

APUNTES SOBRE LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Mario HERNÁNDEZ RAMOS*

SUMARIO: I Acotamiento del tema: protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. II Características del sistema de protección de los derechos fundamentales. III Protagonistas de la tutela de los derechos fundamentales: tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional. IV Procedimiento doble: recurso de amparo judicial y recurso de amparo constitucional: elementos comunes. V Recurso de amparo ordinario o judicial. VI Recurso de amparo constitucional y principio de subsidiariedad. VII. Fuentes de consulta.

I. ACOTAMIENTO DEL TEMA: PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La Constitución Española de 1978¹ establece en su articulado un “múltiple y complejo arsenal de medios”² de protección de los derechos de los ciudadanos. PÉREZ LUÑO diferencia entre garantías normativas³, institucionales⁴ y jurisdiccionales.⁵

* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Salamanca.

¹ En adelante CE.

² Cascajo Castro, J.L., Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1992, pág. 15.

³ Dentro de estas garantías la Constitución prevé un dispositivo normativo dirigido a tres frentes. En primer lugar a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales. En este apartado ha de señalarse la vinculación de todos los poderes públicos y ciudadanos a la Constitución y a los derechos en ella sancionados (artículos 9.1, 9.2, 53.1, 53.3 CE); En segundo lugar, la Constitución Española establece un bloque de garantías normativas dirigidas a evitar la modificación arbitraria del contenido de los derechos fundamentales. Para llevar a cabo la reforma o eliminación de alguno de los valores, derechos y libertades contenidos en los Títulos Preliminar y Primero de la Constitución, el artículo 168 CE exige el cumplimiento de un procedimiento muy agravado que garantice que una amplia mayoría de la ciudadanía está de acuerdo en ello. En tercer lugar, la Constitución Española prevé una serie de disposiciones normativas dirigidas a velar por la integridad del contenido y función esencial de los derechos fundamentales. Por ejemplo, el art. 81 CE exige que el desarrollo de los derechos fundamentales sea

Las garantías jurisdiccionales son un elemento decisivo para llevar al terreno de la experiencia práctica el contenido de los derechos fundamentales.⁶ El derecho a la jurisdicción, entendido como la posibilidad de obtener de los jueces y tribunales la tutela de los derechos e intereses legítimos, aparece reconocido con carácter general en el art. 24.1 CE. Sin embargo, cuando el derecho que se estima vulnerado tiene carácter de fundamental, el art. 53 prevé un sistema extraordinario de protección que constituye precisamente uno de los rasgos jurídicos diferenciadores de la categoría derechos fundamentales.⁷ Por tanto, dentro del ordenamiento constitucional puede establecerse la diferencia entre garantías procesales genéricas y específicas.

Las primeras son establecidas para tutelar en sede jurisdiccional todos los derechos e intereses protegidos por el ordenamiento jurídico, y entre los que también deben incluirse los derechos fundamentales. El punto de Arquímedes en la tutela jurisdiccional de todos los derechos e intereses legítimos conteni-

llevado a cabo por medio de leyes orgánicas, que exigen para su aprobación la mayoría absoluta del Parlamento. En la misma línea abunda el art. 53.1 CE que establece la reserva de ley para el desarrollo de los derechos fundamentales, debiendo respetar "en todo caso (...) su contenido esencial" (sobre "contenido esencial" de un derecho véase por ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 11/1981, de 8 de abril).

⁴ Las garantías institucionales son numerosas en el articulado de la Constitución Española. Las Cámaras parlamentarias, por ejemplo, cumplen tareas no sólo legislativas, sino también de información y de control de los derechos fundamentales. La moción de censura de una mayoría parlamentaria al Gobierno (arts. 108 y 113.1 CE) y las comisiones de investigación, a pesar de que no sean vinculantes ni afecten a las resoluciones judiciales (art. 76.1 CE) son dos exponentes importantes de este grupo. También se establece en la Constitución el derecho de petición individual y colectiva, a través del cual, cualquier ciudadano con interés legítimo puede efectuar una petición, una sugerencia o una queja ante cualquier órgano público siempre que entre dentro de sus competencias. Este derecho se encuentra regulado en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre. La iniciativa legislativa popular está reconocida en el art. 87.3 CE y regulada por la Ley Orgánica 3/1983, de 26 de marzo. Para ejercitar este derecho es necesario reunir al menos 500.000 firmas acreditadas, y no versar sobre unas determinadas materias. Contra la inadmisión de una iniciativa legislativa popular cabe plantear recurso de amparo constitucional (art. 6 de LO 3/1984). Asimismo existe en el ordenamiento jurídico constitucional español la institución del Defensor del Pueblo previsto en el art. 54 CE y regulado por la Ley Orgánica de 6 de abril de 1981. Es designado por las Cortes para la defensa específica de todos los derechos fundamentales del Título Primero de la Constitución, ya sea de oficio o a petición de parte, supervisando la actuación de la Administración. Cualquier persona con un interés legítimo (art. 10.1 Ley Orgánica del Defensor del Pueblo) tiene legitimación activa. Para el desarrollo de sus funciones, el Defensor del Pueblo está legitimado para interponer recursos de amparo constitucional (art. 162.1.b.) CE) y recursos de inconstitucionalidad (art. 162.1.a) CE. Asimismo puede presentar informes ante las Cortes para dar cuenta de la labor realizada. En definitiva, el Defensor del Pueblo actúa como cláusula de garantía para una constante revisión actualizadora que asegure la adecuación del sistema constitucional de los derechos fundamentales a la evolución de las aspiraciones y necesidades individuales y colectivas. Constituye un puente entre los ciudadanos y los poderes públicos de decisión.

⁵ Pérez Luño, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1998, pp. 65-104.

⁶ *Ibid.*, pág. 80.

⁷ Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990, pág. 219.

dos en la Constitución lo establece el art. 24 CE que cristaliza la tutela judicial efectiva o el “*due process of law*”⁸, enfatizando una serie de principios que lo componen, como por ejemplo los derechos a la asistencia y defensa de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. El principio esencial en todo Estado de Derecho de la tutela judicial efectiva se complementa con los principios de la legalidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de legalidad penal (art. 25 CE). El cuadro de las garantías procesales genéricas termina con las instituciones del recurso de inconstitucionalidad (art. 161.a) CE) y de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE y arts. 35 y ss LOTC).

Las garantías procesales específicas son instrumentos de protección con la exclusiva finalidad de tutelar los derechos fundamentales. Como establece el art. 53.2 CE⁹, piedra de toque en el diseño del sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, esta función puede ser llevada a cabo por los tribunales ordinarios o por el Tribunal Constitucional en virtud del principio de subsidiariedad que vertebra todo este sistema.

II. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El esencial art. 53.2 CE contiene las notas definitorias del sistema de protección de los derechos fundamentales y sienta los pilares más básicos y elementales del citado sistema en el ordenamiento jurídico español¹⁰.

⁸ Artículo 24 CE: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la 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 de 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.”

⁹ Art. 53.2 CE: “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.”

¹⁰ O “la auténtica matriz del derecho procesal constitucional”, García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 60.

En primer lugar, el sistema de protección diseñado corresponde a un modelo de justicia constitucional mixto, es decir, que tanto los tribunales ordinarios como el Tribunal Constitucional tutelan los derechos fundamentales de los ciudadanos. La coordinación entre ambos niveles se lleva a cabo por el principio de subsidiariedad. En segundo lugar, esta protección se lleva a cabo por un procedimiento doble, dependiendo de la jurisdicción en la que el litigante actúe. Ante los tribunales ordinarios ha de esgrimirse el denominado recurso de amparo judicial. Sin embargo, ante la jurisdicción del Tribunal Constitucional ha de utilizarse el recurso de amparo constitucional. En tercer lugar, ha de tenerse en cuenta que el objeto material del recurso de amparo, tanto judicial como constitucional es limitado y comprende únicamente los derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 CE, esto es, los derechos fundamentales establecidos en los artículos 14 a 30 CE¹¹. En cuarto lugar, este conjunto de notas definitorias está vertebrado por el importante principio de subsidiariedad en virtud del cual se edifica el edificio de la tutela de los derechos fundamentales.

III. PROTAGONISTAS DE LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: TRIBUNALES ORDINARIOS Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

¿Cuál es la razón por la que el Constituyente español designó tanto a los tribunales ordinarios como al Tribunal Constitucional como guardianes de los derechos fundamentales y no reservó esta tarea a una de las dos jurisdicciones en exclusiva?

Según GIMENO SENDRA, el fundamento de esta razón y por ende, de la adopción del principio de subsidiariedad en la figura del recurso de amparo, puede encontrarse tanto en el nivel político como en el nivel técnico¹².

¹¹ Derecho de igualdad ante la ley (art. 14 CE); Derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE); Libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE); Libertad y seguridad personales (art. 17 CE); Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE); Derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE); Libertad informática (art. 18.4 CE); Libertad de residencia y de circulación (art. 19 CE); Libertad de expresión y libertad de información (art. 20 CE); Derechos de reunión y de manifestación (art. 21 CE); Derecho de asociación (art. 22 CE); Derecho a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE); Derecho de acceso a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE); Tutela judicial efectiva sin indefensión y garantías procesales (art. 24 CE); Principio de legalidad penal (art. 25 CE); Derecho a la educación, libertad de enseñanza y autonomía universitaria (art. 27 CE); Libertad sindical (art. 28.1 CE); Derecho de huelga (art. 28.2 CE); Derecho de petición (art. 29 CE). Para un estudio más detallado de los derechos protegidos a través del recurso de amparo véase por todos Pérez Tremps, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 45-72.

¹² Cascajo Castro, J.L., Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1992, pp. 158-161.

En un nivel político, y situándonos en el período del proceso constituyente español (1977-1979), ha de tenerse muy en cuenta, como señala BUSTOS GISBERT, “la configuración concreta del Poder Judicial en 1978 y la ausencia de tradición judicial en la protección de los derechos fundamentales.”

Tras el final del régimen franquista, la estructura de la judicatura española permaneció inalterada. Por tanto, de no haberse tomado ningún tipo de medidas, se hubiera llegado a la paradójica situación de que los mismos jueces que debían aplicar los derechos fundamentales y protegerlos frente a la actuación de los poderes públicos eran los mismos “que durante años habían colaborado, en ocasiones muy activamente, con la represión generalizada de las libertades más fundamentales.”

Así mismo, conviene destacar la concepción de los procesos constitucionales detentada por los jueces entonces. La tradición jurídica española podía enmarcarse en el más puro jacobinismo en la medida en que el juez era un mero aplicador de la ley y por tanto era inexistente la idea de una aplicación directa en los procesos judiciales de los derechos fundamentales, siendo generalizada “la consideración de los derechos fundamentales como simples normas programáticas que requerían la *interpositio legislatoris* para adquirir plena eficacia y poder ser alegadas ante los tribunales.” Por tanto, a juicio del citado autor, “era necesario para la protección de los derechos la existencia de una instancia que controlara, unificara y matizara la actuación judicial en la aplicación de las libertades constitucionales”. Aparece, así, como totalmente justificado el monopolio en la interpretación constitucional que la Constitución Española ha conferido al Tribunal Constitucional.¹³

En un nivel técnico, el Tribunal Constitucional no podía convertirse en una “Magistratura Ordinaria de Amparo”, ya que hubiera sido tal la avalancha de recursos que la actividad del Tribunal hubiera quedado paralizada en el tiempo. Ante esta situación, habría dos soluciones. Por un lado, la creación de unos Tribunales especiales de amparo, los cuales habrían de conocer en primera instancia, siguiendo con el criterio sentado en el artículo 104 de la Constitución de la República Española de 1931. Por otro lado, conferir a los Tribunales ordinarios la facultad de conocer, en primer lugar, de la pretensión de amparo. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁴ se ha inclinado por la segunda opción, ya que

¹³ Bustos Gisbert, R., “¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº4, 2º semestre 1999, pág. 275.

¹⁴ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. En adelante LOTC.

se adecua mejor a nuestra Constitución.¹⁵ Además, se hacía comprometer a los tribunales ordinarios en la protección de los derechos fundamentales corrigiendo la pasividad que observaron en el anterior régimen autocrático.

Tampoco hay que olvidar las razones de economía procesal que apoyan esta decisión. Los tribunales ordinarios estarían en disposición de otorgar una tutela más rápida que el Tribunal Constitucional, además de por la inmediatez del juzgado con el lugar donde se cometió la violación.¹⁶ Por último, y como sentencia CARRILLO, ha de tenerse en cuenta que "(l)a condición de los jueces y tribunales como el ámbito natural de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, es una consecuencia ineluctable del Estado de Derecho."¹⁷

IV. PROCEDIMIENTO DOBLE: RECURSO DE AMPARO JUDICIAL Y RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS COMUNES

De acuerdo con nuestro Derecho, inspirado por el principio de subsidiariedad y el principio fundamental de eficacia directa de la Constitución, los jueces y tribunales ordinarios son los guardianes "naturales"¹⁸ y "primeros"¹⁹ de los derechos y libertades de los ciudadanos. Son la "primera línea de defensa"²⁰ en cuanto poderes públicos vinculados por la Constitución (arts. 9.1 CE y 5.1 Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial, en adelante LOPJ) y, concretamente, por dichos derechos y libertades (art. 53.1CE y 7.1 LOPJ). De este modo, tutelarán, evaluarán y repararán si es necesario, en primera instancia, la vulneración de los citados derechos y libertades, quedando el Tribunal Constitucional como última y definitiva instancia guardiana.²¹

Se establece así un doble procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico, vertebrado, por tanto, por el principio

¹⁵ Cascajo Castro, J.L., Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1992, pp. 160-161.

¹⁶ Gimeno Sendra, V., Morenilla Allard, P., "Los procesos de amparo, Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo", 1ª Edición, 2003, Colex, Madrid, pág. 21.

¹⁷ Carrillo, M., "La aplicación Judicial de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 71, 2004, pág. 93.

¹⁸ Pérez Tremps, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 pág. 25.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 227/1999, Fundamento Jurídico 1 (en adelante F.J.).

²⁰ STC 134/1995, F j2

²¹ Las características *última* y *definitiva*, deben ser matizadas en función al papel vinculante que otorga nuestro ordenamiento jurídico al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ver por todos Gimeno Sendra, V. y Morenilla Allard, P., *Los procesos de amparo. Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo*, Colex, Madrid, 2003, págs.209-268.

de subsidiariedad, ante dos jurisdicciones diferentes. Un primer proceso “principal, escalonado y general que se atribuye a los tribunales ordinarios”²² (jurisdicción del Poder Judicial), al que nos referiremos como “recurso ordinario de amparo”²³ o recurso de amparo judicial; y, en su caso, un segundo, posterior, definitivo, extraordinario y subsidiario procedimiento ante el más alto y último intérprete de nuestra norma suprema, el Tribunal Constitucional, al que nos referiremos como recurso de amparo constitucional.

Ambos procedimientos tienen elementos y presupuestos comunes. En primer lugar, la legitimidad activa, es decir, las personas que pueden plantear un recurso de amparo, ya sea judicial o constitucional es común a ambos. Tienen por tanto legitimación activa “cualquier persona, natural o jurídica”²⁴ que acredite un interés legítimo, además del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo.²⁵

En segundo lugar, el ámbito de protección es también el mismo. Sólo una pequeña parte de los derechos reconocidos por la Constitución pueden ser objeto de protección del recurso de amparo ordinario como recoge el art. 53.2 CE: los reconocidos en los arts. 14-29 CE. Esta circunstancia le dota de un carácter excepcional y específico dirigido a obtener una tutela reforzada de estos derechos. Por eso, aunque el ámbito material de protección pudiera ser ampliado por el legislador, no debería llegar a equipararse al de otros procedimientos procesales ordinarios so pena de perder su carácter excepcional y específico y por ende dejar de ser un mecanismo de protección reforzada.²⁶

²² STC 113/1995 FJ 6.

²³ Dicha terminología es utilizada por el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la STC 188/1992, FJ 3º.

²⁴ El art. 53.2 CE contiene expresamente “cualquier ciudadano”.

²⁵ Art. 162.1 CE. Están legitimados: (...) b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

²⁶ La lista de derechos objeto protección del recurso de amparo ordinario recogida en los arts. 14-29 CE ha sido ampliada en dos supuestos: 1) Asilo y refugio: La Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, prevé en su artículo 21 que “las resoluciones previstas en la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa”. De esta forma se amplía el ámbito material protegido a través de este procedimiento agravado previsto en el art. 53.2 CE con este derecho reconocido en el art. 13.4 CE. 2) Objeción de conciencia: La objeción de conciencia (art. 30.2 CE) no está configurada teóricamente en la Constitución como un derecho, sino como una causa de exención de un deber, conectada con la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16 CE. Aunque posteriormente, el Tribunal Constitucional la equipara con un derecho constitucional: “... puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica (...) puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido implícita y explícitamente en la ordenación constitucional española.” STC 15/1982. Matizan esta afirmación en diversos sentidos las STC 160/1987 y STC 61/1987. Véase, PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 71, 2004, pp. 58-61. El artículo 53.2 CE extiende a la objeción de conciencia la protección del amparo constitucional, pero no la de la protección del recurso de amparo ordinario. Esta extensión fue llevada a cabo por la Ley Orgá-

En tercer lugar, también hay muchos elementos comunes en la legitimación pasiva, es decir, en los autores del menoscabo de un derecho fundamental. Es requisito indispensable en el recurso de amparo constitucional que el autor sea un poder público, ya pertenezca a la rama judicial, a la ejecutiva o a la legislativa como se estudiará posteriormente. Sin embargo, el recurso de amparo ordinario se diferencia en gran medida del constitucional porque también admite la posibilidad de que sean personas privadas, sin vinculación con el poder público, quienes tengan legitimación pasiva, ya sea en la jurisdicción civil²⁷, en la laboral²⁸ o en la penal²⁹.

nica 8/1984, de 26 de diciembre, reguladora del régimen de recursos en caso de objeción de conciencia. En la actualidad en España no existe el servicio militar ni la prestación social sustitutoria en virtud de la Ley 17/1999, de 18 de mayo de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. A través de la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, se eliminan del ordenamiento jurídico español los delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria, modificando al efecto la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, con lo que la trascendencia de esta ampliación del ámbito material va desapareciendo en la medida en que se van resolviendo los recursos planteados.

²⁷ El recurso de amparo ordinario en la jurisdicción civil constituye una destacada excepción a este elemento común. El causante de la lesión o persona contra la que se dirige la pretensión ha de ser siempre un particular. Sólo si actúa sometido al Derecho Privado, aunque fuese una autoridad pública, podrá solicitarse la tutela civil de amparo. En el amparo ordinario rige la teoría de la eficacia inmediata (*unmittelbare Drittwirkung*). La presencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares dependerá de la concreta configuración que el legislador realice de los mismos. Esta eficacia horizontal se garantiza atribuyendo su tutela a los tribunales del orden civil. (Bastida Freijedo, F., Villaverde, I., Requejo Rodríguez, P., Presno Linera, M., Aláez Corral, B., Fernández Sarasola, L., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 208.) Todas las pretensiones de amparo, incluida la civil, han de estar sustanciadas en las normas del Derecho Constitucional tuteladoras de los derechos fundamentales. Pero la pretensión civil tiene la particularidad de que las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales han de tener una incidencia directa en el Derecho Privado (por ejemplo, las que producen una discriminación expresamente prohibida: una hipotética lesión de la igualdad entre marido y mujer, hijo matrimonial y extramatrimonial...). Así debe entenderse a raíz del art. 249.1.2 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (que establece "demandas que pidan la tutela judicial civil de un derecho fundamental": De este modo, tan sólo cuando no sea un delito, un acto administrativo o laboral la causante de la lesión o lo que es lo mismo, cuando la vulneración del derecho fundamental la cometan los particulares sometidos al Derecho Privado, será procedente el amparo civil ordinario. Dicha lesión es preciso que se acometa mediante actos externos y anteriores al proceso. Si la vulneración se produce por un Juez civil en la esfera de un proceso, mediante la vulneración, bien de una norma constitucional de carácter material (por ejemplo, vulneración de la igualdad ante la ley (art. 14 CE) en la aplicación de una norma civil), bien de una norma constitucional procesal (por ejemplo, la vulneración de alguna de las garantías procesales contenidas en el art. 24.2 CE.), no nos encontramos, en realidad ante una pretensión civil, sino ante un amparo judicial ordinario del art. 44 LOTC. Es por esto por lo que, abundando en la misma idea, el Epígrafe X de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil diferencia entre derechos fundamentales cuya violación se produce en la realidad extraprocesal, y aquellas que por su sustancia y contenido sólo pueden ser violados en el seno de un proceso. Los derechos fundamentales cuya violación se produce en la realidad extraprocesal son bienes jurídicos del ámbito vital extrajudicial, para los que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé "una tramitación preferente". En cambio, para la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, cuya violación se produce durante un litigio, la Ley de Enjuiciamiento Civil descarta un procedimiento especial. Esta tutela debe ser remediada en el seno del

V. RECURSO DE AMPARO ORDINARIO O JUDICIAL:³⁰

El art. 53.2 CE establece que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos (...) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

Por tanto, para hacerse una idea suficiente de este procedimiento es necesario atender a una serie de notas. En primer lugar, a las que ya han sido puestas de relieve comunes con el recurso de amparo constitucional: competencia de la jurisdicción ordinaria, los derechos fundamentales susceptibles de amparo son los contenidos en los arts. 14-30 CE, y la legitimación tanto activa como pasiva.

Pero, en segundo lugar, restan una serie de notas que son imprescindibles para la configuración de este procedimiento.

proceso en que se han producido. Desde un punto de vista de relevancia práctica, los principales exponentes de la pretensión civil de amparo lo constituyen la vulneración del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del artículo 18.1 CE (Regulado por la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) y la del derecho de asociación (art. 22 CE). GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., “Los procesos de amparo, Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo”, 1ª Edición, 2003, Colex, Madrid, pág. 27

²⁸ Está legitimada pasivamente la persona causante de la lesión del derecho fundamental, que pueda ser una persona física o jurídica, o ente sin personalidad jurídica, es decir un empresario, una Administración Pública o incluso un sindicato o un comité de empresa (artículo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), Vicente Gimeno Sendra, Pablo Morenilla Allard, “Los procesos de amparo, Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo”, 1ª Edición, 2003, Colex, Madrid, pp. 114-115. Se ostenta la legitimación pasiva “cuando quien ha sido demandado es pasivamente titular de dicha relación o, dicho de otro modo, cuando en función de la posición que ocupa en una determinada situación jurídica, cabe exigirle el contenido de la pretensión interpuesta, en tanto que titular del deber cuyo cumplimiento con aquella se pide”, Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1996 y 13 de abril de 1998.

²⁹ Actualmente y tras la aprobación de la vigente Ley 32/2002, de 24 de octubre, “de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado”, que introduce los comúnmente denominados “juicios penales rápidos”, y deroga lo que restaba en vigor de la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales de la Persona (a la que haremos referencia posteriormente) no existe una tutela procesal penal de los derechos fundamentales. Véase Jiménez Campo, J., Derechos fundamentales. Concepto y Garantías. Trotta, Valladolid, 1999, pp. 104-105. La única excepción a esta situación la constituye el proceso de *Habeas Corpus*, que, dictado en desarrollo de lo establecido en el art. 17.4 CE, se erige en un auténtico proceso penal de amparo especial limitado a la “rápida” tutela del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE y Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*). El *Habeas Corpus* no es ni un recurso ni un proceso sumario, sino que es un procedimiento especial por razón de la materia y procede con independencia de la naturaleza jurídico-pública o privada del autor causante de la detención. Gimeno Sendra, V., Morenilla Allard, P., “Los procesos de amparo, Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo”, 1ª Edición, 2003, Colex, Madrid, pp. 47-62.

³⁰ Los antecedentes en el derecho público español de este procedimiento de amparo ordinario de carácter preferente y sumario se encuentra en la Constitución de la II República de 9 de diciembre de 1931. A iniciativa de Fernando de los Ríos, se introdujo una vía judicial previa para la tutela judicial ordinaria de los derechos y

5.1. Notas del recurso de amparo ordinario o judicial:

¿Cómo ha de ser el procedimiento de la tutela de derechos ordinarios en sede de jurisdicción ordinaria?

Casi de forma paralela a la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se adoptó la primera norma dirigida a dar respuesta a este interrogante: la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.³¹ De esta manera el legislador español optó por una política legislativa de meridiana separación y diferenciación entre las normas de protección de las libertades y derechos fundamentales y las demás normas que protegen el resto de los derechos y libertades de los ciudadanos y del restante ordenamiento jurídico, creando así una pluralidad de cauces procesales difícil de simplificar.³²

Esta opción del legislador ocasionó, a juicio de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional la ausencia de “un desarrollo pleno o cabal de lo previsto a estos efectos en el art. 53.2 CE.”³³

libertades reconocidos en la Constitución mediante un procedimiento de carácter sumario: en su artículo 105 se hacía remisión a una ley (que finalmente no vería la luz) de organización de “Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”. La formulación contenida en el artículo 45 de la Ley Orgánica reguladora del Tribunal de Garantías de 14 de junio de 1933 era la siguiente: “Procederá el recurso de amparo cuando concurren estos requisitos: 1º) Que exista acto concreto de autoridades gubernativa, judicial o de cualquier otro orden, que con respecto a un individuo determinado haya infringido alguna de las garantías relacionadas ... 2º) Que no haya sido admitida o no haya sido resuelta la petición de amparo dentro del plazo legal por el Tribunal de Urgencia previsto en el artículo 105 de la Constitución, o que dicho Tribunal hubiere dictado resolución denegatoria.” Asimismo, el art. 12.1 b) del texto constitucional, se refería indirectamente a estos Tribunales al establecer como requisito previo necesario para la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales el agotamiento de la vía administrativa y jurisdiccional: la fórmula empleada por la Constitución republicana atribuía al Tribunal de Garantías competencias para conocer del recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. Carrillo, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, BOE-CEC, Madrid, 1995, pp. 40-41.

³¹ En lo sucesivo LPJDFP.

³² La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 son dos ejemplos más de la aludida opción legislativa de nuestro legislador.

³³ Borrajo Iniesta, I., “Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 43, 1995, pp. 47 y 49: “La mejor protección de los derechos y libertades fundamentales exige la simplificación de los cauces procesales, y la simplificación del organigrama judicial”; Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*, Trotta, 1999, Valladolid, pp. 94 y 100; SSTC 185/1990 Fundamento Jurídico 5º y 279/1994 Fundamento Jurídico 2º.

En los últimos años el legislador español ha asimilado la protección de los derechos fundamentales a normas ordinarias, derogando, entre muchas otras la esencial LPJDFP.³⁴

Como GARCÍA MORILLO señala, atendiendo al Derecho comparado, la inexistencia de un procedimiento específico no impide que puedan ser tutelados los derechos fundamentales a través de los procedimientos ordinarios. Lo que sucedería es que, al no existir cauces procesales específicos, distinguidos por la mayor persecución de la mayor rapidez en la consecución de la protección, la defensa de los derechos fundamentales se verá, a efectos procesales, equiparada a la de cualquier otro derecho o interés, y experimentará, por consiguiente, las insuficiencias y dilaciones derivadas del sistema procesal ordinario y del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.³⁵

Sin embargo, como acertadamente advierte JIMÉNEZ CAMPO, la Constitución, ni en el art. 53.2 ni en ningún otro precepto, establece una institución o figura procesal que permita ser desarrollada por el legislador para la creación de un amparo judicial. Tan sólo existe la provisión de un “procedimiento”, no necesariamente único, que se base o inspire en los principios de preferencia y sumariedad. “Sólo estos principios y la finalidad a la que manifiestamente sirven, limitan la acción del legislador, a quien no cabrá hacerle reproche jurídico-constitucional, en consecuencia, por no acomodar sus opciones a cualesquiera concepciones previas sobre lo que deba ser su articulación mejor. Por ninguna se ha pronunciado la Constitución”.³⁶

5.2. Procedimiento basado en los principios de sumariedad y preferencia

La primera cuestión que debe ser afrontada en esta tarea es la de determinar el significado y dimensión de la expresión adoptada por el art. 53.2 CE de “proce-

³⁴ Dos ejemplos importantes de esta política son la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, que asimila la tutela civil de los derechos fundamentales al juicio declarativo ordinario; y la Ley 32/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Sin embargo, el procedimiento al que alude el art. 53.2 CE “no ha sido creado todavía.” Carrillo, M., *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, BOE-CEC, Madrid, 1995, pág. 45.

³⁵ García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 58.

³⁶ Jiménez Campo, J., *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías*, Trotta, Valladolid, 1999, pág. 94. La misma opinión es compartida por García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 78-79. Una posición contraria, defendiendo que el art. 53.2 CE pretende la instauración de un único mecanismo judicial, es mantenida por Majano Caño, M^a.J., “Una visión crítica sobre la protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios: el procedimiento preferente y sumario”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 36, Mayo 2004, pp. 121-161.

dimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. La aplicación de ambos principios puede incidir en aspectos importantes de la tutela judicial efectiva, como por ejemplo, que la exhaustividad de los medios de defensa puede estar en conflicto con la sumariedad del proceso.

Toda la doctrina señala la indefinición que caracteriza a esta afirmación y al procedimiento al que se refiere, que “sigue teniendo algo de enigmático a los veinte años de adopción de la Constitución.”³⁷

La Constitución demanda que las lesiones de determinados derechos³⁸, como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) sean sancionadas y reparadas con prontitud, como establece el art. 53.2 CE. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la interpretación del citado artículo, concretamente definiéndolo como “un mandato al legislador de regular una vía procesal rápida para la protección de los derechos.”³⁹

Efectivamente, como señala JIMÉNEZ CAMPO, la celeridad de tutela “es el fin manifiesto de la norma y el sentido que es común a uno y a otro de los principios.” Sin embargo, “preferencia” y “sumariedad” tienen un alcance diverso. Mientras que con la expresión “sumariedad” la Constitución impone esta exigencia genérica de rapidez en la prestación de la tutela, la mención al principio de preferencia debe verse como una concreta técnica instrumental al servicio de tal finalidad.⁴⁰

a) Significado del principio de preferencia

Como ha apuntado ya en alguna ocasión el Tribunal Constitucional, la preferencia a la que se refiere el art. 53.2 CE implica “prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos.”⁴¹

GARCÍA MORILLO señala que el de preferencia es un concepto relativo cuya pertenencia viene dada por el volumen de asuntos pendientes en los órganos jurisdiccionales, por el interés constitucional en la protección de los derechos fundamentales y por sus peculiares características, que exigen una premura en el tiempo para su tutela so pena de que desaparezca el objeto de la protección

³⁷ Jiménez Campo, J., *Ob. Cit.*, pág. 93.

³⁸ Art. 53.2 CE: los derechos fundamentales previstos en los artículos 14 y los contenidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, arts. 15-29, más el art. 30 CE sobre la objeción de conciencia.

³⁹ STC 113/1995, sobre la Ley Orgánica Procesal Militar.

⁴⁰ Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Ed. Trotta, Valladolid, 1999, pág. 98

⁴¹ Por ejemplo STC 81/1992, FJ 4.

antes de que termine el proceso. “El interés constitucional en la protección de estos derechos es, pues, superior al existente para proteger a los demás derechos e intereses, lo que justifica que se otorgue preferencia a la tramitación de las pretensiones encaminadas a hacer valer derechos fundamentales.”⁴²

Es papel del legislador el disciplinar el orden de tramitación y resolución de los juicios con arreglo, entre otras exigencias, al principio constitucional de igualdad y a la obligada prestación de una justicia sin dilaciones indebidas (art. 14 CE y 24.2 CE). En principio el orden legal de señalamiento de los asuntos para deliberación y fallo ha de ser, como establece el art. 249 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), el de su conclusión. El art. 53.2 CE establece en este punto una excepción en esta sucesión cronológica al introducir el principio de preferencia, que implica, en palabras del Tribunal Constitucional, prioridad, *ratione materiae*, al resto de asuntos que estén siendo atendidos por el tribunal.

La ponderación de otras circunstancias y urgencias, en atención a objetos y fines también de tramitación preferente, puede llevar al legislador y al aplicador de sus normas a disponer o a permitir la anteposición de otro tipo de asuntos respecto de los que incorporan una queja de derechos fundamentales.⁴³ Lo que no cabe, como señala JIMÉNEZ CAMPO, es una valoración superior, y en abstracto, de otro tipo de pretensiones.⁴⁴

Por último, hemos de señalar que la preferencia es un mecanismo procesal que sólo puede surtir los efectos pretendidos en la medida en que sea previsto de forma excepcional. Cuanto mayor sea el número de asuntos a los que se otorgue preferencia, el efecto deseado será menor.⁴⁵

b) Significado del principio de sumariedad:

Al hacer referencia al principio de sumariedad el art. 53.2 CE no especificó el sentido exacto del término, esto es, sumariedad en el sentido técnico-procesal con todo lo que ello implica, o simplemente sumariedad como sinónimo de ce-

⁴² García Morillo, J., *Ob. Cit.*, pág. 85.

⁴³ Como oportunamente señala Carrillo, “la efectividad de este privilegio procesal viene atenuada por la propia situación material de la Administración de Justicia y la capacidad organizativa de ésta para hacer frente a una creciente acumulación de causas planteadas.” Carrillo, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, BOE-CEC, Madrid, pág. 50.

⁴⁴ Jiménez Campo, J., *Ob. Cit.*, pág. 99-100.

⁴⁵ García Morillo, J., *Ob. Cit.*, pág. 86.

leridad. Esta cuestión no es en absoluto baladí, ya que según el sentido por el que el legislador opte, los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales serán diferentes. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han sostenido una posición unánime al respecto.

Un procedimiento sumario, en un sentido técnico-procesal, es aquel que comporta una cognición limitada a aquello que constituye el objeto del proceso, obviando las cuestiones de legalidad que deberán ser solventadas en un procedimiento ordinario,⁴⁶ carente de fuerza de cosa juzgada, y que no precluye por tanto la discusión ulterior del asunto en el curso de un proceso declarativo ordinario. Un procedimiento sumario de protección de los derechos fundamentales como establece el art. 53.2 CE, en un sentido técnico-procesal, tendría limitado el objeto de su conocimiento a los derechos fundamentales y libertades y excluiría las cuestiones de mera legalidad que no constituyeran el fundamento de la violación de los derechos en cuestión. Las cuestiones que aun teniendo relación conexa con los derechos fundamentales no formaran parte del contenido esencial de los mismos, han de dilucidarse en un proceso de carácter ordinario o plenario, de naturaleza distinta. Es preciso, por el contrario, que la lesión sobre el derecho o libertad tenga inequívoca dimensión constitucional. En ocasiones el deslinde entre los ámbitos de legalidad y constitucionalidad no es posible, por ejemplo, cuando la legalidad es la causa de la violación de la constitucionalidad.

Por otro lado, sumario es lo breve, lo resumido, lo compendiado, y son sumarios ciertos procedimientos en los cuales se prescinde de algunas formalidades y se tramitan con mayor rapidez.

La doctrina no se pone de acuerdo, aun hoy, en el sentido que debería darse a la noción de sumariedad del art. 53.2 CE⁴⁷, aunque es cierto que el debate ha disminuido de intensidad a partir de cierta jurisprudencia constitucional que opta por identificar claramente el principio de sumariedad con la idea de “rapidez” y no con el sentido técnico procesal⁴⁸.

Sin embargo, es clave en este aspecto la tajante claridad con la que zanja la discusión doctrinal el Tribunal Constitucional, afirmando en la STC 81/1992, Fj 4º que “por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son “sumarios”,

⁴⁶ Carrillo, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, BOE-CEC, Madrid, pp. 49-50.

⁴⁷ Para la variedad de posturas y sus respectivas argumentaciones, véase García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 86-95.

⁴⁸ STC 64/1992, FJ 4º; STC 81/1992, FJ 4º.

sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a “rapidez”. En definitiva, por proceso “sumario” tan sólo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados.”⁴⁹

Pero como recuerda JIMÉNEZ CAMPO, la Constitución no es una ordenanza procesal, sino una regla abierta a la libertad de configuración del legislador. En el marco de la exigencia de celeridad del art. 53.2 CE caben procesos sumarios en el sentido técnico apuntado, pero también cualesquiera formas de justicia declarativa, ejecutiva o cautelar que aseguren una respuesta rápida a la pretensión constitucional que se trate. La rapidez es lo que ha de ser preservado por el legislador, sin que la Constitución le de pauta alguna.

Los criterios de conveniencia y de técnica legislativa pasan a protagonizar entonces el escenario de configuración de las diferentes y variadas soluciones en abstracto posibles: desde la configuración de procesos o vías especiales para la protección de los derechos fundamentales, con reducción de plazos respecto a los procesos comunes, hasta la predisposición de instrumentos, suficientes y ágiles, para la obtención de una protección cautelar del derecho invocado, pasando por la habilitación de remedios interdictales en los casos en que así sea posible.⁵⁰

En resumen, la “eficacia” que requiere para la tutela judicial el artículo 24.1 CE significa sobre todo celeridad. La regulación actual de la tutela de los derechos fundamentales responde desigualmente a estas exigencias, aunque la mayoría de la doctrina coincide en señalar que el procedimiento previsto en la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la que se presentan la mayoría de las demandas, cumple con estos principios de forma moderadamente satisfactoria.⁵¹

⁴⁹ A pesar de la toma de partido por la opción arriba señalada realizada por el Alto Tribunal, García Morillo advierte que “estas contundentes afirmaciones se ven desmentidas por la reiterada jurisprudencia del mismo Tribunal Constitucional que pone de relieve, por un parte, que el proceso de protección específica y el ordinario pueden iniciarse simultánea, y hasta cuando los plazos lo permitan, sucesivamente y, de otra, que la Sentencia del proceso de protección específica sólo opera efectos de cosa juzgada respecto de las controversias relativas a derechos fundamentales, pudiéndose reproducir las cuestiones de legalidad en el proceso ordinario. Todo ello se corresponde con un proceso caracterizado, además de por la rapidez, brevedad o celeridad, por algunos otros rasgos procesales que lo singularizan respecto de los procesos ordinarios.” García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 92.

⁵⁰ La tutela cautelar ofrece seguramente el instrumental más apropiado para el cumplimiento de las exigencias establecidas en el art. 53.2 CE y para alcanzar una inmediata y provisional defensa del derecho fundamental, sin perjuicio de lo que se decida en el proceso declarativo. Jiménez Campo, J., *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*. Trotta, Valladolid, 1999, pp. 99- 101.

⁵¹ En la jurisdicción civil, el procedimiento que desarrolla el art. 53.2 CE es deficiente, ya que el art. 249.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, prevé el juicio ordinario con pocas particularidades para la tutela de los derechos fundamentales. Por el contrario, en el ámbito laboral, la regulación de los arts. 175-182

VI. RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD⁵²:

El recurso de amparo constitucional puede plantearse ante la jurisdicción del Tribunal Constitucional, última y definitiva instancia guardiana, sólo cuando el recurrente estima que la jurisdicción ordinaria no ha tutelado satisfactoriamente sus derechos fundamentales contenidos en los arts. 14-30 CE, la violación hayan sido realizada por un poder público y se haya agotado la vía judicial previa.

Este procedimiento está regulado en los arts. 41-58 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que señalan una serie de características y requisitos.

6.1. Características del recurso amparo constitucional:

- 1) El recurso de amparo constitucional no es un recurso de casación sobre el mismo proceso. Es un "procedimiento distinto" con objeto más restringido⁵³. A juicio de PÉREZ TREMPs, es una acción procesal, extraordinaria, subsidiaria, flexible y definitiva.⁵⁴ El Tribunal Constitucional sólo se pronunciará sobre la existencia o no de la violación de un derecho fundamental, no sobre cuestiones de mera legalidad.
- 2) La única pretensión del recurso de amparo constitucional es restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de las cuales se formuló el recurso.⁵⁵

del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril es más satisfactoria. Respecto del ámbito penal, ya se ha señalado que no existe en la actualidad un procedimiento que desarrolle el art. 53.2 CE. Como excepción queda la regulación de la Ley 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en vía contencioso-administrativa puede solicitarse a través de varios medios, a elección del recurrente, y cumple con los criterios de sumariedad y preferencia como se estudiará más adelante.

⁵² En nuestro ordenamiento jurídico, la subsidiariedad se manifiesta de una manera explícita en la doble exigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) de agotamiento de las posibilidades de revisión en vía ordinaria de las actuaciones que presuntamente vulneren los derechos fundamentales (art. 43.1 y 44.1.a) LOTC) y de la invocación del derecho supuestamente violado en el proceso judicial previo (El artículo 43 LOTC no recoge expresamente el requisito de la invocación del derecho fundamental vulnerado, sin embargo el Tribunal Constitucional exige para abrir la vía de amparo constitucional. ATC 365/1984; STC 71/1989, Fj 2). Ambas exigencias, como hemos señalado con anterioridad, permiten a los Tribunales ordinarios la realización de su función principal: la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

⁵³ Solo los contenidos en los arts. 14-30 CE.

⁵⁴ PÉREZ TREMPs, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 24-29. El carácter definitivo es matizado por el autor en las págs. 27-29.

⁵⁵ Art. 55 LOTC.

- 3) La legitimidad activa es igual que en el proceso ordinario, es decir, cualquier persona que tenga un interés legítimo en la reparación de un derecho fundamental amparable.
- 4) La legitimidad pasiva sólo pueden ostentarla poderes públicos y de la forma que establecen los arts. 42-44 LOTC. Por tanto, sólo pueden ser objeto de recurso de amparo constitucional:
 - a) En primer lugar, en virtud del art. 42 LOTC, los actos o decisiones *sin valor de Ley* emanadas por el Parlamento nacional o Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas. No rige aquí el principio de subsidiariedad, sino que puede ser planteado directamente ante el Tribunal Constitucional.⁵⁶
 - b) En segundo lugar, según establece el art. 43 LOTC, disposiciones, actos jurídicos o vía de hecho del Gobierno, sus autoridades u órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas.⁵⁷

⁵⁶ 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 y Asambleas, sean firmes."

⁵⁷ 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. 2) El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial. 3) El recurso solo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo." Para una violación de cualquiera de estos entes el Legislador ha previsto tres procedimientos distintos alternativos revistos en la Ley 28/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA). Cualquiera de ellos agotan la vía judicial previa que exige el principio de subsidiariedad. Sucintamente, estos procedimientos son:

1) "Procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos fundamentales" (art. 114 y ss de LJCA): en este procedimiento especial (Que sustituye a arts. 6-10 Ley 62/78 LJPDPF) pueden hacerse valer las pretensiones destinadas a restablecer o preservar los mismos derechos y libertades que se tutelan mediante el recurso de amparo constitucional (art. 114.2 LJCA). Las principales características son: a) procedimiento de tramitación preferente por relación a cualquier otro recurso contencioso-administrativo (art. 114.3 LJCA); b) De carácter urgente: los plazos tanto de interposición y resolución son considerablemente más breves; c) No establece como regla general el carácter suspensivo del recurso, como lo hacía la Ley 62/1978 LJPDPF, sino que se remite a las normas generales sobre medidas cautelares de la LJCA (arts. 129 y ss); d) Regula una variante: art. 122: impugnación de la prohibición o propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de Reunión que no sean aceptadas por los promotores. Se da un trámite brevísimo (48 horas improrrogables). Este procedimiento especial (y en su caso el del art. 122) es la vía judicial previa adecuada al recurso de amparo, ya que tiene la misma finalidad de tutela de los derechos fundamentales contra actos, decisiones o actuaciones en vía de hecho de la Administración.

- c) En tercer y último lugar, respetando lo que establece el art. 44 LOTC, actos u omisiones de un órgano judicial.⁵⁸

6.2. Requisitos:

Además, para que el recurso de amparo constitucional tenga éxito han de darse tres requisitos:

- 1) Sólo si en sede ordinaria no se ha puesto remedio suficiente a la vulneración de los derechos fundamentales, cabrá acudir en amparo al Tribunal Constitucional.
- 2) Para ello se exige el agotamiento⁵⁹ de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial ordinaria con la excepción ya mencionada de las vulneraciones ocasionadas por actos sin valor de Ley de los órganos legislativos (art. 43 LOTC).

Debido a la complejidad de los ordenamientos jurídicos actuales, es difícil determinar cuándo se ha agotado todos los recursos en un determinado proce-

2) Procedimiento contencioso-administrativo ordinario (Título IV de LJCA): a este procedimiento no está vedado que se articulen pretensiones relacionadas con la defensa de los derechos susceptibles de amparo constitucional. En muchas ocasiones, aunque el procedimiento sea más lento, convendrá a la parte actora, ya que en él puede hacerse valer otras pretensiones y aducirse otros motivos de impugnación, de mera legalidad ordinaria.

3) Procedimiento contencioso administrativo abreviado (art. 78 LJCA): su tramitación normalmente será más rápida que el procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales de la persona, Sánchez Morón, M.: "Artículo 43", en Requejo Pajés, J.L. (Coord.) "Comentarios a la LOTC", Tribunal Constitucional/BOE, Madrid, 2001, pp.688-694 Garberí Llobregat, "La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1988., pág. 67.

⁵⁸ 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: a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. 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, entrara a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello. 2) El plazo para interponer el recurso de amparo será de veinte días a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

⁵⁹ La primera cuestión que surge tras la lectura de los artículos 43.1 y 44.1 a) LOTC es cuál debe ser la vía judicial previa que ha de agotarse antes de acudir al amparo constitucional. La única respuesta genérica posible, debido a la complejidad del ordenamiento procesal, es que la vía judicial previa o procedente varía según el tipo de lesión denunciada. Por tanto, es preciso diferenciar entre los supuestos de lesiones procedentes de las administraciones públicas y del poder ejecutivo (art. 43 LOTC) y las imputadas a los órganos judiciales (art. 44 LOTC).

dimiento. No hay una fórmula general para cumplir con este requisito, sino que dependerá directamente del orden jurisdiccional en que nos hallemos y del caso que se esté sustanciando.⁶⁰

Ante semejante incertidumbre, el Tribunal Constitucional ha sentado un criterio al respecto: la razonabilidad a la hora de deducir de cada caso los actos que en cada momento las partes deben de llevar a cabo⁶¹. Y este criterio de razonabilidad⁶² implica una serie de consecuencias. La primera de ellas es que el Tribunal Constitucional no exige utilizar todos los medios de impugnación existentes⁶³; La segunda, que tampoco requiere aquellos medios de dudosa existencia o no expresamente previstos por las leyes⁶⁴.

A parte de este criterio de razonabilidad, que debe inspirar la actuación en el proceso del recurso de amparo, PÉREZ TREMPs sistematiza los criterios, que a su juicio, el Tribunal Constitucional determina para decidir si concurre el requisito procesal de agotamiento de la vía judicial previa al amparo⁶⁵: las *normas procesales deben servir de guía* para determinar cuál es la vía procesal previa al recurso de amparo, siendo interpretadas en cada caso a la luz de los tres

⁶⁰ La primera cuestión que surge tras la lectura de los artículos 43.1 y 44.1 a) LOTC es, en efecto, cuál debe ser la vía judicial previa que ha de agotarse antes de acudir al amparo constitucional. Para Pérez-Tremps, la única respuesta genérica posible, debido a la complejidad del ordenamiento procesal, es que la vía judicial previa o procedente varía según el tipo de lesión denunciada. Por tanto, es preciso diferenciar entre los supuestos de lesiones procedentes de las administraciones públicas y del poder ejecutivo (art. 43 LOTC) y las imputadas a los órganos judiciales (art. 44 LOTC). Pérez Tremps, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 208.

⁶¹ STC 50/1990: "No se trata de establecer con total precisión si un recurso era o no procedente, sino de decidir si era razonablemente exigible su interposición, pues, como también hemos señalado, cuando la determinación del recurso procedente requiere un razonamiento excesivamente complejo, no puede exigirse al ciudadano que supere estas dificultades de interpretación." SSTC 50/1990, 142/1992, 27/1994 y 139/1996, entre otras muchas. Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 212; Bachmaier Winter, L., "Nulidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 271/1994 de 17 de octubre", *La Ley*, 1996, págs. 1678, 1679.

⁶² En el sistema constitucional alemán, también podemos encontrar la matización con la que el *Bundesverfassungsgericht* interpreta la exigencia del agotamiento de la vía judicial previa (*Erschöpfung des Rechtswegs*) a través del criterio de la *Zumutbarkeit* (equiparable al de la exigencia razonable). Véase por todos Zuck, R., *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, C.H.Beck, Manchen, 2006, pp. 261-274.

⁶³ "Tampoco implica obligar al recurrente "a utilizar en cada caso todos los medios de impugnación existentes en el ordenamiento, sino aquellos que razonablemente convengan": STC 30/1982, de 1 de junio, Fj 2; STC 5/1986, de 21 de enero, Fj 2; 48/1989, de 21 de febrero, Fj 2; 27/1994 de 27 de enero, Fj 1)

⁶⁴ STC 18/1994, de 20 de enero, Fj 2 (doctrina ya sentada por las SSTC 29/1983, de 26 de abril Fj 1; 188/1990, de 26 de noviembre, Fj 3; 26/1991, de 11 de febrero, Fj 1; 142/1992, de 13 de octubre, Fj 3 y 11/1993, de 18 de enero, Fj 1).

⁶⁵ Pérez Tremps, *El recurso de amparo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 210-222.

criterios siguientes. En primer lugar, la vía procesal previa *debe ser adecuada para reparar la lesión denunciada*; En segundo lugar, la lesión del derecho *debe ser efectiva*⁶⁶; En tercer y último lugar, la *actitud procesal del recurrente*, a la vista de las circunstancias del caso, *puede ser relevante* para determinar si se ha agotado la vía judicial previa.⁶⁷

No obstante, esta flexibilización de las exigencias para determinar el agotamiento de la vía judicial previa⁶⁸ no significa que la estimación de si es o no necesario interponer un determinado recurso “pueda quedar al arbitrio del recurrente⁶⁹. Al contrario, se insiste en la necesidad de agotar todos los medios de impugnación ordinarios o extraordinarios antes de acudir al amparo constitucional.”⁷⁰ Basta “la utilización de aquellos que razonablemente puedan considerarse como pertinentes sin necesidad de complejos análisis jurídicos”⁷¹

3) Invocación del derecho supuestamente violado en el proceso judicial previo

La invocación del derecho vulnerado es el último requisito para acudir en amparo constitucional. Aunque no está expresamente sancionado en el artículo 43 LOTC, el Tribunal Constitucional entiende, que esta exigencia está estrechamente derivada de la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, y por tanto, debe cumplirse en todos aquellos supuestos en los que haya existido una vía judicial

⁶⁶ En ocasiones la efectividad de la lesión sólo se hace realidad como consecuencia de la firmeza de otra decisión judicial.

⁶⁷ Es de consideración tener en cuenta que si el recurrente impide con su conducta procesal que los órganos judiciales entraran a reparar la lesión, la vía judicial previa no se ha agotado correctamente”: STC 9/1992, AATC 114/1983, 215/1984, STC 85/1999.

⁶⁸ La flexibilidad del Tribunal a la hora de interpretar la exigencia del agotamiento de la vía judicial previa es mucho mayor cuando la vía judicial previa tiene características singulares que afectan a la propia pericia del recurrente, como en el caso de procesos en los que no se precisa asistencia letrada (STC 140/2000).

⁶⁹ Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional no considera que se haya agotado la vía judicial previa, en primer lugar, si los recursos procedentes no son interpuestos en tiempo y forma de acuerdo con las leyes, pues no basta con interponer acciones y recursos inadmisibles. (STC 112/1983, de 5 de diciembre); En segundo lugar, si se sigue un procedimiento judicial inadecuado, que impida fallar sobre el fondo de la supuesta vulneración de los derechos fundamentales (STC 100/1986, de 14 de julio); En tercer lugar, cuando el recurso procedente no se admite por el juez o tribunal con competencia para ello. SSTC 12/1982, de 31 de marzo; 31/1984, de 7 de marzo; 148/1986, de 25 de noviembre; 35/1987, de 18 de marzo; 47/1990, de 20 de marzo; 160/1991, de 18 de julio; 363/1993, de 13 de diciembre, etc...”, Sánchez Morón, M, “Comentarios al artículo 43 LOTC”, en Requejo Pagés, J.L., (Coord.) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/BOE, Madrid, 2001, pág. 690.

⁷⁰ STC 211/1999, Fj 2

⁷¹ STC 235/1997, Fj 3; también SSTC 142/1992, 211/1999

previa, y en consecuencia, tanto en los supuestos tanto del art. 44 LOTC como en los del art. 43 LOTC.

El Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación flexible⁷² y finalista⁷³ de este requisito. Por tanto, la invocación no puede convertirse en un mero trámite o formalismo retórico, ya que constituye para el Tribunal ordinario la primera noticia de que en su comportamiento ha podido cometer una vulneración de algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y su primera oportunidad para remediarlo.⁷⁴

Una vez concluida la vía judicial previa del art. 44.1.c) LOTC, el requisito de la invocación de la vulneración del derecho fundamental opera como un presupuesto procesal, puesto que de su cumplimiento depende la admisión del recurso de amparo constitucional.⁷⁵ Su incumplimiento determina el no superar la fase de admisión del recurso de amparo constitucional.⁷⁶

En virtud del art. 44.1.c) LOTC, el momento procesal oportuno para la invocación es “tan pronto como, conocida la presunta violación, hubiera lugar para ello.” El Tribunal Constitucional ha concretado el contenido de estas específicas provisiones. En primer lugar, si el recurrente espera al recurso pudiendo haber efectuado la invocación antes, precluye la posibilidad de invocar el derecho vulnerado⁷⁷ En segundo lugar, la violación ha de ser conocida. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no es exigible efectuarla si no se ha tenido conocimiento cierto de la vulneración⁷⁸ ni tampoco si no hay constancia de la lesión para el actor. El momento propicio para realizar la invocación del derecho no es cuando haya sospechas o amenazas de lesión sino cuando ésta se haya hecho efectiva ya que sólo entonces cabe articular procesalmente su protección.⁷⁹

La invocación, por tanto, constituye una carga procesal, de manera que ha de realizarse de forma expresa y no puede presumirse. Pero hay que interpretar esta carga procesal desde un punto de vista flexible. El Tribunal Constitucional no exige, so pena de inadmisión, realizar indispensablemente la invocación de forma

⁷² STC 224/1999, FJ 2

⁷³ SSTC 187/1995, 57/1996, 146/1998, 62/1999”: STC 90/1999 Fj2, STC 4/2000, Fj 3

⁷⁴ Garberí Llobregat, J., “La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1988, pág. 465.

⁷⁵ Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 771/1985,

⁷⁶ A título de ejemplo, AATC 142/85; 145/1985; 943/1985...

⁷⁷ STC 171/1992, Fj 3; STC 77/1999, Fj 3.

⁷⁸ STC de 14 de noviembre de 1983.

⁷⁹ STC 176/2002, Fj 2.

numérica de un artículo de la Constitución. Es suficiente, para la correcta cumplimiento del requisito, la invocación del derecho presuntamente violado⁸⁰.

En la actualidad el Tribunal Constitucional español sufre una sobrecarga de trabajo que atenaza su actividad y el cumplimiento de sus funciones, entre ellas, la tutela de los derechos fundamentales en un tiempo adecuado. La experiencia que ofrece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de relieve dos cuestiones. La primera hace referencia a que una de las causas de la avalancha de recursos ha sido el desconocimiento de la nota de subsidiariedad característica del recurso de amparo⁸¹, ya que muchos litigantes emplean el recurso de amparo como una tercera instancia o “supercasación”. La segunda cuestión se refiere a la necesidad de establecer filtros más eficientes para que los casos sin trascendencia, tanto objetiva como subjetiva, no accedan a la jurisdicción del Tribunal Constitucional. Sobre este último punto se centra el anteproyecto de ley de reforma de la LOTC que se está discutiendo en la actualidad en el Parlamento español y que dará mucho que hablar en un futuro cercano.⁸²

VII. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- BASTIDA FREIJEDO, F., VILLAVERDE, I., *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- CARRILLO, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, BOE-CEC, Madrid, 1995.
- CASCAJO CASTRO, J.L., GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1992.
- GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- GIMENO SENDRA, V., MORENILLA ALLARD, P., *Los procesos de amparo, Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional y Europeo*, 1ª Edición, Colex, Madrid, 2003.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*. Trotta, Valladolid, 1999.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1998.

⁸⁰ STC 224/1999, FJ 2.

⁸¹ Carrillo, M., *La tutela... Ob. Cit.*, pág. 80

⁸² Boletín Oficial de las Cortes Generales el 25 de noviembre del 2005 (serie A, nº 60-1, Proyecto de Ley Orgánica 121/000060).

- PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., (Coord.) *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional/BOE, Madrid, 2001.

Hemerografía

- BORRAJO INIESTA, I., "Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes." *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 43, 1995.
- BUSTOS GISBERT, R., "¿Está agotado el modelo de recurso de amparo diseñado en la Constitución Española?", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº4, 2º semestre 1999.
- CARRILLO, M., "La aplicación Judicial de la Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 71, 2004.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., "La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo constitucional", *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, 1988.
- PRIETO SANCHÍS, L., "El constitucionalismo de los derechos", *Revista Española Derecho Constitucional*, nº 71, 2004.