tareas del Tribunal Constitucional», en *Memoria de 1999*, Tribunal Constitucional, www.tribunalconstitucional.es, pág. 2.

[arts. 53.2 CE y 161.1.b) CE] en los que amerite, a través de este recurso, la intervención del Tribunal Constitucional (131).

6. *Posibilidad de modulaciones en la intensidad de la aplicación de algunos aspectos de la tutela judicial efectiva.* Algunos aspectos del art. 24 CE admiten modulaciones en la intensidad de su aplicación —en los recursos y procesos de instancias superiores—, especialmente cuando se trata del Tribunal Constitucional, que no es —en sentido estricto— el destinatario de ese artículo, pues la Constitución habla de «jueces y tribunales» como refiriéndose de modo particular a la jurisdicción ordinaria (132).

7. *Finalidad esencial de recurso de amparo.* Ésta no es el control de los órganos judiciales —al menos, no ahora, tras más de cinco lustros de acopio de jurisprudencia constitucional—. Además, en el origen de muchas lesiones atribuidas a los jueces se encuentran normas con visos de inconstitucionalidad. Por eso se requiere «menos amparo frente al juez, más amparo frente al legislador» (133).

8. *Necesidad de intervención del legislador.* Los fallos estructurales que muchas veces están en la base de una lesión a un derecho procesal han de ser resueltos por el legislador (134). Dejar al legislador hacer su tarea es también respetar el principio de separación de poderes.

Algunas de las objeciones a esa tesis se podrían referir en apretada síntesis así: si se privilegia la dimensión objetiva se desnaturalizaría el recurso de amparo, pues el Tribunal Constitucional no ejercería la tutela subjetiva universal de los derechos fundamentales amparables y renunciaría al control que debe ejercer sobre el Poder Judicial. Además, tal medida es contraproducente para la dimensión objetiva misma, por la interconexión con la dimensión subjetiva. Finalmente, si se deja al Tribunal Constitucional un amplio margen de discrecionalidad, la selección de casos provoca incertidumbre (135).

(131) Cfr. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Op. cit.*, págs. 115, 108 y 113; también, MANUEL CARRASCO DURÁN: «El concepto constitucional de recurso de amparo: Examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo», *REDC*, núm. 63, 2001, pág. 90.

(132) Cfr. MANUEL CARRASCO DURÁN: *Op. cit.*, págs. 102-103.

(133) PEDRO CRUZ VILLALÓN: «El recurso de amparo constitucional, I. El juez y el legislador», en *Los procesos constitucionales, Cuadernos y Debates*, CEC, Madrid, 1992, pág. 117, y cfr. ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: *Op. cit.*, pág. 831.

(134) Cfr. ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: *Op. cit.*, pág. 831.

(135) Las principales críticas se encuentran muy bien articuladas en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *cit.*, págs. 9-37; y para un análisis de los argumentos a favor y en contra, también en el contexto alemán, cfr. PABLO LÓPEZ PIETSCH: «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la

Respecto de esto último sólo cabe, de paso, apuntar que ciertamente este Tribunal tendría ese amplio margen que se señala, pero eso es parte de la dinámica actual de un *Estado Constitucional de Derecho*. A aquél, con tal de que resuelva diciendo la última palabra —la última para ese caso (136)—, se le ha de otorgar un mayor campo de maniobra, no sólo para el momento en que deba dictar la sentencia, sino ya antes: en la fase de admisión. Es éste un tema con mucha enjundia, imposible de afrontar aquí, pero —haciendo una superficial retrospectiva— se puede decir que primero vino la autonomía soberana del legislador —típica de la Ilustración—; después la discrecionalidad de la administración —necesaria en un Estado de Derecho—, y la actual parece ser la hora del juez, sobre todo, del juez constitucional. Es evidente que, de modo concomitante, el sistema mismo exige, o al menos hace vislumbrar, la necesidad imperiosa de que ni la autonomía, ni la discrecionalidad, ni este amplio margen de maniobra del juez sean absolutos, sino que tengan —en aparente paradoja— como punto de referencia lo meta-iuspositivo.

b) *Propuestas de reforma legal*

La idea de adoptar un sistema como el *writ of certiorari* (137) en sentido puro ha encontrado objeciones (138): se aduce sobre todo que es una figura

Comisión Benda y el debate español», *REDC*, núm. 53, 1998, págs. 115-151. Además, cfr. MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN: «El recurso de amparo constitucional. Naturaleza jurídica, características actuales y crisis», *Cuadernos y Debates*, núm. 3, CEC, Madrid, 1987, págs. 32, 78 y sigs.; y respecto de su innecesariedad y probable ineficacia: IGNACIO DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ: «El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo», *cit.*, págs. 203 y sigs.

(136) En efecto, su propia jurisprudencia no le vincula porque, como dijo Jiménez Campo, «el Tribunal Constitucional dice siempre la última palabra, pero no por última vez». Conferencia: JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: «Constitución y Tribunal Constitucional», en *Aula de Derecho Parlamentario, II Jornadas: 25 años de la Constitución Española*, Pamplona, 13 y 14 de noviembre de 2003, Parlamento de Navarra/Universidad de Navarra.

(137) Sin embargo, se ha sostenido que el marco legal —no el cultural— está preparado: «La doctrina del Tribunal Constitucional vincula (de manera análoga al precedente del Tribunal Supremo norteamericano) a todos los jueces y tribunales (art. 5.1 LOPJ) en coherencia con el carácter de supremo intérprete de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley que el Tribunal Constitucional tiene (art. 417 LOPJ). En España existe, pues, el precedente constitucional, por ello (...) el no seguimiento por la jurisdicción ordinaria de la doctrina del Tribunal Constitucional puede fundamentar la interposición de un recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE». MANUEL ARAGÓN REYES: *Op. cit.*, pág. 12.

(138) Cfr. FRANCISCO RUBIO LLORENTE: «Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa», en FRANCISCO RUBIO LLORENTE y JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, *cit.*, pág. 169.

ajena a la tradición continental europea. Por eso lo que tiene mayor acogida es la propuesta de adoptar medidas similares a las de las reformas legales en Alemania (139).

La nueva redacción del art. 93.a) de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán dice así: «1. La demanda de amparo requiere ser admitida a trámite. 2. Debe serlo: a) Cuando ostente fundamental relevancia constitucional; b) Cuando sirva a la efectividad de los derechos mencionados en el art. 90.1 [los susceptibles de amparo]; así mismo puede ser admitida cuando al demandante se le ocasione un perjuicio particularmente grave por la denegación de una decisión sobre el fondo».

Es decir, el demandado ha de probar que existe interés objetivo de la cuestión y/o que la gravedad de la lesión amerita que la demanda sea admitida. Estas reformas además incluyen otorgar al Tribunal la potestad de omitir la motivación de las providencias (140).

En relación con esta idea, Viver i Pi-Sunyer anota: «La propuesta de una admisión «en positivo», en la que se impusiera al recurrente la carga de demostrar la trascendencia doctrinal del amparo pedido o las graves repercusiones que pudieran derivarse de la inadmisión, podría sin duda aligerar este trámite, ya que, entre otras cosas, la inadmisión no requeriría prácticamente respuesta razonada» (141).

Pero respecto de la motivación, se ha dicho que su ausencia en las decisiones de inadmisión choca con la tradición jurídica continental, resulta incoherente con el carácter reglado de la admisión, puede convertirse en obstáculo para fundamentar una demanda ante una instancia supra o internacional y dificulta el sometimiento de la decisión a la crítica doctrinal (142). En este

(139) Cfr. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ÁLVAREZ: «Seleccionar lo importante: la reciente reforma de trámite de admisión de la Verfassungskbeschwerde», *REDC*, núm. 41, 1994, págs. 139-148; PABLO LÓPEZ PIETSCH: *Op. cit.*, págs. 115-151.

(140) Esto es lo que parece establecer el nuevo art. 50.3 del Proyecto de Ley, *infra* citado, nota 166.

(141) CARLES VIVER I PI-SUNYER: *Op. cit.*, pág. 8. Cfr. MANUEL CARRASCO DURÁN: *Op. cit.*, pág. 97; cfr. ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: *Op. cit.*, pág. 832, quien advierte que tal inversión de la carga se justifica al menos en las demandas en las que se invoca la lesión del art. 24 CE. De modo complementario, se ha sugerido «alargar por ley el plazo de ejercicio de la acción de amparo a dos meses para permitir un estudio más sosegado y exigente de los recursos (C. Viver), [...aunque] no en todos los casos si fuera menester por la urgencia del asunto y para no hacer perder al amparo su finalidad». JAVIER GARCÍA ROCA: *Op. cit.*, subtítulo 2.

(142) Cfr. PABLO PÉREZ TREMPES: «La admisión en los procesos constitucionales. Consideraciones de Derecho Comparado», en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1392.

sentido también podría lesionar la legitimación del Tribunal Constitucional en cuanto que ésta «deriva, en buena medida, de las razones que ofrece en sus resoluciones» (143).

A favor de la tesis de no motivar las providencias está la letra misma de la ley en el art. 50.2 LOTC (144), art. 85.2 LOTC (145) *a contrario sensu*, y sobre todo, el art. 86 LOTC (146). Además, se ha aducido que la necesidad de motivar procede del art. 24 CE, que entiende la tutela judicial como actividad propia de los jueces y tribunales, de manera que —aún siendo el Tribunal Constitucional un órgano de naturaleza jurisdiccional— la exigencia de la motivación se aplica a éste de modo distinto (147). Por otra parte, si se motivan existe el riesgo de que sean consideradas como doctrina del Tribunal Constitucional (148). Sin embargo, el argumento de mayor peso es de orden práctico: «no nos movemos en el terreno de lo deseable, sino en el de lo posible» (149) y es que, ciertamente, son las demandas inadmitidas las «que provocan el sobredimensionamiento del número de recursos de este tipo que debe resolver el Tribunal Constitucional» (150).

Con el afán de lograr tal objetivación se ha afirmado que el criterio de relevancia se podría configurar, por ejemplo, como proyección de las reglas del sistema procesal general en el ámbito competencial del Tribunal Constitucional. Así para reducir el objeto del recurso de amparo sin afectar los derechos protegidos ni la tarea de unificación hermenéutica que ha de realizar este Tribunal, se podría establecer que sólo las cuestiones que han llegado a los Tribunales Superiores y al Tribunal Supremo pueden ser revisadas en amparo —salvo, claro está, los amparos interpuestos por la vía del art. 42

(143) ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: *Op. cit.*, pág. 831.

(144) «Art. 50 LOTC. 2. La providencia a que se refiere el apartado anterior, que indicará el supuesto en el que se encuentra el recurso, se notificará al demandante y al Ministerio Fiscal. Contra dicha providencia solamente podrá recurrir el Ministerio Fiscal, en súplica, en el plazo de tres días. El recurso se resolverá mediante auto».

(145) «Art. 85 LOTC. 2. En los supuestos subsanables a que se refiere el artículo 50 de la presente Ley, el Tribunal deberá notificar al recurrente los motivos de inadmisión que hubiere, con objeto de que, dentro del plazo de diez días, pueda subsanar los defectos advertidos».

(146) «Art. 86 LOTC. 1. *Modificado por la Ley Orgánica 6/1988*. La decisión del proceso constitucional se producirá en forma de sentencia. Sin embargo, las decisiones de inadmisión inicial, desistimiento y caducidad adoptarán la forma de auto salvo que la presente Ley disponga expresamente otra forma. Las otras resoluciones adoptarán la forma de auto si son motivadas o de providencia si no lo son, según la índole de su contenido».

(147) Cfr. MANUEL CARRASCO DURÁN: *Op. cit.*, pág. 97.

(148) FRANCISCO RUBIO LORENTE: «El recurso de amparo», *cit.*, pág. 50.

(149) ÁNGEL JOSÉ GÓMEZ-MONTORO: *Op. cit.*, pág. 832.

(150) MANUEL CARRASCO DURÁN: *Op. cit.*, pág. 98.

LOT— (151). No obstante, según algunos, la propuesta tendría sentido reducida sólo a los derechos del art. 24 CE, excluyendo el de acceso a la justicia, y tal vez también para el art. 25 CE. En todo caso, existiría el riesgo de que asuntos con interés constitucional, en razón de la materia, no accedieran a esas instancias supremas y se vieran excluidas de revisión (152).

También bajo la influencia de esas reformas alemanas se ha planteado adoptar unos modelos mixtos. He aquí dos opciones:

La primera consistiría en configurar un régimen diferenciado respecto de la admisión y efectos de la sentencia estimatoria, distinguiendo los recursos de amparo según el origen de la presunta lesión (153). Así los recursos interpuestos frente a vulneraciones de derechos producidas por los órganos del Poder Judicial dentro del proceso, se admitirían sólo cuando tengan relevancia constitucional o un gran interés subjetivo. En estos casos, los efectos de la sentencia estimatoria serían siempre devolutivos. En cambio, los recursos interpuestos frente a los actos extraprocesales —que deberán agotar la vía judicial previa— se admitirían siguiendo el régimen actual.

La segunda opción busca diseñar un régimen diferenciado respecto de la admisión, atendiendo a dos criterios (154): la legitimación activa y el objeto. De manera que la admisión sería discrecional con los sujetos privados y reglada con el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Por su parte, en atención al objeto, sería discrecional para todas o algunas garantías procesales, y reglada para los derechos sustantivos.

Ahora bien, sin duda, lo que sanaría de raíz el colapso que sufre el Tribunal Constitucional es una reforma tendiente a implementar un modelo en la admisión lo más similar posible al del *writ of certiorari*. Y lo cierto es que no parece que haya ningún impedimento normativo a nivel constitucional para

(151) Cfr. PABLO PÉREZ TREMP: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», *cit.*, pág. 11, quien añade: «Como medida complementaria podría articularse la posibilidad excepcional de que el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo pudieran interponer recurso de amparo en asuntos que, a pesar de que la legislación procesal no permita acudir ante el Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo, planteen un interés constitucional muy relevante o entrañen una lesión de derechos patente».

(152) Cfr. JAVIER GARCÍA ROCA: *Op. cit.*, subtítulo 3.3 *in fine*, que menciona quiénes mantienen las diversas posiciones; y GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, *cit.*, 2005, págs. 36-42.

(153) Cfr. ENCARNACIÓN CARMONA CUENCA: *Op. cit.*, págs. 2-4, quien refiere PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA: «El amparo judicial de los derechos fundamentales», en GERARDO RUIZ-RICO RUIZ (ed.): *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ/Universidad de Jaén/Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 145 y sigs.

(154) Cfr. RAFAEL BUSTOS GISBERT: *Op. cit.*, págs. 286-287.

hacerlo. El problema no es de posibilidad constitucional sino de conveniencia y oportunidad. A lo mejor se debería intentar sólo después de valorar la eficacia, por ejemplo, de alguno de los modelos mixtos unido a la reforma que busca la reducción de los supuestos y el respeto —sin solución de continuidad— de las modificaciones jurisprudenciales mencionadas.

Además si para que funcione adecuadamente el recurso de amparo constitucional es de por sí necesario depurar los procedimientos y prácticas del llamado recurso de amparo judicial y los diversos recursos ordinarios (155), ello se torna absolutamente imprescindible para justificar la adopción de un modelo similar al *writ of certiorari*, que ciertamente supondría más que una simple *reforma* del procedimiento de admisión, un cambio en la concepción del recurso de amparo. Esta modificación sería de tanta trascendencia en la vida jurídico-política española como aquélla que produjo la introducción de la figura misma de esta garantía jurisdiccional cualificada. En el caso de que esta significativa mutación del diseño del recurso de amparo se lleve a cabo, se estaría ante un fenómeno más que pondría en evidencia ese lento, y al parecer inexorable, proceso de fusión (156) de tradiciones jurídicas (157) al que Occidente está asistiendo.

IV. COMENTARIOS SOBRE EL RECIENTE PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LA LOTC

Como ya se ha señalado, en estos momentos se está tramitando en las Cortes Generales un Proyecto de Ley de modificación de reforma de la LOTC que, entre otros extremos, introduce cambios relevantes en la actual regulación del recurso de amparo. Este texto pretende una reforma de la LOTC que afronte de manera conjunta las dificultades del Tribunal Constitucional (158). Como se verá recoge muchas de las propuestas hechas por la doctrina que han sido aquí analizadas.

(155) Cfr., entre otros, JAVIER GARCÍA ROCA: *Op. cit.*, subtítulo 3.5.

(156) Cfr., entre otros, LUIS MARTÍ MINGARRO: «Common Law/Derecho Continental: del enfrentamiento a la fusión», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 200, abril/mayo de 1999, pág. 26.

(157) Tradición, no sistemas, porque «la expresión tradición jurídica indica un conjunto de actitudes, profundamente arraigadas e históricamente condicionadas, sobre la naturaleza del derecho, la organización y funcionamiento de un sistema jurídico, y acerca de la manera en que el derecho es o tiene que ser creado, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica (...) pone el sistema jurídico en la perspectiva cultural». VICTORIA ITURRALDE SESMA: *El precedente en el Common Law*, Civitas, 1995, pág. 14.

(158) Cfr. Proyecto de Ley, Exposición de motivos, epígrafe I, *in fine*.

En relación con el recurso de amparo, el Proyecto con el fin de que «resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente revistos para esta institución» (159) da una nueva configuración a éste, particularmente en lo que se refiere al trámite de admisión (160): se varía el procedimiento mismo, se habilita en determinados casos a las Secciones para resolver no sólo la admisión sino la resolución misma del recurso, se modifican los requisitos y la carga probatoria respecto de la admisibilidad de la demanda y, en esa línea parece, darse carta abierta a la ausencia de motivación de las providencias de inadmisión.

Luego de que el art. 48 (161) habilita a las Secciones para conocer de los recursos de amparo, el nuevo artículo 49.1 (162) recoge lo que va a ser el núcleo de esta reforma: exigir que la demanda justifique la especial trascendencia constitucional del recurso, entendida ésta a la luz del art. 50.1.b) (163).

El art. 49.4 (164) es completamente nuevo. En éste se otorga a las Secretarías de Justicia la obligación de advertir al demandante que cuenta con un plazo de diez días, bajo pena de inadmisión, para subsanar cualquiera de los defectos señalados en ese artículo, dentro de los cuales se encuentra, como se ha dicho, la inexistencia de la justificación de la especial trascendencia cons-

(159) Proyecto de Ley, *cit.*, epígrafe III. Determinar si esta propuesta verdaderamente logra esto constituye el nervio de estas líneas.

(160) También se incluyen otras modificaciones relacionadas con el recurso de amparo. Por ejemplo, «una nueva regulación de la cuestión interna de constitucionalidad para los casos en las que la estimación del amparo traiga causa de la aplicación de una ley lesiva de derecho o libertades públicas». *Ibid.* Y, como ya se ha mencionado, también se actualizan las sanciones pecuniarias modificando así el actual art. 95 LOTC. Por último, y no por menos importante, se varía el actual art. 56 LOTC, de manera que se invierte el principio actual al señalar en su inicio: «Art. 56. 1. La interposición del recurso de amparo no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados». Posteriormente regula el incidente de suspensión, las medidas cautelares y resoluciones provisionales, y la fianza que la Sala podrá exigir para responder por daños y perjuicios.

(161) «Art. 48. El conocimiento de los recursos de amparo constitucional corresponde a las Salas del Tribunal Constitucional y, en su caso, a las Secciones».

(162) «Art. 49. 1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso».

(163) *Infra* citado, nota 166.

(164) «Art. 49.4. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso».

titucional del recurso. Tal como está redactado, se diría que corresponde a esas Secretarías comprobar también la existencia de la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso. Pero en atención a la naturaleza de esa instancia, que no es propiamente un órgano de decisión del Tribunal, aunque el texto del Proyecto no lo dice claramente, debe entenderse que este control es sólo formal: a la Secretaría le compete sólo constatar la existencia del *intento* de tal justificación (165), y no el considerar si se trata de una verdadera y adecuada justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso.

El nuevo art. 50 (166) es la pieza clave de este Proyecto. Sin duda, éste ha seguido el esquema del articulado de la actual LOTC, pero tal vez hubiera sido más conveniente que, con depurada técnica legislativa, el art. 49 recogiera de manera pormenorizada todos los requisitos de la demanda y el art. 50 se refiriera estrictamente al procedimiento de admisión a trámite (167).

En este art. 50 se invierte el juicio de admisión: se establece que la inadmisión es la regla, y el recurrente tiene la carga de la prueba de la relevancia

(165) No obstante, en la práctica esto podría no estar exento de problemas, pues podría darse una proliferación de criterios encontrados respecto de cuándo existe tal intento.

(166) «Artículo 50. 1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

2. Cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva, que resolverá mediante providencia.

3. Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, se limitarán a especificar el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna.

4. Cuando en la demanda de amparo concurren uno o varios defectos de naturaleza subsanable, se procederá en la forma prevista en el artículo 49.4; de no producirse la subsanación dentro del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno».

(167) En tal caso, lo contenido en el art. 49.4 correspondería estar al inicio de ese art. 50 o sería un artículo distinto de éste, en el que se haría la aclaración de que la Secretaría es competente sólo para constatar los aspectos meramente formales dentro de los cuales se incluiría la existencia del intento de la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, tal como se ha explicado en líneas anteriores.

constitucional. Los requisitos aquí establecidos marcan las causales que, si se dan juntas, harían que por excepción una demanda sea admitida.

El art. 50.1.b) desglosa lo que ya se enunció en el 49.1 *in fine*. Esto a su vez es el actual 50.1.c) LOTC (168) pero *a contrario sensu* y, al precisar en esta nueva redacción qué se entiende por *contenido que justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional*, elimina toda posibilidad a interpretaciones que desvanezcan su fuerza. Con la frase *atendiendo a la importancia para su interpretación*, de alguna manera se integra lo dispuesto en el actual 50.1.d) LOTC (169) que es eliminado por esta reforma.

Este art. 50.1.b) no sigue al pie de la letra el texto de la ley alemana. Lo que no se incorporó de éste (170) es la referencia a la dimensión subjetiva. Tal referencia es seguramente una de las causas por las que no se ha solucionado el colapso del Tribunal Constitucional Federal (171). Además la ley alemana habla de *efectividad* de los derechos y esta reforma habla de *eficacia de la Constitución*.

De manera que la trascendencia de la que habla este Proyecto no es *ante todo* o *sobre todo* objetiva, sino *exclusivamente* objetiva. No obstante, parece válido preguntarse si cuando ese art. 50.1.b) dice «*para su general eficacia*», se ha de entender que hay un resquicio de la dimensión subjetiva. En principio y siguiendo el espíritu de la reforma, la respuesta tendría que ser negativa, pues se refiere propiamente a la eficacia de la Constitución, pero como en materia de derechos fundamentales ésta tiene necesaria y consustancialmente una dimensión subjetiva, quizás por esta vía cabría admitir casos especiales donde la no reparación flagrante de un derecho significaría dejar a la Constitución sin eficacia.

El art. 50.2 establece que la Sección sólo puede admitir por unanimidad, y la simple mayoría lo inadmite. Eso parece ser una ventaja. Pero la simple mayoría favorable a la admisión aunque no lo admite, deja *viva* la demanda, y se da entonces la oportunidad de ir a la Sala (172). Es el dilema de siempre y de difícil solución: para obtener una criba mejor y proteger al recurrente se hace necesario la intervención de la Sala a modo de una nueva instancia interna, lo que supone inversión de tiempo y recursos.

(168) *Supra* citado, nota 109.

(169) *Ibid.*

(170) «Ley del Tribunal Constitucional Federal. Art. 93.a) 2.b). Asimismo puede ser admitida cuando al demandante se le ocasione perjuicio particularmente grave por la denegación de una decisión sobre el fondo».

(171) Cfr. www.bundesverfassungsgericht.de

(172) Aunque el texto no lo diga, obviamente se entiende que la Sala podrá admitir por mayoría.

El art. 50.3. LOTC (173) es sustituido por el actual art. 50.2. LOTC (174), pero reitera la competencia de las Secciones (175), y agrega lo que ya estaba en el texto actual del art. 50.4 LOTC, cuyo numeral el proyecto suprime: que el auto que resuelva el recurso de súplica no podrá impugnarse. Lo realmente significativo de este nuevo art. 50.3 es lo que añade, pues señala que las providencias de inadmisión *se limitarán* a especificar el requisito incumplido. Así parece señalar que no haría falta que éstas tengan fundamentación alguna, que lo exigido es la especificación del defecto. Si ese artículo se debe entender así, entonces la carga de trabajo del Tribunal podría disminuir considerablemente. Pero, como se sabe, para algunos la ausencia de la correspondiente —aunque breve— fundamentación de esas providencias no es jurídicamente posible porque, por su propia naturaleza y por las exigencias derivadas del art. 24.1 CE, las decisiones de los órganos jurisdiccionales deben fundamentarse (176).

El art. 50.4 es el actual art. 50.5 LOTC, pero ya no hace la remisión del art. 85.2 LOTC (177), que este Proyecto queda completamente modificado, sino al nuevo art. 49.4.

Según la redacción del art. 52.2 (178), se otorga a la Sala la potestad de deferir la resolución del recurso a una de sus Secciones. En relación con este artículo, parece que hay algunos detalles que deberán ser resueltos en el Reglamento (179), sin embargo hay un punto que quizá es oportuno considerar ahora. Este artículo al decir «o señalar día para vista, en su caso, o deliberación y votación», parece que excluye la posibilidad de que se pueda dar una vista ante la Sección. Sin embargo, en el art. 52.3 (180) se dice «en su

(173) «Art. 50 LOTC. 3. Cuando en los supuestos a que alude el apartado primero no hubiere unanimidad, la Sección, previa audiencia del solicitante de amparo y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de diez días, podrá acordar mediante auto la inadmisión del recurso».

(174) *Supra* citado, nota 144.

(175) Según lo establecido en el *supra* citado art. 48 del Proyecto, nota 161.

(176) Sobre ese particular, *supra* III. B. 4. b).

(177) *Supra* citado, nota 145.

(178) «Art. 52.2. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación».

(179) Por ejemplo, conviene determinar qué pasa si el recurso es admitido para su trámite ante la Sección: si se envía a la Sala para que ésta pueda deferir la resolución en esa u otra Sección o si el expediente se queda ahí, mientras la Sala dicte una resolución interlocutoria en la que manifieste que hace uso de su potestad de deferir la resolución del recurso a esa Sección.

(180) «Art. 52.3. La Sala, o en su caso la Sección, pronunciará la sentencia que proceda en el plazo de diez días a partir del día señalado para la vista o deliberación».

caso la Sección» e inmediatamente después establece el plazo a partir del día señalado «para la vista o deliberación». Entonces no queda claro si cabe o no que la Sección señale plazo para la vista: mejor dicho, no queda claro si es posible una vista ante la Sección (181).

En fin, se puede apreciar que en su versión actual hay todavía algunas disposiciones relativas al procedimiento, como las señaladas en los párrafos anteriores, que podrían ser mejoradas o aclaradas para que el sistema opere adecuadamente. Pero en términos generales, en lo que se refiere al recurso de amparo, el Proyecto en Ley es una respuesta bastante radical ante las dificultades del Tribunal Constitucional. En definitiva, es la dimensión objetiva la que priva en orden al éxito de la admisión de la trámite. Ciertamente, la dimensión subjetiva no queda completamente inadvertida, pues para que la demanda sea admitida es preciso alegar la lesión, pero su sola existencia no es determinante, aunque se trate de una lesión (182) de cierta entidad.

En el mismo Proyecto, a través de una nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones (183), se otorga a los órganos de jurisdicción ordinaria más posibilidades para revisar las violaciones de determinados derechos fundamentales que ellos mismos hayan podido cometer en un proceso. Esta vía permitirá que las lesiones de esos derechos puedan ser reparadas por esos órganos sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional.

CONCLUSIÓN

Para dar una salida al actual colapso que sufre este Tribunal y los problemas de articulación entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria, la doctrina ha hecho varias propuestas de reforma. De éstas, son constitucionalmente posibles sólo algunas.

Respecto de aquéllas que se sugieren para el ejercicio mismo de la actividad jurisprudencial, cabría el efectivo autocontrol del Tribunal, realizado de

(181) Ciertamente, si un asunto se difiere a la Sección es porque no tiene trascendencia especial, y en tales casos no parece que tenga sentido la vista. Pero tal como está redactado el art. 52.2 parece que deferir o señalar fecha para la vista son opciones excluyentes.

(182) Cfr. arts. 41.2, 42, 43.1, 44.1.b) y 46.1.a), todos de la LOTC.

(183) El nuevo art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial se leería así: «1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de un recurso ordinario ni extraordinario».

una manera sistemática tanto respecto de la tutela judicial efectiva como de la igualdad en la aplicación judicial de la ley. No obstante, respecto de este último se ha de procurar dictar sentencia teniendo presente la diferencia esencial —y no de grado— que hay entre la motivación cualificada que exige el art. 14 CE y la motivación requerida por el art. 24 CE. También en muchos casos sería oportuno sopesar los efectos nocivos de la práctica indiscriminada de dictar sentencias sin efecto devolutivo. Sólo así se evitarán disfunciones en las relaciones entre ambas jurisdicciones, sin que ello suponga que el Tribunal Constitucional abdique de su papel de supremo intérprete en materia tan delicada como es la de las garantías procesales.

Respecto de las reformas propuestas para modificar la ley, no cabe aquella que consiste en la reducción del ámbito de los derechos susceptibles de ser protegidos a través del recurso de amparo. Concretamente, no cabe excluir de ese ámbito los derechos contenidos en el art. 24 CE, pues los arts. 53.2 CE y 161.1 CE en esto no dejan margen para modificación alguna.

La propuesta de reducción del objeto de este recurso, es decir, de los actos impugnables por esta vía, mediante la exclusión de los actos u omisiones del Poder Judicial en su función jurisdiccional tampoco es válida porque contraría sustancialmente el art. 123.1 CE, limitando su natural alcance. Y además, los efectos de esta exclusión serían similares a los derivados de la exclusión del art. 24 CE del ámbito de los derechos susceptibles de ser protegidos a través de esta garantía constitucional, con el agravante de que supondría excluir también el control indirecto de las lesiones procedentes de particulares.

En cambio, parecen reformas normativas *constitucionalmente* posibles, viables y complementarias —entre sí y respecto de las de orden jurisprudencial— las siguientes: Por un lado, la reducción de los supuestos susceptibles de ser conocidos por el Tribunal Constitucional a través de la vía del amparo; y por otro, la modificación del trámite de admisión —tanto si se trata de la adopción de un modelo que proyecte las reglas del sistema procesal general en el ámbito competencial de este Órgano o de modelos mixtos, como si se incorpora un modelo similar al *writ of certiorari*—. Lo anterior encuentra su fundamento en que no todo asunto debe —de modo necesario— ser conocido por este Tribunal y ello no desdice del papel clave que tiene el recurso de amparo dentro de las garantías constitucionales. Se trata más bien de un asunto de elemental prudencia legislativa que toma en cuenta las limitaciones que se dan en cualquier sistema jurídico. No es por tanto un problema de «injusticia» sino de imposibilidad. Dicho de otro modo, el legislador y el jurisprudente están llamados, cada uno dentro de su específico cometido, a hacer *posible* la justicia. En ello está en juego también la misma legitimación material del Tribunal Constitucional y de todo el sistema jurídico-político.

Detrás de las propuestas consideradas aquí como válidas, late el principio de subsidiariedad que, aún en el supuesto de que no fuera de cuño constitucional, hoy debe ser comprendido en toda su profundidad y llevado hasta sus límites. Así, dejando de lado el diseño y la práctica actuales de este recurso, que *institucionaliza* la obligación imposible de hacer frente al volumen de demandas de amparo, y en el que el Tribunal Constitucional a veces ha perdido la medida en el control de la tutela judicial efectiva, se logrará que ambas jurisdicciones se articulen sobre un gozne de buen metal: aquél en el que «dar a cada uno lo suyo» sea posible.

En relación con el Proyecto de Ley para modificar la LOTC, por ahora en estudio, se podría afirmar que éste propone un modelo que puede ser eficaz de cara a la eliminación del colapso que sufre el Tribunal Constitucional. En primer término, la valiosa aunque insuficiente variación introducida al art. 241.1 LOPJ tendrá un efecto beneficioso, porque acentuará la subsidiariedad. Pero de manera particular, el cambio en las reglas de juego, especialmente en lo que se refiere a la inversión del juicio de admisibilidad, la precisión sobre qué se entiende por especial trascendencia constitucional, y las modificaciones introducidas respecto a la suspensión de los efectos del acto, seguramente harán disminuir las demandas temerarias, y aligerará la carga de trabajo del Tribunal, sobre todo si se interpreta que el Proyecto autoriza la total ausencia de fundamentación de las providencias de inadmisión, siendo suficiente la precisa especificación del defecto. Pero lo que no es tan evidente es que esta nueva configuración sea *constitucionalmente* posible en lo que se refiere su núcleo mismo: la exigencia de la especial trascendencia constitucional, entendida desde el más riguroso prisma objetivo, como condición *sine qua non* para la admisibilidad del recurso. La propuesta minimiza al extremo, casi se podría decir que amputa, la consustancial dimensión subjetiva del recurso de amparo prevista en la Constitución.

RESUMEN

Sólo algunas de las modificaciones del recurso de amparo propuestas por la doctrina son *constitucionalmente* posibles: el autocontrol jurisprudencial respecto de los arts. 24.1 CE y 14 CE, la reducción de los supuestos que pueden ser conocidos mediante este recurso, y la modificación del trámite de admisión. Esto porque no cabe la exclusión de derechos del ámbito del recurso ni la reducción de su objeto y porque, en materia de garantías constitucionales, el Tribunal Constitucional tiene una jurisdicción suprema, pero no una competencia universal. El núcleo del reciente Proyecto de Ley que modifica la LOTC consiste en exigir la especial trascendencia constitucional,

como condición para la admisibilidad del recurso. Esta propuesta podría eliminar el colapso del Tribunal, pero no es evidente que tal medida sea *constitucionalmente* posible.

PALABRAS CLAVE: Garantías constitucionales, recurso de amparo español, propuestas de reforma constitucionalmente posibles, proyecto de ley de modificación de LOTC.

ABSTRACT

Only some of the changes to the appeal for protection of constitutional rights proposed by the doctrine are *constitutionally* possible: jurisprudential self-control regarding articles 24.1 CE and 14 CE, reduction of known assumptions through this appeal, and changes in the admission procedure. This results from the fact that the exclusion of the rights within the scope of the appeal or the reduction of its object are not applicable and because, from a constitutional rights perspective, the Constitutional Court has supreme jurisdiction, but not universal competence. The core of the recent Bill modifying the LOTC consists in demanding special constitutional transcendence as a condition for the admission of the appeal. This proposal could eliminate the Court's standstill, although it is not evident that this measure is *constitutionally* possible.

KEY WORDS: Constitutional rights, Spanish constitutional appeal for protection, constitutionally possible reforms, LOTC bill of Law.