

**DERECHOS EN SERIO, RECURSO DE
AMPARO, REORDENACIÓN DE LA
GARANTÍA JUDICIAL Y REFORMA
DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER
JUDICIAL**

PEDRO TENORIO

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO. 2. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 3. NECESIDAD DE LA REFORMA DE 2007. 4. DEBATE ACERCA DEL CONTENIDO DE LA REFORMA. 5. REFORMA DE 2007. 6. BALANCE DE LA REFORMA DE 2007. 7. MEDIDAS POSIBLES.

DERECHOS EN SERIO, RECURSO DE AMPARO, REORDENACIÓN DE LA GARANTÍA JUDICIAL Y REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

PEDRO TENORIO
Catedrático de Derecho constitucional. UNED.
Ex Letrado del Tribunal Constitucional

1. PLANTEAMIENTO

1. Obviamente, con el título de este trabajo pretendemos evocar el conocido libro *Taking Rights seriously*¹ y rendir homenaje a su autor, Ronald Dworkin, quien en el referido volumen incluyó un trabajo titulado «Constitutional cases»² en el que sostuvo determinada naturaleza (y consiguiente interpretación y aplicación) de las normas constitucionales, logrando una formulación de gran importancia teórica e histórica³. Su construcción⁴ es la distinción más conocida en la

¹ CAMBRIDGE, MA. Harvard University Press, 1977, pp. 131 y ss.

² Publicado originalmente como «The Jurisprudence of Richard Nixon» en el *New York Review of Books*, con ligeras diferencias.

³ Para Dworkin, el significado de determinados términos generales de la Constitución, como «due process of law», o «equal protection» se limita a lo que los redactores de estas disposiciones tenían en mente en el momento en que las escribieron, pero para algunos una disposición constitucional también se refiere a cosas que los redactores habrían incluido si hubieran pensado en ellas. Dworkin compartía las innovaciones en Derecho constitucional llevadas a cabo por el Tribunal Warren, porque consideraba que representaban esfuerzos de buena fe para aplicar las disposiciones del texto constitucional con lealtad al mismo, es decir, estimaba que se puede ser leal a un texto constitucional que no cambia apoyando cambios en la interpretación del texto.

⁴ Para Dworkin, al interpretar y aplicar el texto hay que distinguir entre conceptos y concepciones. Expliquemos la distinción traduciendo sus palabras:

«Supongamos que digo a mis hijos simplemente que espero que no traten a los demás de manera injusta. Sin duda tengo en mente ejemplos de conducta que pretendo excluir, pero yo no aceptaría

filosofía del derecho de nuestros días: la diferenciación entre conceptos constitucionales y concepciones de tales conceptos. Pero además, ha tenido el significado histórico de fundamentar los giros jurisprudenciales del Tribunal Warren⁵.

Naturalmente, el objeto de este trabajo es mucho más modesto y supone una tarea previa a aquella de que se ocupa Dworkin en el libro. Se refiere a la ordenación judicial de los derechos fundamentales. Se formula al hilo de la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) elaborada por la Comisión institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 marzo 2012, (en adelante, la Propuesta o el Borrador) para la elaboración de una Propuesta de texto articulado de LOPJ y de Ley de Demarcación y Planta judicial. Pretende desarrollar la idea de que, a pesar de los esfuerzos del legislador y del Tribunal Constitucional, en la actualidad, nuestro sistema de amparo judicial sigue siendo mejorable, enunciando algunos cambios que vamos a proponer, unos en el ámbito interpretativo y otros en el legislativo. Propuestas que vamos a realizar como fruto de opiniones provisionales, animados por la idea de contribuir a la profundización del debate abierto más que a cerrarlo.

2. El Estado de Derecho siempre ha sido, en realidad, un Estado de derechos fundamentales. Estado de Derecho no es aquel que solamente se somete a una ley previamente dictada, sino sobre todo el que respeta los derechos fundamentales. Lo repite la doctrina, una y otra vez, profundizando en el significado de los derechos fundamentales. Y nuestro Tribunal Constitucional reitera continuamente que los derechos fundamentales no son sólo derechos subjetivos, sino elementos objetivos del ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales son el núcleo del significado de la palabra «Derecho» cuando se habla de Estado de Derecho⁶.

que mi significado se limitara a esos ejemplos por dos razones. En primer lugar, espero que mis hijos apliquen mis instrucciones a situaciones en las cuales yo no haya pensado. En segundo lugar, debo admitir que algunos actos concretos que he pensado que eran justos cuando hablé podrían resultar injustos, o viceversa, si uno de mis hijos me convence de eso posteriormente; en ese caso me gustaría decir que mis instrucciones no se referían al caso citado, no que he cambiado mis instrucciones. Esto quiere decir que yo pretendo dirigir mi familia a través del concepto de justicia, no mediante la concepción de conducta justa que tenía yo en mente» (Dworkin, op. cit. supra nota 1, p. 134).

⁵ El artículo de Dworkin es un intento de descubrir si las críticas contra el Tribunal Warren protagonizadas por el Presidente Richard Nixon eran defendibles o no, fundándose como se fundaban en su oposición a lo que llamaban el activismo judicial de la era Warren. En opinión de Dworkin, las críticas al Tribunal Warren encubrían discrepancias con Sentencias concretas, como *Brown*, *Reynolds* o *Gideon*, pero no eran válidas para cuestionar la metodología del Tribunal.

⁶ Resulta significativo que, en la actualidad, incluso es considerado un vicio de nulidad de pleno Derecho, conforme a la Ley 30/1992, la vulneración por un acto de la Administración de un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional. V. JORDANO FRAGA, J., *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, 1997).

Resulta innecesario, en suma, abundar en la importancia de los derechos fundamentales. Si hubiera que elegir un rasgo de las modernas democracias habría que destacar este: el respeto de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos. Incluso el carácter democrático del Estado puede considerarse una consecuencia de ello, más que el rasgo fundamental del sistema.

Tampoco es necesario aquí incidir en la relevancia que le dieron los constituyentes a los derechos fundamentales. Quisieron que fueran directamente aplicables, no condicionados a leyes de desarrollo. Y que las leyes que los regularan respetaran el contenido esencial de los mismos. De todo esto se deriva la relevancia del curso de las reformas que directa o indirectamente afecten al Tribunal Constitucional y al recurso de amparo ante el mismo.

3. En febrero de 2013 se ha hecho pública la Propuesta de reforma de la LOPJ a que hemos hecho referencia, que constituye la ocasión para este trabajo.

Son muchos los aspectos del Borrador dignos de elogio: reforzamiento del recurso de casación, sustitución del partido judicial por la provincia (con creación de los nuevos tribunales de instancia), profesionalización de la carrera judicial, aclaración de que la oficina judicial forma parte del funcionamiento de los tribunales.

Desde el punto de vista de las garantías de los derechos fundamentales, hemos de resaltar dos novedades: el establecimiento de la posibilidad de que se revisen sentencias firmes como consecuencia de pronunciamientos del TEDH y la vuelta al régimen anterior a 2007 en la regulación del incidente de nulidad de actuaciones.

En este trabajo vamos a comentar principalmente la segunda novedad, un cambio que puede parecer insignificante pero que tiene su importancia, en especial, para la justicia constitucional. De prosperar la propuesta del borrador, quedará derogado el actual artículo 241.1 LOPJ, en la redacción que le dió la Disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007, que amplió los supuestos de viabilidad del incidente de nulidad de actuaciones, añadiendo a los que antes se preveían (defectos formales que generen indefensión o incongruencia del fallo) la fundamentación del mismo en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, es decir, cualquiera de los derechos fundamentales susceptibles de amparo ante el Tribunal Constitucional, que como se sabe son los comprendidos entre los artículos 14 a 29, más el 30.2 CE.

En efecto, el artículo 218.1 del Borrador⁷, pasa a decir lo mismo que decía el artículo 241.1 LOPJ antes de la Ley Orgánica de reforma de la LOTC de 2007,

⁷ En el Capítulo V («De la nulidad de los actos procesales y del régimen de nulidad de las actuaciones»), del Título III («Del régimen de funcionamiento de los tribunales»), del Libro II, titulado «De la organización y funcionamiento de los tribunales», capítulo que comprende los

Disposición final primera. Es decir, el incidente de nulidad de actuaciones será improcedente por regla general, siendo sólo admisible cuando se promueva para denunciar defectos formales que generen indefensión o incongruencia en el fallo.

Como vamos a desarrollar en los epígrafes siguientes, este cambio se ha de valorar positivamente, pero obliga a reconsiderar el régimen del recurso de amparo y en general la garantía de los derechos fundamentales en nuestro sistema, toda vez que esa configuración del incidente de nulidad de actuaciones era el contrapeso que se estableció a la limitación del recurso de amparo a los supuestos de «especial trascendencia constitucional». Además, la reforma de 2007 debe ser repasada, porque no ha dado el resultado buscado, al menos en su totalidad.

Pero antes de desarrollar estas cuestiones, la importancia del otro cambio (ejecución de las SSTEDH) nos obliga a realizar algún comentario sobre el mismo.

2. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

1. Respecto a la cuestión de la ejecución de sentencias del TEDH en el Derecho interno⁸, se han producido dos novedades recientes. Por una parte, un Auto del Tribunal Supremo que sostiene que el incidente de nulidad de actuaciones es idóneo para ejecutar una sentencia del TEDH. Por otra parte, la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que propone la revisión de la sentencia firme.

artículos 212 a 219, ambos inclusive. Si los comparamos con la regulación que le dio a la nulidad de actuaciones la LOPJ con anterioridad a 2007, vemos que coincide.

⁸ Para este epígrafe segundo, relativo a la incidencia del Borrador en la cuestión de la ejecución de las sentencias del TEDH, v. principalmente el excelente trabajo de DE MIGUEL CANUTO, E., «Eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Quincena fiscal*, núm. octubre 2013, págs. 1 y ss. V. asimismo DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid, 2.^a ed., 2005; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., LINDE PANIAGUA, E., ORTEGA ÁLVAREZ, L., SÁNCHEZ MORÓN, M., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.^a ed., Madrid, 1983; GARCÍA JIMÉNEZ, M.E., *El Convenio de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, Valencia, 1988; GARCÍA ROCA, F.J., y SANTO-LAYA MACHETTI, P., (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., *La Europa de los Derechos*, Madrid, 1998; MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L., *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Madrid, 2006; RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, 2007; RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997; SALINAS ALCEGA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos en el siglo XXI: el proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, Madrid, 2009; SHELTON, D., *Remedies International Human Right Law*, 2.^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2005.

2. La doctrina jurisprudencial de las dos últimas décadas venía aceptando que las sentencias del TEDH carecen en España de efecto anulatorio, esto es, no privan de validez al acto interno causante de la vulneración del Convenio y que las referidas sentencias tienen carácter declarativo, careciendo de la eficacia ejecutiva propia de una sentencia genuina.

El debate acerca de la eficacia de las sentencias del TEDH comenzó en el recurso de amparo resuelto por STC 245/1991, de 16 de diciembre, en el caso *Bultó*. Según nuestro Tribunal, el Convenio Europeo no obliga a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ni tampoco a introducir reformas legales que permitan la revisión judicial de las Sentencias firmes a consecuencia de la declaración por el TEDH de la violación de un derecho de los reconocidos por el CEDH, pero ello no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio (STC 245/1991, de 16 de diciembre, caso *Bultó*, FJ 2). Concretamente, en aquél caso, el Tribunal Constitucional argumenta la permanencia o actualidad de la lesión del derecho fundamental y concluye la estimación del recurso de amparo. En aplicación de esta doctrina se ha ido asentando una postura negativa ante la ejecución de sentencias estimatorias del TEDH, pero periódicamente, tanto el legislador como los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional se plantean cómo resolver esta contradicción o, si se quiere, esta laguna. ¿Qué procedimiento debe ser seguido para vehicular la anulación, en los casos en que proceda, por excepcionales que sean los mismos? Se ha intentado acudir al incidente de ejecución⁹, al recurso extraordinario de revisión¹⁰, al incidente de nulidad de actuaciones¹¹, al propio recurso de amparo¹². Todos los intentos han fracasado.

Ahora bien, en la Recomendación (2000) 2 del Comité de Ministros, de 19 de enero de 2009, se solicita a los Estados firmantes del Convenio adoptar medidas legislativas que consientan y regulen fórmulas de reapertura de los procedi-

⁹ Los problemas encontrados en este intento y su resultado denegatorio se ven en el caso *Fuentes Bobo*, resuelto por STC 197/2006, de 3 de julio, que refiere a un proceso por despido.

¹⁰ Exponente de este intento es el caso *Castillo Algar*, resuelto por ATC 96/2001, de 24 de abril, que tampoco abrió como camino el referido recurso.

¹¹ En el caso *Perote Pellón*, resuelto por STC 313/2005, de 12 de diciembre, frente a la Sentencia desestimatoria del recurso de casación previa sentencia del Tribunal Central, se presentó demanda ante el TEDH y se obtuvo Sentencia estimatoria, lo que llevó al recurrente a formular incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo.

¹² El intento tampoco prosperó: caso *de la Fuente Ariza*, resuelto por ATC 119/2010, de 4 de octubre.

mientos internos ante una Sentencia favorable, especialmente cuando sea la única forma de modificar las consecuencias negativas muy graves para la parte lesionada que resultan de la decisión interna.

En este contexto¹³ ha aparecido la tesis del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo¹⁴, según la cual la regulación actual del incidente de nulidad de actuaciones establecida por la LO 6/2007¹⁵, lo hace adecuado para encajar la pretensión de reposición de actuaciones cuando sea necesaria para llevar a cabo la ejecución de una sentencia estimatoria del TEDH, conforme a una resolución recientemente dictada. El referido Auto del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013 resuelve un incidente de nulidad de actuaciones en que el recurrente solicita la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo, con retroacción de actuaciones al momento de dictar sentencia, con base en una sentencia estimatoria del TEDH por vulneración del derecho a un tribunal. El Tribunal Supremo sintetiza la doctrina del Tribunal Constitucional y sostiene que el cambio normativo¹⁶ experimentado en la regulación del incidente de

¹³ En el ámbito doctrinal (GARCÍA COUSO, S., en «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de derechos fundamentales*, núm. 15, Primer semestre, 2010, págs. 161 y ss.) se ha propuesto entregar esta competencia al Tribunal Constitucional, interpretando muy ampliamente uno de los motivos que, según la STC 155/2009, otorgan un recurso «especial trascendencia constitucional», (que el mismo dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia (...) de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE»), de modo que no comprenda sólo a Sentencias posteriores al cambio de doctrina por el TEDH, sino que incluya la propia resolución que ha dado lugar a declarar la vulneración del derecho por parte del Estado español. Esto llevará a configurar el amparo constitucional como un mecanismo procesal a través del cual pueda procederse a la reapertura de procedimientos internos tras una violación constatada por el TEDH, acudiendo directamente a él. Esta solución se inspira en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, en el asunto *Barbera*. Cuyo criterio se ha visto paulatinamente abandonado por el Tribunal aunque no expresamente rechazado.

¹⁴ Auto del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, recurso n.º 4386/1998, Ponente ORO-PULIDO LÓPEZ. Un análisis del mismo y de sus consecuencias en de MIGUEL CANUTO, E., op. cit. supra, págs. 9 a 14.

¹⁵ La clave está en los motivos de nulidad. Frente a la anterior regulación en que los motivos eran defectos de forma causantes de indefensión e incongruencia del fallo, la LO 6/2007 amplía los motivos a «cualquier vulneración de un derecho fundamental del artículo 53.2 de la Constitución».

¹⁶ Como recuerda el Auto, en relación con la inviabilidad del incidente de nulidad de actuaciones para canalizar una pretensión de esta índole, se pronunció el Auto de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2005 (recurso de casación n.º 2419/1997), «si bien —y

nulidad de actuaciones por la LO 6/2007 hace a este último apto para dar ejecución a una sentencia estimatoria del TEDH¹⁷.

¿Qué valoración merece esta iniciativa del Tribunal Supremo?

1) Hacer prevalecer las sentencias del TEDH sobre sentencias firmes españolas, es algo que corresponde al legislador, no a una interpretación forzada de una ley que no ha sido dictada con ese objeto¹⁸.

2) En el marco de la doctrina introducida por el Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, el carácter actual o subsistente de la violación del derecho fundamental resulta ser clave¹⁹. Ahora bien, examinando la elaboración que sobre este punto ha ido efectuando la jurisprudencia constitucional²⁰

esto es importante— en relación con la redacción entonces vigente del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial...».

¹⁷ Para el Tribunal Supremo, en el Derecho ahora vigente nos encontramos con que el artículo 241 LOPJ establece que cabe promover el incidente de nulidad de actuaciones «fundado en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución», y esta nueva caracterización legal del incidente, dada la amplitud de la referencia que contiene a la vulneración de derechos fundamentales, abre la puerta a la posibilidad de incluir en su seno, como causa de nulidad susceptible de ser invocada a través del mismo, las infracciones de tales derechos que se constatan y declaran por obra de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (FJ 3).

¹⁸ El Tribunal Supremo es consciente de ello, pues dice adoptar esta postura «a la espera de que el legislador aborde esta cuestión de una vez por todas, mediante una reforma de las leyes procesales».

¹⁹ El Tribunal Supremo cree haber encontrado un cauce procesal para dar ejecución a las sentencias del TEDH (aunque limitado a los derechos que, estando en el CEDH, estén también aludidos en el art. 53.2 CE). Pero acepta un condicionamiento derivado de la doctrina constitucional: el efecto anulatorio pretendido de una previa sentencia dictada por un tribunal interno, y concretamente por el Tribunal Supremo, sólo puede alcanzarse si concurre la subsistencia o la actualidad de la lesión del derecho fundamental, que siga exigiendo medidas de reparación de la vulneración (FJ 3.º in fine, de la STC 197/2006). Explica que: «Por lo demás, ese matiz o salvedad a la regla general, expresamente calificado por el propio TC en sus últimas resoluciones como «rigurosamente excepcional», tan sólo se ha proyectado casuísticamente sobre asuntos de naturaleza penal, si bien no cabe descartar la posibilidad de extenderlo de forma casuística a otras infracciones de derechos fundamentales apreciadas y declaradas por el TEDH aún no estrictamente referidas a la materia penal, en la medida que se trate de violaciones de derechos que puedan considerarse actuales o persistentes, cuya reparación pase necesariamente por una actuación de índole procesal en forma de reposición de las actuaciones al momento en que la violación se cometió».

²⁰ El punto de partida es indubitadamente la doctrina elaborada en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, caso *Bulió*: «... el problema, no consiste pues en la falta de ejecutoriedad de aquella Sentencia (la del TEDH) sino en (que) (c)omprobada la permanencia de una infracción actual del art. 24.2 C.E. (que implica al mismo tiempo la violación del art. 17.1 C.E.), correspon-

para valorar el alcance de la repetida doctrina de nuestro Tribunal Supremo, se concluye que es un concepto de difícil concreción.

3) Lo que es obvio es que el Borrador de LOPJ que comentamos deja sin sentido la interpretación auspiciada por el Tribunal Supremo. En efecto, la referida Propuesta de reforma de la LOPJ postula el recurso de revisión como vía para la ejecución de sentencias estimatorias del TEDH y, por otra parte, el regreso a la redacción anterior a 2007 en cuanto a la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, por lo que la aprobación de esta Propuesta, por ambas razones, pondría fin a la relevancia práctica de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el incidente de nulidad de actuaciones como vía de ejecución de las sentencias del TEDH.

3. La Propuesta de reforma de la LOPJ incluye en el articulado²¹ el siguiente precepto: «1. Lo dispuesto en los artículos anteriores no será óbice para el

de este Tribunal, en la medida en que los actores no han obtenido una reparación adecuada de la infracción de aquel derecho, declarar la alegada infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y corregir y reparar la violación del derecho fundamental, teniendo en cuenta las características de la condena» (FJ 5).

En el ATC 96/2001, de 24 de abril, caso *Castillo Algar*, se argumentará que la satisfacción equitativa es suficiente para entender reparada la vulneración y por ello insubsistente.

En la STC 197/2006, de 3 de julio, caso *Fuentes Bobo*, relativo a un proceso por despido, se entendió que no subsistía la materialidad de la lesión, lo que, junto a la satisfacción equitativa, suponía la reparación de la lesión.

«Tal pretensión resulta inatendible, pues, de un lado, la materialidad de la lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente, que se produjo al ser despedido de su puesto en TVE con efectos desde el 15 de abril de 1994, no subsiste en el momento actual (a diferencia de lo que sí hemos apreciado cuando se trataba de penas privativas de libertad que aún se estaban cumpliendo), ... y, de otro, porque en todo caso no se da ya la actualidad del perjuicio que aquella lesión pudo causar al recurrente, toda vez que fue el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de febrero de 2000, ... el que, habiendo declarado la vulneración de la libertad de expresión, la ha reparado fijando la correspondiente satisfacción equitativa otorgada al recurrente por los perjuicios económicos y morales causados por el despido...» (FJ 4, IV).

Sin embargo, la ausencia de subsistencia de la lesión no es pacífica, sino discutida en el Voto Particular emitido por Pérez Tremps, lo que revela se trata de una noción de difícil asimiento.

En el ATC 129/2008, de 26 de mayo, caso *Puig Panella*, se considera que la lesión no es actual sino pasada, porque la indemnización equitativa supone su reparación. Ello en armonía con la solución dada al caso *Castillo Algar*.

En la STC 119/2010, de 4 de octubre, caso *de la Fuente Ariza*, se niega la actualidad de la lesión, porque el TEDH ya había rechazado por carentes de fundamento los motivos que ahora pretende hacer valer en (el segundo) amparo el recurrente. Lo que el TEDH había declarado contrario al Convenio era la inadmisión del primer amparo.

²¹ Es importante la explicación que da la Exposición de motivos de la Propuesta de reforma de la LOPJ: «comenzando por la potestad jurisdiccional propiamente dicha, la única novedad de

reconocimiento de la jurisdicción de aquellos Tribunales supranacionales e internacionales instituidos por tratados internacionales en que España sea parte. 2. En particular, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos en los que España haya sido parte demandada y en que se declare la violación de un derecho, serán motivo para la revisión de la sentencia firme dictada por el correspondiente Tribunal español en el proceso a quo, a instancia de quien hubiera sido demandante ante dicho Tribunal» (Artículo 5).

Se pueden hacer los siguientes comentarios.

1) La solución adoptada parece ser el recurso de revisión. Será necesario modificar la regulación de los recursos de revisión en los cuatro órdenes jurisdiccionales para introducir el nuevo motivo de revisión y sus elementos configuradores como son el plazo y su *dies a quo*.

2) La revisión por causa convencional tendrá por objeto la sentencia firme dictada por el tribunal español autor de la vulneración del Convenio. Según la Exposición de motivos queda excluida la revisión por infracción de doctrina jurisprudencial del TEDH, en el sentido de que no puede invocar la jurisprudencia un «tercero» distinto al demandante que obtuvo sentencia a su favor.

3) La estimación del recurso traerá la rescisión de la sentencia objeto de revisión. Pero no queda claro si podrá revisarse la ulterior sentencia confirmatoria del Tribunal interno. Ahora bien, esta norma propuesta, integrada en la LOPJ, no afecta al Tribunal constitucional, que no se integra en el Poder judicial y cuyas sentencias no son susceptibles de revisión. Cuando sea el Tribunal Constitucional el autor de la vulneración, el problema permanece sin resolver. La cuestión exigiría reformar la LOTC. Por otra parte, el Tribunal Constitucional normalmente o habrá causado la lesión o, al menos, la habrá confirmado, con lo que el órgano judicial que ejecute la STEDH, de alguna manera, estará haciendo prevalecer su interpretación sobre la del Tribunal Constitucional, salvo que

relieve viene dada por la previsión de que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de un derecho serán motivo suficiente para la revisión de la sentencia firme recaída en el proceso *a quo*. Ello permitirá, en línea con lo que hacen ya otros países europeos, reforzar la influencia en el derecho español de la institución que tiene encomendada la creación de un *ius commune* de los derechos humanos a escala continental y —lo que es aún más importante— dar un remedio satisfactorio a personas que ahora, aun habiendo visto reconocida la vulneración de su derecho, no logran que se restablezca la situación jurídica anterior. Obsérvese que se adopta una muy necesaria precaución: la revisión queda abierta únicamente para la sentencia firme dictada en el caso que luego fue examinado por el Tribunal de Estrasburgo; no para cualquier otra, por muy similar que fuera el asunto en que recayó. Dicho de otro modo, no se permite la revisión de sentencias firmes por infracción —real o presunta— de la jurisprudencia de dicha alta institución internacional».

admitamos que la resolución judicial ejecutante es a su vez recurrible ante el Tribunal Constitucional.

4) Insistimos. Si el Texto propuesto es finalmente aprobado, dejaría sin sentido y sin soporte legal la solución jurisprudencial del ATS de 13 de mayo de 2013, que postula el incidente de nulidad de actuaciones como vehículo de ejecución de las sentencias del TEDH. Considérese que la Propuesta incluye una modificación del incidente de nulidad de actuaciones que toma como modelo la regulación anterior a la reforma operada por la LO 6/2007, con su restricción de motivos de anulación, modificación que por sí misma haría inviable para el futuro la tesis del Tribunal supremo, salvo cuando el vicio constatado por el TEDH fuera un vicio de forma o la incongruencia de la sentencia.

3. NECESIDAD DE LA REFORMA DE 2007

1. Pasando ya a considerar la reforma que constituye el objeto principal de este trabajo, la vuelta a la regulación del incidente de nulidad de actuaciones al régimen anterior a la reforma operada por la LO 6/2007, lo primero que hemos de señalar es que la referida reforma de la LOTC era necesaria. Es preciso decirlo porque sigue siendo muy discutida. La iniciativa partió del propio Tribunal. El Presidente Jiménez de Parga, en 2003, publicaba un artículo en un número especial de la revista de la UNED sobre el XXV aniversario CE en que explicaba que nuestro Alto Tribunal había hecho una labor satisfactoria en relación con los derechos, pero padecía una congestión que hacía incierto su futuro. El interrogante que planteaba este último era si iba a poder seguir resolviendo los asuntos que entraban en el mismo²².

Tal vez el móvil concreto que precipitó eventualmente a la mayoría parlamentaria a la tramitación de la Ley Orgánica en 2007 pudo ser la prolongación de una determinada composición del Tribunal Constitucional y en particular de su presidencia. Así se denunció por la oposición de entonces, en particular por el Grupo Parlamentario del Partido Popular en el Congreso de los diputados. Pero en todo caso, la necesidad de reformar el recurso de amparo venía de muy atrás.

²² «Pero la gran cuestión pendiente que plantea hoy el recurso de amparo —escribía el entonces Presidente de nuestro Alto Tribunal— es la de si el Tribunal va a poder seguir dando respuesta al enorme volumen de recursos que se presenta.». En JIMÉNEZ DE PARGA y CABRE-RA, M., «Veintitrés años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político* de la UNED. Número monográfico. Balance de la Constitución en su XXV aniversario, núms. 58-59, p. 171.

2. Por si se duda, refrámonos sucintamente, una vez más, a la situación insostenible en que se encontraba el Tribunal Constitucional.

La reforma de 2007 se diseñó con base en los datos relativos a 2004²³ y años anteriores al mismo. Pero si queremos dar una panorámica de la situación del Tribunal, podemos brevemente referirnos a la situación que presentaba en 2006, el último año anterior a la ley.

Comenzando por la demanda de justicia constitucional, en el año 2006 entraron en el Registro del Tribunal 11.741 asuntos jurisdiccionales, lo que significaba 2043 más que el año anterior, esto es, un incremento del 21 por ciento²⁴. Naturalmente la abrumadora mayoría eran recursos de amparo (un 97,7 por ciento), para cuya resolución eran competentes antes de la reforma las dos Salas del Tribunal.

²³ Durante el año 2004 nuestro Tribunal Constitucional dictó una declaración y pronunció 255 sentencias. El Pleno dictó la declaración y 62 sentencias; las Salas las 193 restantes (100 la Sala Primera y 93 la Sala Segunda).

Conviene señalar que con ello el Pleno hizo un esfuerzo extraordinario. Concretamente, por ejemplo, el año anterior (2003) dictó solamente 28 sentencias, y en 2005, 42.

Una parte sustancial de la energía del Tribunal se destinaba a la labor de admisión. El Pleno raramente inadmitía recursos de inconstitucionalidad. En el año 2003 inadmitió tres recursos de inconstitucionalidad por haber sido interpuestos fuera de plazo.

En el ámbito de los recursos de amparo, el Tribunal venía inadmitiendo la gran mayoría de los recursos suscitados, así, durante 2004, las Secciones, de tres Magistrados, inadmitieron en total 6.431 amparos, de ellos, la inmensa mayoría mediante simple providencia y sólo 163 mediante Auto. Sólo fueron admitidos 317 asuntos, lo que significa que el Tribunal sólo asumió la carga de dictar en este ámbito 317 nuevas sentencias.

En definitiva, el 95,30 por ciento de los recursos de amparo fueron inadmitidos.

²⁴ Ha de señalarse, en cuanto al enorme incremento de aquellos años de los recursos de amparo, que se debía sobre todo a la materia de inmigración: así, en el año 2006, de los procesos dimanantes del orden contencioso-administrativo, casi 4000 (concretamente 3.963) versaban sobre litigios relacionados con la inmigración: visados y permisos de residencia y trabajo, expulsiones del territorio nacional, etc. (70,95% de todos los recursos procedentes del orden administrativo, lo que equivalía a un 34,55% de la totalidad de los recursos de amparo). Si en el primer semestre de 2005 se interpusieron en esta materia 798 recursos de amparo sobre un total de 4778, en el primer semestre de 2006, habían sido 2600 sobre un total de 6761. De modo que en ese periodo el número total de recursos de amparo aumentó en 1983, y el de los recursos de amparo relacionados con la extranjería en 1902, de donde se colige que el crecimiento del número de recursos de amparo, singularmente acentuado este año, se debe sobre todo al incremento de los recursos en el ámbito de la extranjería.

En ello probablemente influyó la propia jurisprudencia del Tribunal, que como se recordará, en la STC 95/2003, de 22 de mayo, declaró inconstitucional el inciso de la Ley 1/1996 de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que suponía la exclusión de tal derecho a los extranjeros que se encontrasen en España de forma ilegal. Uno de los problemas que parecía existir es que los abogados de oficio presentaban recursos de amparo en nombre de personas con las que ya no tenían contacto. En todo caso, la inmensa mayoría de esos recursos invocaban el art. 24.1 CE y eran inadmitidos liminarmente por providencia.

¿Podía el Tribunal dar respuesta en un término razonable a esta entrada, a esta demanda de justicia constitucional? Veamos cuál era su rendimiento.

Durante el año 2006, nuestro Tribunal Constitucional pronunció 365 sentencias (esto es, 100 más que en 2004, por ejemplo). El Pleno²⁵ dictó 41 sentencias (21 menos que en el 2004); las Salas las 324 restantes (207 la Sala Primera y 117 la Sala Segunda).

Una parte sustancial de la energía del Tribunal se destinaba a la labor de admisión. En particular, a la de los recursos de amparo, de los que se inadmitían la inmensa mayoría²⁶. En definitiva, el 96,30 por ciento de las decisiones respecto de la admisibilidad de los recursos de amparo fueron de inadmisión en 2006.

El dato más alarmante era el incremento de asuntos pendientes: a) De 2000 a 2006 la cifra de asuntos pendientes de admisión al final del año fue aumentando vertiginosamente. Si a finales del año 2000 eran 3958, a finales del año 2006²⁷ eran 13.883. b) A finales del año 2006, el Pleno tenía 622 asuntos pendientes de Sentencia y a lo largo del año, haciendo un esfuerzo extraordinario, había dictado 41 sentencias. A aquel ritmo, el Pleno necesitaba 15 años para resolver los asuntos pendientes. ¿Podría esperar ese tiempo la resolución de un asunto de Pleno ingresado en 2006?

3. Ello tenía como consecuencia que aumentaba el retraso en la resolución de los asuntos. El problema no era nuevo y prolongaría sus consecuencias en el tiempo. Vamos a aludir a un caso significativo.

El 5 de marzo de 2008, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera, estimaba parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el titular y director de la Librería Europa, que había sido condenado como autor de un delito de genocidio previsto en el art. 607.2 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a dos años de prisión, y como autor de un delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas y antisemitas, previsto y penado en el art. 510.1 del Código Penal, sin circunstancias modificativas, a tres años de prisión y doce meses de multa²⁸.

²⁵ Ya se ha hecho referencia al esfuerzo del Pleno.

²⁶ Así, durante 2006, las Secciones, de tres Magistrados, inadmitieron 7370 amparos, de ellos la inmensa mayoría mediante simple providencia, y sólo 84 mediante Auto. Sólo fueron admitidos 316 asuntos.

²⁷ En 2004 eran 7580.

²⁸ La sentencia impugnada consideraba probado, entre otros hechos, que el acusado había venido procediendo de forma habitual y continuada, con posterioridad al mes de junio de 1996, y a sabiendas de la entrada en vigor en España de la actual legislación penal en esta materia, a la distribución, difusión y venta de todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros,

La Audiencia, como decimos, estimó parcialmente el recurso de apelación y apreció que concurría la atenuante de dilaciones indebidas con el carácter de muy cualificada, reduciendo la pena por el delito tipificado en el art. 607.2 del Código Penal a siete meses de prisión. Ello se debió a que la Sección de la Audiencia Provincial, había planteado una cuestión de inconstitucionalidad²⁹ y el subsiguiente procedimiento seguido ante el Tribunal Constitucional había estado paralizado casi 7 años³⁰. La Audiencia consideró patente el perjuicio ocasionado al acusado³¹.

4. El diagnóstico más extendido que se hacía era el siguiente: el Tribunal Constitucional dedicaba demasiado esfuerzo al recurso de amparo, que además, no es indispensable para la justicia constitucional, y que, en la medida en que era necesario y funcional en nuestro sistema, habría cumplido ya su misión histórica³². Además, se cernía sobre las decisiones en este ámbito la amenaza de condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por dilaciones indebidas³³. A lo que se sumaba la consideración de que tampoco es que los recurrentes que piden la tutela del Tribunal Constitucional en amparo la alcancen³⁴. En

publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la segunda guerra mundial, masacre colectiva programada y ejecutada por los responsables de la Alemania nazi que gobernaron en la época de III Reich. La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la raza judía, considerándoles inferiores a los que se debe exterminar como «a las ratas».

²⁹ La cuestión de inconstitucionalidad sería resuelta por la STC 235/2007, de 7 de noviembre.

³⁰ Concretamente, desde el día 27 de noviembre del año 2000 (fecha en la que el Fiscal General del Estado se personó en dicho procedimiento realizando las alegaciones que tuvo por convenientes) hasta el día 6 de noviembre del año 2007 (fecha de la Providencia señalando para votación y fallo de la cuestión de inconstitucionalidad).

³¹ La Audiencia argumentó que durante una parte importante del tiempo transcurrido (desde la fecha de la Sentencia de instancia de fecha 16/11/1998, hasta el auto de ésta Sección de la Audiencia Provincial de fecha 28/07/2003) el acusado estuvo privado de su pasaporte.

³² En el sentido de que ya no era necesario para garantizar la fuerza normativa de la Declaración de derechos su aplicación por el Poder judicial, necesidad que sí había existido recién aprobada la Constitución.

³³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos había empezado a dictar sentencias en las que condenaba a España por dilaciones indebidas: así, en el año 2003 España fue condenada en tres ocasiones por este motivo, si bien ciertamente estábamos lejos de las 325 condenas que se dirigieron a Italia en el año 2002, aun teniendo en cuenta el dato de que en Italia no existe recurso de amparo.

³⁴ Como señala Cabañas, la incidencia real del proceso de amparo como instrumento de reparación de los derechos fundamentales de ciudadanos concretos es escasa. En el año 2004, en concreto, se resolvieron en España por los tribunales ordinarios casi 7 millones y medio de asuntos (7.486.315) y se dictaron más de 1.427.000 sentencias (1.427.750), a lo que hay que sumar autos definitivos de distintos procedimientos (inadmisión de demandas y querellas, estimación en trámite interlocutorio de excepciones procesales insubsanables; o de motivos de oposición a la ejecu-

definitiva, desde el punto de vista del justiciable, tampoco el sistema ofrecía mucho más que el del *certiorari*. ¿Por qué no implantar un modelo similar al estadounidense que acabamos de mencionar?³⁵

El volumen de recursos de inconstitucionalidad y de cuestiones de inconstitucionalidad que se generan en un año sí parecían asumibles por el Tribunal Constitucional, tanto en 2004³⁶ como en 2006³⁷. Y lo siguen pareciendo.

No se dejó de señalar que la cifra de sentencias al año, significaba que no llegaba a tres el número de sentencias al mes por Magistrado, lo cual resultaba una

ción; la resolución de incidentes de impugnación de costas por excesivas; solicitud de medidas cautelares, etc.). Sin embargo, en ese mismo año 2004, el Tribunal Constitucional apenas dictó 146 sentencias estimatorias de amparo y se anularon 175 resoluciones judiciales.

En 2008 los tribunales resolvieron 8.649.663 asuntos, dictaron 1.526.159 sentencias y, sin embargo, se estimaron por el Tribunal Constitucional únicamente 113 sentencias de amparo y se anularon 134 resoluciones judiciales. V. CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 42 y ss. y nota 15.

³⁵ Es verdad, no obstante, que con nuestro sistema, la garantía de que el órgano judicial podría verse enmendado por una sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional es mayor y por tanto, también el control, por más que el número de casos que se enmiendan, respecto del que lo pretenden, sea escaso.

³⁶ El año 2004 puede considerarse un año excepcional en el funcionamiento del Pleno en el sentido de que se consiguió disminuir la pendencia de asuntos. En efecto, el año 2003 quedaban pendientes 507 asuntos, acumulados en 448 procesos. A lo largo del año 2004 se dictaron más del doble de sentencias de Pleno que en 2003. Pero aun así, al final del año los asuntos pendientes sumaban 510, acumulados en 439 procesos.

Detengámonos en este punto. Si había 439 sentencias de Pleno que dictar y el Pleno había sido capaz de dictar 28 sentencias en el año 2003 y 62 en un año extraordinario como 2004, era razonable pensar que el Pleno, ya en aquellos momentos, tenía trabajo para aproximadamente más de 10 años, *rebus sic stantibus*.

Los procesos de amparo pendientes de sentencia al final del año 2004 eran 498, mientras que en el año 2003 eran 413.

También aumentó la cifra de recursos pendientes de resolución en cuanto a su admisibilidad: a finales de 2003 había 6071 asuntos en esta situación, mientras que a finales de 2004 eran 7580. El esfuerzo realizado para dictar sentencias de Pleno pudo incidir negativamente de manera indirecta en este otro ámbito.

No se puede hacer aquí un análisis pormenorizado de otros años, pero sí indicaremos que, con las salvedades que se han ido señalando, era un año similar a los últimos cinco.

³⁷ El año 2006 puede considerarse un año excepcional en el funcionamiento del Pleno en el sentido de que aumentaron mucho los asuntos pendientes. El Pleno concluyó con 124 asuntos pendientes más que el año anterior. Pero también hemos indicado que esto no permitía concluir que el Pleno tampoco fuera a dar abasto una vez descargado el Tribunal Constitucional del amparo, habida cuenta de que, de los asuntos ingresados para el Pleno 2006, había dos bloques de 87 y 67 muy parecidos por lo que, resueltos esos dos asuntos, quedarían resueltos en realidad 116.

cifra escasa. Esto era un cálculo equivocado, tanto para 2004³⁸ como para 2006³⁹. Conviene destacar que, a diferencia de lo que al parecer ocurre en el Tribunal Supremo y en los órganos judiciales colegiados de la jurisdicción ordinaria⁴⁰, los Magistrados del Tribunal Constitucional debaten detalladamente no solamente el sentido de la decisión, sino el tenor literal de la resolución que se dicta, no limitándose a descargar en el ponente de manera exclusiva o principal esta responsabilidad. Buena prueba de ello es que no es excepcional que en las resoluciones del Tribunal Constitucional encontremos que el ponente no solamente expone el parecer de la mayoría, sino que incluso hace un voto particular discrepante⁴¹.

4. DEBATE ACERCA DEL CONTENIDO DE LA REFORMA

1. El tema, por lo demás, no era nuevo. En un principio, las inadmisiones de los recursos de amparo debían hacerse de forma motivada, lo que fue modificado en virtud de reforma de la LOTC por Ley Orgánica 6/1988. Es cierto que hasta 2007, siempre que hubiera lesión de un derecho fundamental, existía recurso de amparo. Sin embargo, la reforma de 2007 no es la primera vez que se ha intentado que las lesiones del derecho fundamental que no sean relevantes no puedan ser fundamento de recurso de amparo. En este sentido, ha de indicarse que ya la referida reforma de 1988 dio pie a que incluso dos Autos del Tribunal Constitucional sostuvieran la idea de que procedía no amparar frente a determinadas lesiones: AATC 248/1994, de 19 septiembre y 182/1997, de 2 junio.

³⁸ Esta observación desconocía el funcionamiento del Tribunal. Un Magistrado de la Sala Primera, Sección Primera, en el año 2004, participó en una Declaración, en 62 sentencias de Pleno, en 100 sentencias de Sala, en unas 1607 (6268/4) providencias de inadmisión, en unos 40 (80/2) Autos de inadmisión y en unas 80 (160/2) providencias de admisión. Esto arroja la cifra de unos 1890 asuntos que hubo de estudiar para deliberar y estampar su firma o eventualmente redactar un voto particular.

³⁹ Un Magistrado de la Sala Primera, Sección Primera, en el año 2006, participó en 41 sentencias de Pleno, en 207 sentencias de Sala, en unas 1842 (6268/4) providencias de inadmisión, en unos 40 (80/2) autos de inadmisión y en unas 80 (160/2) providencias de admisión. Esto arroja la cifra de 2210 asuntos que hubo de estudiar para deliberar y estampar su firma o eventualmente redactar un voto particular.

⁴⁰ Con esta referencia acerca del diferente funcionamiento de hecho en la jurisdicción ordinaria y en la constitucional, no se pretende realizar ningún juicio valorativo sobre el proceder de una y otra, tan solo explicar una de las razones por las que el funcionamiento de la jurisdicción constitucional puede resultar más lento.

⁴¹ Si nos limitamos a buscar ejemplos de ello al azar, podemos encontrar en 2006 al menos un supuesto de ello, la STC 16/2006, de 19 de enero, en la que el Magistrado Conde Martín de Hijas expresa el parecer de la Sala pero formula un Voto particular discrepante.

Y es que la introducción del concepto de contenido constitucional por parte del art. 50.1.c LOTC, que se produjo entonces (1988), fue ya un intento de introducción del *certiorari*. El requisito de la vulneración de un derecho fundamental estaba en el art. 50.1.a LOTC, era ya una condición para la admisión del recurso de amparo con anterioridad a la reforma que introdujo el apartado c. del art. 50.1 LOTC. Por tanto, con esta última introducción se pretendió que el Tribunal pudiera contestar con sucinta providencia de inadmisión los asuntos que discrecionalmente considerara que no tenían interés constitucional.

Lo que ocurrió es que el Tribunal no se atrevió a contestar los asuntos con una providencia de inadmisión prácticamente inmotivada y a seleccionarlos discrecionalmente. Nuestro Tribunal Constitucional no se atrevió a olvidar la naturaleza del referido recurso como instrumento concebido para la defensa de los derechos fundamentales y por ello interpretó que la carencia de contenido constitucional era equivalente a la inexistencia de vulneración constitucional y motivó las providencias de inadmisión por carencia de contenido.

De esta manera, la providencia de inadmisión basada en la carencia de contenido del art. 50.1.c se convirtió en una especie de sentencia desestimatoria anticipada. Es cierto que estas providencias rarísimamente llegaban a la extensión de un folio, pero esto era así porque no recogían los antecedentes de hecho ni referencia alguna a la tramitación del asunto y porque en cuanto a la fundamentación jurídica se hacía muy sucintamente con remisión, siempre, a sentencias del Tribunal Constitucional en las que venía ampliamente fundamentado el criterio del mismo.

2. En el ámbito doctrinal, también era antiguo el tema. De la necesidad de reforma del recurso de amparo, se venía hablando desde hacía bastantes años. La posible «objetivación» del recurso de amparo constitucional ya se planteaba 1992⁴². En 1994 se publicó en la Revista Española de Derecho Constitucional un artículo⁴³ estudiando el modelo del Tribunal Supremo de Estados Unidos, llamado sistema del *certiorari*. Subyacía como preocupación la deriva del recurso de amparo entre nosotros. En su contribución al número extraordinario de Derecho Político de la UNED anteriormente mencionado el entonces Presidente del Tribunal Constitucional, hacía referencia a algunas soluciones propuestas. Jiménez-

⁴² CRUZ VILLALÓN, P., «El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador», en VVAA, *Los procesos constitucionales (Segundo Simposio de Derecho Constitucional)*, Madrid, 1992, págs. 117 ss. y DÍEZ-PICAZO, L.M., «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 40, 1994, pp. 9 y ss.

⁴³ AHUMADA RUIZ, M.Á., «El "certiorari". Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 14, núm. 41, mayo-agosto 1994, pp. 89 y ss.

nez de Parga no se decantaba por ninguna concreta, pero sí decía que el recurso de amparo debía existir, que debía reformarse y que en ningún caso procedía limitar el número fijando un mínimo de cuantía. Precisamente las batallas jurídicas más estimables, decía allí el Presidente, son a veces aquellas en las que se lucha sin pretensiones económicas, o éstas son de escasa importancia.

3. El caso es que en torno al 2007 hubo un intenso debate. Las soluciones propuestas por la doctrina científica al problema han sido sistematizadas por Cabañas⁴⁴, a quien nos remitimos. Aquí tan sólo quisiéramos consignar dos.

a) Por una parte, algunos proponen la descongestión limitando los tribunales cuyas resoluciones puedan recurrirse en amparo. En esta línea se ha propuesto⁴⁵, que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se limite a las resoluciones del Tribunal Supremo y a las de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

b) Una segunda línea doctrinal consistiría en intentar la descongestión mediante la reducción del objeto del amparo. En este sentido, podría situarse la postura del ex Presidente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional Sala Sánchez, quien propuso en el discurso de apertura del año judicial de los años 1994⁴⁶ y 1995⁴⁷ eliminar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por acciones y omisiones de órganos jurisdiccionales que vulneraran el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE⁴⁸. Se basa esta postura en que el art. 53.2 CE lo que establece «en todo caso» es la protección de las libertades y

⁴⁴ En el artículo de CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El recurso de amparo que queremos. (Reflexiones a propósito de la Ley orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la LOTC)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 40 y ss., encontramos una descripción del debate y una sistematización de las posturas que seguimos con alguna diferencia.

⁴⁵ PÉREZ TREMPES, P., en su artículo «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», en AAVV, *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004, págs. 211 y ss.

⁴⁶ *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, en el solemne acto inaugural del Año Judicial celebrado en el Palacio de Justicia el día 12 de septiembre de 1994*, Madrid, 1994, pág. 36.

⁴⁷ *La posición constitucional del Tribunal Supremo. Discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo y Presidente del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, en el solemne acto inaugural del Año Judicial celebrado en el Palacio de Justicia el día 14 de septiembre de 1995*, Madrid, 1995.

⁴⁸ Posteriormente ha mantenido esta tesis en su obra «El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales: delimitación y funciones», en el libro colectivo titulado *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, 2004, pág. 267, e igualmente en su artículo «La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria y la constitucional», en el libro colectivo dirigido por Gimeno Sendra, V., *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor del profesor Almagro Nosete*, Madrid, 2007, pág. 151.

derechos reconocidos en el art. 14, la Sección Primera del Capítulo II del título primero y la objeción de conciencia del art. 30, ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Pero el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sólo existirá, según el art. 53.2 CE, «en su caso»⁴⁹. A lo que se añade que el art. 161.1.b) CE le atribuye al Tribunal Constitucional el conocimiento del recurso de amparo «en los casos y formas que la ley establezca». Esta propuesta va acompañada de la defensa de un sistema procesal eficaz y reforzado de amparo de los derechos fundamentales en el ámbito de los tribunales ordinarios.

4. Especial fascinación despertaba, con razón, el ejemplo del *certiorari* del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que supone la selección discrecional por parte del Tribunal Supremo de los 10 o 12 casos más importantes de cada año. Para que un recurso sea admitido o, dicho de otra forma, para que se le conceda el *certiorari* (acto en virtud del cual se acuerda reclamar las actuaciones del Tribunal que ha entendido en última instancia del asunto para pasar a pronunciarse sobre el mismo el Tribunal Supremo), hace falta que estén de acuerdo al menos cuatro magistrados. Decimos que con razón porque el Tribunal Supremo de Estados Unidos está al día. Resuelve en el plazo de 1 año, en términos generales, todos los asuntos que se le presentan⁵⁰.

5. También pesó que en Alemania hay una cierta objetivación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFa en lo sucesivo)⁵¹. En Alemania el recurso de amparo puede ser admitido bien cuando el asunto planteado tenga trascendencia constitucional, bien cuando se haya producido un perjuicio grave para el recurrente. Esto quiere decir que aunque el recurso de

⁴⁹ Como veremos, la expresión «en su caso» se interpreta por los constitucionalistas en el sentido de referirse al carácter subsidiario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁵⁰ V. el trabajo AHUMADA RUIZ, M. Á., «*Certiorari* y criterios de selección de casos en la última instancia: qué casos, cuántos casos», en *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, págs. 57 y ss.. Sorprende el contraste entre el Tribunal Supremo de EEUU y la situación de nuestro Tribunal Constitucional. Además de ir al día, el Tribunal Supremo de Estados Unidos se diferencia de nuestro Tribunal Constitucional porque: 1) Cada juez tiene 7 u 8 ponencias de sentencias al año nada más. 2) El Tribunal Supremo dicta entre 67 y 70 sentencias al año. 3) El Tribunal tiene un Registro y una Secretaría general potentes que controlan el cumplimiento de los requisitos de tiempo y forma. Requisitos de tiempo y forma que son muy incisivos y detallados en aquel país.

⁵¹ V. el trabajo de SOMMEERMANN, K.P., «La admisibilidad del recurso de amparo en Alemania», en *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2010, págs. 43 y ss. En la actualidad en la República Federal Alemana el recurso de amparo es una competencia de gran importancia. Se presentan ante el TCFa unos 8000 recursos al año si nos atenemos al número registrado.

amparo se concibe hasta cierto punto como un recurso objetivo, es decir, de alguna manera no se concibe primordialmente como un remedio en manos del justiciable, sino como un instrumento para el perfeccionamiento del Derecho objetivo, esta característica general viene atemperada por la disposición que establece que el recurso también se admitirá en caso de perjuicio grave para el justiciable.

5. REFORMA DE 2007

1. Sus principales propósitos fueron, según proclamó la propia Exposición de motivos del proyecto, resolver el colapso del Tribunal Constitucional y reforzar la posición institucional del mismo.

2. Las principales modificaciones⁵², rápidamente enumeradas, serían las siguientes:

a) Reforzamiento de la posición institucional del Tribunal Constitucional⁵³ y de sus miembros, aspecto éste que ya aparecía en el proyecto, que provocó críticas del Consejo General del Poder Judicial y que acaso fue inicialmente⁵⁴ el políticamente más controvertido del proyecto⁵⁵.

b) Nueva forma de nombramiento de los magistrados procedentes del Senado⁵⁶.

⁵² Sobre la reforma de la LO 6/2007, de 24 de mayo, en general, pueden verse los siguientes trabajos: AAVV. *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/3007, de 34 de mayo, de reforma de la LOTC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; AAVV. *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coord. Balaguer Callejón, F., Ed. Tecnos, Madrid, 2008; VVAA, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Dir.-Coord. J. J. Gonzalez Rivas, La Ley, Madrid, 2010; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2008.

⁵³ V. Artículo 4.

⁵⁴ Decimos «inicialmente» porque luego los puntos políticamente más controvertidos, hasta el extremo de dar lugar a un recurso de inconstitucionalidad del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, fueron la prolongación de los mandatos del Presidente y Vicepresidente y la forma de selección de los magistrados elegidos por el Senado.

⁵⁵ Y decimos «del proyecto», y no de su ulterior tramitación, ya que considero que la mayor contribución que podría haber hecho esta reforma al orden constitucional habría sido restablecer el recurso previo de inconstitucionalidad con referencia a las posibles reformas de Estatutos de Autonomía. Una posibilidad que se planteó por vía de enmienda, que debería haber sido acompañada por una disposición transitoria que habilitara expresamente al Tribunal Constitucional para entender el control previo de constitucionalidad de proyectos de reforma cuya tramitación se haya iniciado antes de la ley y que creo que encuentra su fundamento en el de otra propuesta que ya esbozó Torres del Moral en el artículo del número especial de la Revista de la UNED con motivo del XXV aniversario CE, concretamente el control previo de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional.

⁵⁶ Nuevo art. 16, 1 y 2.

c) Prórroga del mandato del Presidente y Vicepresidente⁵⁷.

d) La principal reforma, es, desde el punto de vista jurídico, la pretensión de objetivación del recurso de amparo, que pasa de ser, un recurso subjetivo, a un recurso objetivo⁵⁸.

⁵⁷ El nuevo art. 16.3.

⁵⁸ Esto se instrumenta, como se sabe, mediante la introducción de un requisito adicional para la admisión: la «especial trascendencia constitucional», que se tendrá que justificar en la demanda, lo que conlleva los siguientes cambios en los artículos 49 y 50 LOTC:

— Nuevo art. 49.1 *in fine*:

Los apartados 1 y 4 del artículo 49 quedan redactados como sigue:

«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.

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».

— Nuevo art. 50.1 y 3: el artículo 50 queda redactado como sigue:

«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 [el art. 41 se refiere a los derechos fundamentales amparables y al amparo frente a actos de las Administraciones públicas; el art. 42 al amparo frente a actos de los poderes legislativos; el art. 43 al agotamiento de la vía judicial previa cuando se solicite amparo frente al Ejecutivo; el 44 al amparo frente a vulneraciones de derechos amparables procedentes del Poder judicial; el 45 fue derogado por la LO 8/1984, por la que se reguló el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia; el 46 regula la legitimación para interponer recurso de amparo] y 49 [regulador de la demanda y documentos que la han de acompañar].

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 para su resolución.

3. Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán 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

e) Otros cambios que pueden considerarse menores son, todavía en el ámbito del recurso de amparo, los siguientes: posibilidad de que dicten sentencias de amparo las Secciones⁵⁹; implantación de una preadmisión en manos de las secretarías de justicia⁶⁰; implantación del amparo frente a omisiones⁶¹; se alarga el plazo para recurrir en amparo⁶² y nueva regulación de la suspensión (siguiendo orientaciones avanzadas por la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, en el sentido de ampliar el abanico de medidas cautelares)⁶³.

f) Cambio considerado relevante por el Proyecto fue el que finalmente se plasmó en el reforzamiento de la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa, ampliando los supuestos en los que se puede promover incidente de nulidad de actuaciones: Disposición Final primera⁶⁴.

g) También se retoca la cuestión de inconstitucionalidad (permitiendo la personación de las partes del proceso principal ante el Tribunal Constitucional⁶⁵), o los efectos de las sentencias relativas a la inconstitucionalidad de las leyes⁶⁶.

h) Se prevén multas por recurrir con temeridad o abuso de derecho⁶⁷.

3. Las dos novedades más relevantes que incorporó la reforma, en general, y en particular a los efectos de este trabajo, fueron: a) el trámite de admisión al recurso de amparo, con la introducción del requisito de la «especial trascendencia constitucional», y b) la reforma del incidente de nulidad de actuaciones como recurso previo a la interposición del recurso de amparo.

del plazo fijado en dicho precepto, la Sección acordará la inadmisión mediante providencia, contra la cual no cabrá recurso alguno».

⁵⁹ Nuevos arts. 48, 8.3 y 52.2 y 3.

⁶⁰ Nuevo art. 49.4.

⁶¹ Nuevos arts. 41.2 y 43.1.

⁶² Nuevos arts. 44.2 y 85.2 y 3.

⁶³ Nuevo art. 56.

⁶⁴ Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: El párrafo primero del apartado 1 del artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda redactado en los siguientes términos:

«1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido 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 artículo 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 recurso ordinario ni extraordinario».

⁶⁵ Nuevo art. 37.2.

⁶⁶ Nuevo art. 40.2.

⁶⁷ Nuevo art. 95.3 y 4.

a) La gran novedad es la reforma del régimen de admisión del recurso de amparo. En el régimen anterior a la reforma los recursos de amparo debían admitirse salvo que concurriera alguna de las causas de inadmisión previstas en la ley⁶⁸. La reforma invierte esta orientación al prever que los recursos de amparo sólo se admitirán cuando concurren determinados requisitos y siempre y cuando así lo acuerden por unanimidad los Magistrados de la Sección correspondiente. Si sólo se obtiene mayoría será preciso que decida la Sala.

Los requisitos para la admisión según el nuevo artículo 50 son, por un lado, que se cumplan determinadas exigencias formales contempladas en los artículos 41 a 46 y 49, y, por otro, 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.

Con la reforma de 2007 de la LOTC se va a producir, por parte del legislador, una decidida objetivación del recurso de amparo. Esto se comprueba tanto analizando la voluntad objetiva de la ley como la voluntad subjetiva del legislador. Se pretendió convertir el recurso de amparo en un instrumento excepcional de control (objetivo) de la constitucionalidad de los actos u omisiones judiciales solo cuando la trascendencia constitucional lo aconsejara a juicio del Tribunal Constitucional. Se cambiaba así el anterior sistema (subjetivo) que establecía el recurso a favor de los ciudadanos y frente a toda lesión de un derecho fundamental. Para la admisión no bastaría la concreta vulneración del derecho fundamental, sino que sería necesario que el asunto tuviera «especial trascendencia constitucional», como sería el caso de que fuera necesario fijar doctrina sobre la materia.

En este punto de la objetivación del amparo en la reforma de 2007 hemos de detenernos.

Ha de comenzarse por recordar que la doctrina y el Tribunal Constitucional han reconocido desde siempre la faceta objetiva del amparo⁶⁹. Y desde luego, la voluntad subjetiva del legislador de 2007 fue introducir un sistema objetivo. En efecto, durante la tramitación parlamentaria del proyecto se propuso una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco⁷⁰ para cambiar el apartado 50.1 LOTC siguiendo

⁶⁸ Antiguo art. 50 (inmediatamente anterior a la reforma).

⁶⁹ STC 1/1981, de 26 enero, FJ 2; por todos, CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 44 y ss. y autores allí citados.

⁷⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie A, núm. 60-7, págs. 32 y 33.

do el modelo alemán que mantiene la lesión como causa de amparo pero también configura de manera objetiva el amparo. Pues bien, esta enmienda, que garantizaba un canal a la tutela subjetiva del recurso, sin embargo fue rechazada por la enmienda transaccional del grupo parlamentario socialista que acabó siendo el artículo 50 vigente tras la reforma de la LO de 2007. Podemos, pues, constatar que en determinado momento de tramitación de la reforma de la Ley orgánica el Proyecto tenía una redacción de decidida inspiración alemana, de tal manera que la regla de admisión de los recursos con base en la trascendencia de los mismos se veía atemperada por la admisión de aquellos casos en que hubiera un perjuicio grave para el recurrente. Esta segunda excepción o indicación fue deliberadamente suprimida en la tramitación parlamentaria, de donde se desprende que la desaparición de la alusión al perjuicio grave del recurrente fue voluntaria y conscientemente excluida para que solamente fueran admisibles aquellos recursos de amparo que plantearan no solamente una vulneración de un derecho fundamental, sino además, que fueran especialmente trascendentes constitucionalmente.

El propio Tribunal Constitucional entendió que se había producido una objetivación del amparo en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, si bien precisa que la lesión sigue siendo requisito del amparo, diciendo literalmente que «tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso...»

En el ámbito doctrinal, muchos autores consideran que ha habido una objetivación absoluta del recurso de amparo, lo que unos critican⁷¹ y otros contemplan favorablemente⁷². En sentido crítico, se llega a considerar que la Constitución

⁷¹ Por todos, BACHMAIER WINTER, L., «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo», en *La Ley*, número 4, 2007, D-190, página 1618; y GARRORONA MORALES, Á., «La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica», en AAVV, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 mayo, de reforma de la LOTC*, 2008, págs. 220 y ss.

⁷² Lo juzgan favorablemente CARRILLO, M., «La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008, pág. 104, y «La reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis», en AAVV, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 mayo, de reforma de la LOTC*, 2008, págs. 105 y ss.; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, 2008, págs. 87 y ss.; FOSSAS ESPADALER, E., «El proyecto de reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional», en AAVV, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 mayo, de reforma de la LOTC*, págs. 36 y ss.; MEDINA REY, L. F., en el libro colectivo *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008, págs. 75 y ss. y, con matices, ARAGÓN REYES, M., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 85, Madrid, 2009, pág. 19.

española reconoce a los ciudadanos un auténtico derecho de acceso a la jurisdicción constitucional que les permite defender ante ella, aunque sea subsidiariamente, sus derechos protegidos por el artículo 53.2. Esto, sin embargo, nos parece discutible si recordamos que el análisis de los debates constituyentes permite pensar en una alternatividad entre el amparo judicial y el constitucional, debate que nadie reabre. No se puede constitucionalizar una configuración legal del recurso de amparo que de hecho convierta el Tribunal Constitucional en algo inviable.

Además, tras la reforma operada por la ley de 2007 todavía puede considerarse que ha sobrevivido el fin de tutela subjetiva propio del recurso de amparo⁷³. Creemos que esta es la línea más coherente con la Constitución⁷⁴ y con la naturaleza de la función jurisdiccional, de modo que no sería correcto admitir un recurso de amparo sin contenido constitucional sin visos de lesión constitucional, con el sólo objeto de fijar doctrina.

Por análogos razones, consideramos que la discrecionalidad pura en la elección de los casos puede resultar inconstitucional⁷⁵, aunque se haya expresado alguna autorizada opinión en sentido contrario⁷⁶.

Entendemos que con el sistema de la «especial trascendencia constitucional» la potestad de admisión es una potestad reglada, aunque sea mediante conceptos jurídicos indeterminados o abiertos⁷⁷. A pesar del establecimiento del requisito

⁷³ En este sentido, GIMENO SENDRA, V., TORRES DEL MORAL, A. MORENILLA ALLARD, P., y DÍAZ MARTÍNEZ, M. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 2007, pág. 814. También NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «Contradicciones y dilataciones en la reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional: parto prematuro del incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, número 3, 2008, pág. 225.

⁷⁴ Según Cabañas podemos considerar como núcleo indisponible o caracteres constitucionales del amparo los siguientes: a) listado de derechos protegidos, es decir, los artículos 14 a 29 y 30.2 CE. b) En segundo lugar, el círculo de sujetos legitimados activos, tal y como se desprende del artículo 162.1.b CE. c) la finalidad de tutela subjetiva del proceso, sin perjuicio de alcanzar otros fines de carácter objetivo. d) Su subsidiariedad respecto de la jurisdicción ordinaria. e) su preferencia en el despacho de las causas y la rapidez y cortedad de los plazos (CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril 2010, págs. 44 y ss).

⁷⁵ En este sentido, CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 47 y ss.

⁷⁶ En este sentido, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales* (coautor, con Andrés de la Oliva), Madrid, 1996, págs. 216 y ss.

⁷⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico procesal del recurso de amparo*, 2008, págs. 130 y ss.; también MONTAÑÉS PARDO, M.Á., «La “especial

de la especial trascendencia constitucional, de difícil control, la admisión sigue siendo reglada.

De hecho, las providencias de inadmisión, aunque mínimamente, son motivadas. En efecto, a partir de la reforma de 2007 las providencias de inadmisión de los recursos amparo, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 50.3 LOTC, se limitan a expresar el apartado del artículo 50 que se aplica y todo lo más el óbice en que se incurre, pero sin explicitar los hechos y doctrina que lo determina. Esto ha sido acogido favorablemente por algunos como expresión del reforzamiento de la autoridad del Tribunal, pero también ha sido criticado por otros⁷⁸.

Como motivo de inadmisión, la «especial trascendencia constitucional» incluye cualquier inadmisión por motivos de fondo, es decir, lo que antes se llamaba inadmisión por «falta de contenido constitucional que justifique una resolución sobre el fondo»: AATC 272/2009, de 26 noviembre, FJ 1 y 274/2009, de 30 noviembre, FJ 3. De hecho, parece que el Tribunal comienza el examen de admisibilidad por verificar si existe o no verosimilitud de la lesión para a continuación juzgar si el asunto reviste «especial trascendencia constitucional» o no. Así parece desprenderse de los AATC 135 a 147/2011, que inadmiten por ausencia de derecho amparable (art. 50.1.a LOTC) recursos que, por su similitud con el contemplado en la STC 2001/2011, debemos considerar que cumplen el requisito de la «especial trascendencia constitucional»⁷⁹, así como del ATC 9/2012, que decidió la inadmisión por falta de lesión de derecho constitucional amparable⁸⁰.

trascendencia constitucional” como presupuesto del recurso de amparo», *Revista OTROSÍ*, núm. 1, enero de 2010, pág. 32 y Cabañas García, J. C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), pág. 74.

⁷⁸ CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 48 y ss., recoge las diferentes posturas.

⁷⁹ REQUEJO PAGÉS, J.L., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el Primer cuatrimestre de 2011» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, enero-abril 2012, págs. 291 y ss. y GONZÁLEZ ALONSO, A. «¿Ha cambiado algo el recurso de amparo tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?», en *Justicia Administrativa. Revista de derecho administrativo*, n. 59, 2013, págs., 28 y ss.

⁸⁰ REQUEJO PAGÉS, J.L., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el Primer cuatrimestre de 2012» *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, mayo-agosto 2012, págs. 266-269 y GONZÁLEZ ALONSO, A. «¿Ha cambiado algo el recurso de amparo tras la

Por lo demás, pronto se señalaría, con razón, que el sistema establecido por la Ley de 2007 no tiene por qué producir un efecto disuasorio, y que por ello, tampoco puede por sí mismo disminuir la carga de trabajo del Tribunal, ya que, para la admisión, habrá que estudiar si en los asuntos concurren o no vicios procesales y si conforme a la jurisprudencia del Tribunal la pretensión tiene contenido constitucional o no⁸¹.

También se ha señalado que la permeabilidad de los tribunales ordinarios a la jurisprudencia constitucional no siempre es la que sería deseable, por lo que no basta con formular doctrina, es también preciso asegurar la efectiva aplicación del acervo jurisprudencial existente⁸².

Pero lo que interesa destacar sobre todo es que era esencial en la economía de la reforma, dado que se disminuía la garantía de acceso ante el Tribunal Constitucional, el contrapeso a esa disminución de garantías, que se reconoce en la propia Exposición de motivos del Proyecto⁸³ que habría de ser la ampliación del incidente de nulidad actuaciones, convirtiendo al Poder judicial en el primer garante de los derechos. El Consejo General del Poder Judicial, en su informe al Anteproyecto, estimó que de esta reforma cabía colegir efectos positivos tanto para la jurisdicción ordinaria, en tanto se potenciaría su función de primer y natural garante de los derechos de los individuos, como para la constitucional, que habría de ver reducido el número de recursos de amparo interpuestos frente a resoluciones judiciales que entonces carecían de otro procedimiento alternati-

aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?», en *Justicia Administrativa. Revista de derecho administrativo*, n. 59, 2013, págs., 29 y ss.

⁸¹ CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 46 y ss.

⁸² DÍEZ-PICAZO, L.M., «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, número 18, segundo semestre de 2006, págs. 40 y ss.

⁸³ En la Exposición de motivos de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 se dice que la razón por la que se hace la reforma son dos «problemas»: por una parte, el elevado número de demandas de amparo presentadas «hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del tribunal» y por otra parte «la lentitud de los procedimientos». En consecuencia, se dice que la «reforma pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional... El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución».

vo al recurso de amparo, y, al mismo tiempo, permitiría una mejor delimitación, concreción y clarificación del objeto de litigio constitucional.

El contrapeso a la limitación del amparo ante el Tribunal Constitucional fue la ampliación del amparo judicial ordinario (pretendida o real) mediante el ensanchamiento de los supuestos de nulidad de actuaciones⁸⁴. La Exposición de motivos de la ley orgánica 6/2007 dice que con esta ampliación del incidente de nulidad actuaciones se trata de «otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primer garante de los derechos fundamentales».

Debe considerarse, además, que hay muchos y muy importantes actos que son juzgados en única instancia por un órgano judicial: actos aprobados por Consejo de Ministros, enjuiciamiento de aforados (muy numerosos entre nosotros).

Por eso decimos que en el caso de que ahora se suprima, conforme a la propuesta de LOPJ mencionada, habrá que hacer algo para sustituirla⁸⁵. Habrá que hacer algo para compensar la disminución de garantías que supuso la introducción de la «especial trascendencia constitucional» como requisito de la admisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pero, ¿en qué consistió la ampliación de la nulidad de actuaciones?

b) La Disposición final primera de la LO 6/2007 incluyó una reforma del art. 241.1 de la LOPJ, precepto que regula el incidente de nulidad de actuaciones. Este incidente, hasta antes de la reforma, tenía un carácter excepcional y con él se facilitaba la nulidad de sentencias u otras resoluciones judiciales que hubieran ganado firmeza siempre que se fundara en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, y siempre que los primeros no hubieran podido denunciarse antes de recaer resolución que pusiera fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no fuera susceptible de recurso ordinario ni extraordinario⁸⁶.

La novedad de la reforma consistió en que a partir de ella el incidente se podría fundar en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE, y no solo en los supuestos de defectos formales que generan indefensión o en la incongruencia del fallo⁸⁷.

⁸⁴ En el ámbito doctrinal, por todos, ARAGÓN REYES, M., «El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, págs. 373 y ss.

⁸⁵ No creemos que el establecimiento de un procedimiento para la ejecución de las SSTEDH pueda contemplarse desde este punto de vista, sino en clave de una prevalencia más enérgica de las SSTEDH sobre las decisiones nacionales, o sobre las de nuestro Tribunal Constitucional.

⁸⁶ Art. 241.1 LOPJ inmediatamente anterior a la reforma operada por la LO 6/2007.

⁸⁷ Art. 241.1 nuevo: según la DF 1.ª LO 6/2007, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 241 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, queda redactado en los

4. En la STC 43/2010, de 26 de julio, el Tribunal Constitucional dirá que el incidente de nulidad de actuaciones ha adquirido un renovado protagonismo y constituye un instrumento clave para la tutela del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, ya que se trata de la última vía procesal para reparar la vulneración denunciada, máxime si se tiene en cuenta que el sistema de admisión del recurso de amparo con la reforma operada por la LO 6/2007 es mucho más restrictivo que el anterior. Esto ha sido interpretado⁸⁸ en el sentido de que el Tribunal parece lanzar el mensaje de un nuevo reparto de papeles en la defensa de los derechos fundamentales, en virtud del cual el papel principal debe ser desempeñado por la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, como ya se observó por algunos en aquel momento⁸⁹ y estamos en condiciones de afirmar 6 años después de la reforma, la ampliación que se hizo de la nulidad actuaciones es poco útil para el fin que se perseguía con ella. Los autores coinciden en pronosticar que el número de incidentes de nulidad actuaciones que prosperará no será significativo⁹⁰.

siguientes términos:

«1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido 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 artículo 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 recurso ordinario ni extraordinario».

⁸⁸ CHOZAS ALONSO, J.M., «La expansión del incidente de nulidad de actuaciones por motivos procesales. A propósito de la STC 43/2010, de 26 de julio», *Derecho privado y Constitución*, núm. 25, enero-diciembre 2011, pág. 315.

⁸⁹ En este sentido han opinado BACHMAIER WINTER, L., «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo», en *La Ley*, número 4, 2007, D-190, pág. 1617; CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), pág. 52; DESDENTADO BONETE, A., en «El futuro de la Justicia Constitucional», en *Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2007, p. 27; FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 81, septiembre-diciembre 2007, en la nota 23 repasa las distintas opiniones doctrinales sobre la funcionalidad del nuevo incidente de nulidad de actuaciones, añadiendo que, en su opinión, parece difícil que «el mismo órgano judicial que ha dictado la resolución firme rectifique su inicial criterio» (pág. 29).

⁹⁰ En este sentido, SALA SÁNCHEZ, P., «La protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria y la constitucional», en el libro colectivo dirigido por GIMENO SENDRA, V., *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor del profesor Almagro Nosete*, Madrid, 2007, pág. 152; BORRAJO INIESTA, I., «Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes»,

En primer lugar, la fórmula entrega el control de los actos judiciales al propio controlado. Se pretende que el propio juez o tribunal que dicta una resolución reconozca pocas semanas o meses después que al dictar aquella resolución vulneró derechos fundamentales. Siempre es difícil ver los propios errores. Esta solución, se intuye, no servirá en numerosos casos para reparar la lesión causada por la propia dificultad que tiene cualquier tribunal en revisar sus propios actos —lo que siempre supone reconocimiento del propio desacierto—, salvo en los casos más groseros y notorios que, de alguna manera, ya estaban contemplados en el artículo 241.1 (defectos formales que producen indefensión o incongruencia en la sentencia). Es previsible que en la resolución de los incidentes de nulidad de actuaciones los tribunales intentarán justificar su propia actuación como respetuosa con los derechos fundamentales. De modo que se potencia poco el cumplimiento de la función constitucional que corresponde a la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales.

Es más, en segundo lugar, se obliga al órgano judicial a desdoblarse en dos sujetos distintos: por un lado, cuando dicta la resolución que va a dar lugar al incidente de nulidad actuaciones ha de resolver un asunto con el ordenamiento jurídico entero como criterio. Por otro, pocas semanas o meses después tiene que entender de ese mismo asunto utilizando sólo como canon o criterio los derechos fundamentales, es decir, ha de actuar con una cognición mucho más limitada.

Tercero, se puede generar un volumen de incidentes excesivo para el fin que se pretende lograr. Podría ser peor el remedio que la enfermedad.

Cuarto, el sujeto que padeció la vulneración de su derecho quedaba sin recurso ante un juez distinto, y el vulnerador impune. Recuértese que más del 80 por 100 de los recursos que se presentan piden el amparo para uno o varios de los derechos a la tutela judicial que enuncia el artículo 24 CE, que, según los recurrentes, habrían sido conculcados por el propio Tribunal llamado en la reforma a repararlos.

Quinto, en referencia a la ampliación material del incidente se ha señalado, con razón, que la ampliación a derechos sustantivos es «improcedente», pues es imposible que un derecho fundamental sustantivo pueda ser alegado por primera vez en el incidente de nulidad de actuaciones, porque salvo casos muy excepcionales, la vulneración de esos derechos ha tenido que constituir el objeto del proceso; si la sentencia los viola sin alegación alguna sería normalmente una sentencia incongruente, frente a la que ofrece ya remedio el art. 241 LOPJ. Pero, aunque estos derechos no puedan técnicamente alegarse, se alegarían en el inci-

Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, núm. 3, 2008, pág. 187, o GUTIÉRREZ GIL, A., «Comentario al artículo 50 CE» en GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (Director), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, edit. La Ley, Madrid, 2010, pág. 550.

dente, produciendo una sobrecarga para los órganos judiciales, porque la desestimación de las pretensiones infundadas también consume tiempo⁹¹.

Sexto, parece mucho más eficaz y garantista el desarrollo de un procedimiento específico de amparo tal y como ordena el artículo 53.2 CE, bien común para todas las materias, bien específico en los diferentes órdenes jurisdiccionales y la constitución y funcionamiento de unas salas, tanto en el Tribunal Supremo como en los Tribunales Superiores de Justicia, que conozcan de las demandas de amparo⁹².

Todo ello sin perjuicio de reconocer que, como se ha señalado, la eficacia de la regulación actual mejoraría de adoptarse la medida de la intervención, pertinente constitucional y legalmente, del Ministerio Fiscal⁹³.

4. La constatación de que la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no puede servir como vía para completar el amparo judicial, nos plantea cómo está este último regulado entre nosotros. En efecto, no es exacto del todo afirmar que el procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos y libertades consagrados en los arts. 14 a 29 CE no se ha desarrollado. Acaso es más exacto decir que se ha desarrollado adecuándose a la propia estructura procesal española. Paulatinamente se ha ido diseñando un sistema de garantías adaptado a nuestra organización jurisdiccional de modo que, en lugar de establecerse una única acción para la protección de los derechos fundamentales, se han establecido procedimientos específicos en los diferentes órdenes jurisdiccionales y materiales. No existe un juez especial de los derechos fundamentales, porque todos los jueces son esto último, ya que las leyes procesales han implantado procedimientos específicos en las acciones en las que se denuncian derechos fundamentales. Todas las leyes procesales generales de los diferentes ámbitos materiales regulan especialidades relacionadas con la protección de los derechos fundamentales. La vía procesal a emprender dependerá de la materia de que se trate, de acuerdo con los criterios de delimitación de competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. La naturaleza del acto objeto de impugnación nos indicará la vía procesal⁹⁴. Así pues, la protección de los derechos a través de

⁹¹ DESDENTADO BONETE, A., en «El futuro de la Justicia Constitucional», en *Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2007, p. 27, quien señala que «la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones es una medida completamente desacertada y ello por dos razones: 1) porque no solucionará el problema del Tribunal Constitucional, y 2) porque creará un problema muy grave para el Tribunal Supremo».

⁹² Como ha sido ya propuesto por otros autores, según hemos visto. Abundaremos sobre ello.

⁹³ Como ha propuesto ARAGÓN REYES, M., «El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, págs. 374 y ss.

⁹⁴ En el orden contencioso administrativo, la LJCA regula en su capítulo I del Título V un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, recurso preferente

la jurisdicción ordinaria prevista en el art. 53.2 CE se ha desarrollado, podríamos decir, sectorialmente, dentro de los diferentes órdenes jurisdiccionales. No obstante, además, junto a esos desarrollos sectoriales, existen algunos mecanismos procesales específicos que sirven para proteger ciertos derechos fundamentales: libertad personal⁹⁵, honor⁹⁶, participación política⁹⁷ o reunión⁹⁸. En fin, las lesiones de los derechos fundamentales que procedan directamente de órganos judiciales, tanto mediante irregularidades procesales como al resolver sobre el fondo, se han de intentar reparar mediante los diferentes recursos que en cada caso quepan (que a menudo, según las leyes procesales son viables por vulneración de derechos fundamentales). Lo que tiene por consecuencia que las vulneraciones cometidas por órganos judiciales en resoluciones frente a las que quepa recurso, al eliminar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, no serían susceptibles de reparación alguna. De ahí la introducción de la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones en 2007.

6. BALANCE DE LA REFORMA DE 2007

Todo esto nos obliga a hacer balance de los resultados que ofrece la reforma de 2007 en su conjunto. ¿Ha conseguido el principal objetivo perseguido, que era acabar con la congestión del Tribunal Constitucional?

Algunos han considerado, basándose en el número de providencias aprobado por el Tribunal y el tiempo de espera de las mismas, que la reforma ha sido un

y sumario del referido en el art. 53.2 CE, frente a los actos de las diferentes Administraciones públicas. La Ley de Procedimiento Laboral regula en el Capítulo XI del Título II del Libro II un mecanismo de defensa de la libertad sindical que es extensible a la protección de los demás derechos dentro del orden laboral (art. 181 LPL) mecanismo que constituye en este ámbito del procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE. La Ley de Enjuiciamiento Civil regula como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales el juicio ordinario (art. 249 LEC). Para la jurisdicción militar, existe un procedimiento preferente y sumario en el Título V del correspondiente cuerpo legal. No existe un procedimiento específico para la protección de derechos fundamentales (frente a eventuales vulneraciones producidas por autoridades administrativas —penitenciarias, policiales— y judiciales) en el ámbito penal y el hecho de que, en buena medida, la mayoría de los tipos penales proteja derechos fundamentales, no subsana esta laguna.

⁹⁵ LO 6/1984, reguladora del *habeas corpus*.

⁹⁶ LO 2/1984, reguladora del derecho de rectificación.

⁹⁷ Recursos contencioso-electorales previstos en los arts. 49 y 114 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

⁹⁸ Procedimiento previsto en el art. 122 LJCA.

éxito⁹⁹. Sin embargo, en sentido contrario, se ha señalado¹⁰⁰ que la mejora de los resultados del Tribunal se debió en los primeros años de aplicación de la reforma a un esfuerzo especial del personal a su servicio (reconocido por los demás por la Presidenta del Tribunal en las diferentes Memorias de actividades, y en particular en la Memoria de 2008), como remedio de urgencia para proveer la masa de recursos pendientes y en los años siguientes a la disminución de asuntos, todavía sin embargo insuficiente.

Lo cierto es que en 2006 se interpusieron 11471 recursos de amparo y había pendientes de admisión 13883, mientras que en 2012 se interpusieron 7215 y había pendientes de admisión 2895¹⁰¹. A primera vista, se puede considerar que, si el problema era la congestión del Tribunal, aquél ha sido resuelto. Pero hay datos que pueden relativizar este punto de vista. Así, en primer lugar, el Tribunal Constitucional no se ha puesto del todo al día en los ya 6 años de vigencia de la ley. Hay que recordar que esto no es imposible. El Tribunal Supremo de Estados Unidos va al día. Es cierto que el retraso en el ámbito del amparo se ha resuelto¹⁰². Y que nuestro Tribunal Constitucional dicta ahora más de 100 sen-

⁹⁹ BORRAJO INIESTA, I., y ELÍAS MÉNDEZ, C., «La puesta en marcha del nuevo recurso de amparo y otras facetas de la jurisprudencia constitucional», *Revista General del Derecho Constitucional*, número 8, 2009, págs. 2 y siguientes.

¹⁰⁰ CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 79 y ss.

¹⁰¹ Más concretamente, los datos de estos últimos años son los siguientes (GONZÁLEZ ALONSO, A., «Ha cambiado algo el recurso de amparo tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?», en *Justicia Administrativa. Revista de derecho administrativo*, n. 59, 2013, págs. 17 y ss., especte. p. 20):

Año	Amparos interpuestos	Amparos pendientes de admisión
2006	11.471	13.883
2007	9.840	12.166
2008	10.279	9.015
2009	10.792	4.569
2010	8.947	3.149
2011	7.098	3.420
2012	7.215	2.895

¹⁰² Como señalaba ya en 2011 ARAGÓN REYES, M., «El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, pág. 373.

tencias del Pleno al año. Ha dictado 136 en 2012. Pero el Pleno sigue teniendo pendientes 290 asuntos. Por lo tanto, más de los que puede resolver en dos años. Se puede comprobar, además, que todavía se dictan algunas sentencias en que el asunto fue planteado hace 8 o 10 años¹⁰³. Por otra parte, se dictan más de 100 sentencias de amparo al año, no las 10 o 12 que supondría un auténtico *certiorari*. Concretamente, 110 en 2012.

La reforma, nos sentimos inclinados a afirmar, ha fracasado al menos en parte, entre otras razones, tal vez, porque no se ha aplicado. Ya hemos visto que algunos manifestaron sus dudas frente a la valoración positiva del entonces proyecto. Pero es que el propio Tribunal no parece haber considerado suficiente la compensación que se ofrecía a los justiciables y, como veremos, ha intentado recuperar la subjetivación del amparo, paradójicamente, resaltando su propia discrecionalidad frente a lo que parece la voluntad de la ley.

Por eso decíamos que de alguna manera la reforma no se ha aplicado plenamente. Si se pretendía habilitar al Tribunal Constitucional para que dictara sentencia en los 10 o 12 asuntos de amparo más importantes al año, la reforma no lo ha conseguido. Y no es que haya 110 asuntos importantes al año en nuestro Tribunal Constitucional. Entre las sentencias recientes, podemos encontrar alguna¹⁰⁴ en que se falla que el recurrente no justificó la especial trascendencia constitucional. Repito, se inadmitió en Sentencia porque no se había justificado la especial trascendencia constitucional, no porque el asunto no la tuviera. Se trata de asuntos, por tanto, que no debían de haber superado el trámite de admisión.

Esto tiene su explicación. En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal posterior a 2007 asistimos a una atemperación de la objetivación legal del recurso de amparo. Ciertamente, en los Autos que se dictaron en 2008¹⁰⁵ el Tribunal fue tajante en exigir que el recurrente adujera razones de especial trascendencia constitucional, considerando la argumentación correspondiente como un requisito *sine qua non* del recurso de amparo que, además, tendría carácter insubsanable.

Pero un año después tan solo¹⁰⁶, en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, en la que el Tribunal, en una sentencia de pleno precisa el concepto de trascen-

¹⁰³ Por ejemplo, la STC 135/2013, de 6 de junio de 2013, resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 964-2004, presentado en el Registro General del Tribunal el 18 de febrero de 2004.

¹⁰⁴ STC 140/2013, de 8 de julio de 2013.

¹⁰⁵ AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2.

¹⁰⁶ Requejo Pagés ya señala el cambio en los AATC 272 y 274/2009: «el proceso de objetivación del recurso de amparo adquiere caracteres muy particulares a la vista de los AATC 272/2009 (Sala Segunda), de 26 de noviembre, y 274/2009 (Sección Cuarta), de 30 de noviembre», pues «de manera un tanto sorprendente, reaparece ahora el requisito de la lesión del

dencia constitucional, se abre a sí mismo las puertas para poder admitir aquellos recursos en los que exista vulneración constitucional y un perjuicio grave para el recurrente, aunque sea reconduciendo estos supuestos a un concepto amplio de especial trascendencia constitucional¹⁰⁷. En este sentido debe considerarse la amplitud del último de los supuestos de trascendencia constitucional que enu-

derecho, que no ha de ser “*prima facie*” descartable para que el “recurso” merezca una decisión sobre el fondo» (ATC 272/2009, FJ 1), recuperando así «la vieja categoría del “contenido constitucional de la demanda”, lo cual relativiza enormemente el criterio de la trascendencia constitucional que a la luz de las primeras decisiones del Tribunal tras la reforma de 2007 parecía la clave del nuevo modelo y que ahora resulta ser un mero añadido a la exigencia del viejo requisito del «contenido constitucional». Para el citado autor, «no deja de ser llamativo que un planteamiento tan determinante para el futuro de la jurisdicción de amparo no se haya formalizado en una resolución de Pleno». (REQUEJO PAGÉS, J.L., «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2009», *Revista Española de derecho Constitucional*, n.º 88, págs. 312 y ss.

¹⁰⁷ Reproducimos el fragmento: «... cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales,

mera la STC 155/2009¹⁰⁸. La voluntad del Tribunal no es la de cerrar el concepto de especial trascendencia constitucional y circunscribirlo al menor número de supuestos posibles, como se percibe con particular claridad en la introducción que hace el Tribunal a la enumeración de los supuestos de trascendencia constitucional «sin que la relación pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado», que podríamos denominar cláusula de apertura respecto a la ejemplificación que hace la sentencia de los supuestos de especial trascendencia constitucional.

Es cierto que el Tribunal no lo dice expresamente, es verdad que no dice que en aquellos supuestos en los que exista vulneración constitucional y perjuicio grave para el recurrente cabe la admisión en virtud del concepto de trascendencia constitucional, pero también lo es que se [auto]concede una discrecionalidad tan amplia que le permite dictar sentencias sobre este tipo de supuestos, aun cuando así se desvirtúa el requisito de la especial trascendencia constitucional como concepto indeterminado, pero determinable, que exige el carácter reglado de la admisión.

¿Por qué el Tribunal Constitucional no ha aplicado plenamente la reforma?

Es de suponer que por una preocupación garantista, que podría concretarse en temor a las condenas del TEDH. Lo cierto es que la reforma de 2007 pretendía que el Tribunal tuviera las manos libres para resolver los conflictos de competencia y los recursos de inconstitucionalidad, esto es, los asuntos del Pleno. Y no se ha hecho del todo. Lo que, unido a la supresión de la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones, debe tenerse en cuenta en la regulación que se proponga.

7. MEDIDAS POSIBLES

Si no se han aprovechado del todo las oportunidades que ofreció la reforma, las causas que motivaron la misma siguen más o menos latentes, o parcialmente patentas. La reforma de la LOPJ y el incidente de nulidad actuaciones deben ofrecer una garantía de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción

consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.» (FJ 2)

¹⁰⁸ «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.»

ordinaria que suprima la dificultad del Tribunal Constitucional para poner al día el Pleno y que compense de las garantías perdidas a los justiciables.

En este sentido, quisiéramos proponer las siguientes medidas.

1) La primera puede parecer contradictoria. Se trata de realizar una interpretación literal del requisito de la invocación del derecho fundamental¹⁰⁹, tan pronto como el mismo es vulnerado, o reforzar incluso el tenor literal de la ley para endurecer este requisito, si bien esto último no parece indispensable.

Un mayor rigor en la invocación del derecho fundamental vulnerado por parte del recurrente tiene la ventaja de obligar al juez a una mayor exactitud desde el punto de vista de las exigencias de congruencia y motivación propias de la sentencia.

La interpretación espiritualista del requisito de la invocación del derecho fundamental tan pronto como sea vulnerado ha podido tener a la larga una influencia negativa en la protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria¹¹⁰. Dicho de otra manera, si los abogados supieran que, solo si tan pronto como se vulnera un derecho fundamental se plantea el problema como tal (invocando el precepto constitucional concreto, y el derecho constitucional vulnerado y argumentando la demanda o escrito desde la perspectiva de los derechos fundamentales y en su caso invocando la jurisprudencia que los ha desarrollado) los derechos fundamentales serían mucho más conocidos y aplicados por los abogados y por la jurisdicción ordinaria¹¹¹.

¹⁰⁹ Como se sabe, la LOTC exige que se denuncie la vulneración del derecho fundamental tan pronto como se tenga conocimiento de la misma. Y además, exige que se invoque el derecho fundamental vulnerado. Esto es lógico y coherente con el carácter vinculante de los derechos fundamentales en todos los procesos y con el carácter subsidiario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Concretamente, la LOTC dice que «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 cumpla...», entre otros requisitos, «Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello» [art. 44.1 c) LOTC]. La referida Ley no incluye este requisito al regular el amparo contra actos y disposiciones de los órganos ejecutivos (art. 43 LOTC).

¹¹⁰ Ya lo planteamos en el debate de las XV Jornadas de Letrados del Tribunal Constitucional, pág. 86.

¹¹¹ Es más, cabe imaginar que el desarrollo de la jurisprudencia de los derechos fundamentales fuera tal que apareciera la especialidad profesional de abogado constitucionalista, que debería ser consultado con motivo de cualquier pleito, desde el comienzo del mismo, siempre que la persona que lo emprendiera (o su representante legal) tuviera en mente la posibilidad de agotar sus posibilidades de defensa llegando al Tribunal Constitucional. Como se sabe, si la cuestión no se plantea correctamente desde el principio, es muy difícil que prospere.

En la actualidad¹¹², como el Tribunal Constitucional admite que la invocación del derecho fundamental se ha producido siempre que el problema de fondo se haya planteado ante el órgano judicial (sin necesidad de invocar el precepto CE ni reconducir los hechos a un derecho fundamental determinado, ni argumentar desde la perspectiva de los derechos fundamentales)¹¹³, resulta que los abogados casi pueden plantearse por primera vez si acuden al Tribunal Constitucional una vez que han perdido el pleito en la última instancia que les ofrece la vía judicial ordinaria.

Se dirá que esto no sucede con relación a todos los derechos. Así, si se vulnera la libertad de expresión, el pleito, desde el principio, versará sobre la libertad de expresión. Y es verdad, pero ocurre en muchos casos, en concreto en las siguientes hipótesis: 1) Cuando se descubre después de la Sentencia del Tribunal Supremo o de la última instancia del poder judicial que se podía haber enfocado el asunto desde la perspectiva de otro derecho fundamental. 2) Cuando se trata del derecho a la tutela judicial efectiva y en particular de la razonabilidad de la interpretación de la legislación ordinaria. Debemos tener en cuenta que este es el derecho más invocado ante el Tribunal Constitucional.

A partir de la reforma de 2007, puede que un asunto tenga contenido, puede que haya vulneración del derecho fundamental, pero que no tenga trascendencia constitucional, con lo que nunca se discutirá jurisdiccionalmente. Y no se diga que para ello está la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones. Porque esta última vía no sirve para suplir la inexistencia de un debate anterior más pormenorizado, ya que sólo procede si la vulneración se produjo en el último momento de la última instancia. En suma, un asunto puede no debatirse frontalmente desde la perspectiva de los derechos fundamentales como es consecuencia de lo siguiente: 1) sólo es preciso, en principio, plantear el problema, no su enfoque desde los derechos fundamentales; 2) Cuando se hace esto último, el Tribunal Supremo o último tribunal de instancia puede decir que se debía de

¹¹² Cuando se adoptó, resultaba coherente dar acceso al Tribunal Constitucional por vía de recurso de amparo a aquellos supuestos en los que el justiciable no hubiera planteado su problema en términos de derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria. Parecía que concediendo al Tribunal Constitucional la posibilidad de contemplar *sub especie* derechos fundamentales cualquier problema jurídico planteado ante cualquier jurisdicción se enviaba el mensaje a los jueces y tribunales de que, para estar seguros de que estaban resolviendo la cuestión que se les planteaba no sólo desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, sino también desde la perspectiva de los derechos fundamentales, había que proceder a la admisión de asuntos en los que las propias partes no hubieran planteado el problema desde aquella perspectiva ante los propios jueces y tribunales.

¹¹³ El Tribunal Constitucional ha espiritualizado este requisito hasta hacerlo casi desaparecer. No es preciso mencionar el derecho, ni el precepto, tan sólo plantear el problema. Esta doctrina ya aparece en STC 95/1983, de 14 de noviembre.

haber planteado antes. 3) Ante el Tribunal Constitucional sólo se debatirá si el asunto tiene, además, trascendencia constitucional.

Si el Tribunal Constitucional no interpretara de manera espiritualista el requisito de la invocación, cabe pensar que podría haber un período de tiempo en el que algunos justiciables se verían disminuidos en sus posibilidades de acceso ante el Tribunal Constitucional, pero a medio y a largo plazo el desarrollo de los derechos fundamentales y su aplicación por la jurisdicción ordinaria serían más amplios, profundos y rigurosos. Se profundizaría en la concepción del Estado no ya sólo como un simple Estado de Derecho, sino como un Estado de derechos fundamentales y se extendería la misma.

Quizás, para no irrogar perjuicios en la transición de un sistema a otro a los justiciables sería conveniente una reforma legislativa que mostrara la voluntad inequívoca del legislador de que el Tribunal no continúe con su aplicación espiritualista de la exigencia legal de la invocación. Bastaría con añadir por ejemplo la expresión «en todo caso» en el subapartado «c» del artículo 44.1 LOTC o aludir a que la invocación del derecho fundamental debe realizarse explícitamente con indicación del precepto constitucional vulnerado, del derecho fundamental violado y con argumentación sobre el asunto desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Tal vez muchos de los problemas que plantea la reforma de 2007, y en particular la posible disminución de garantías que se habría producido con la objetivación del amparo encontrarían una solución mucho más amplia de la que intentó el propio legislador de 2007 si se exigiera con rigor el requisito de la invocación.

En fin, la exigencia de rigor y precisión en la invocación del derecho fundamental no exige un cambio legislativo, lo que lo hace fácilmente viable.

2) Sin embargo, lo anterior no alcanzaría a sustituir plenamente lo que era el recurso de amparo antes de 2007. La idea de descargar al Tribunal Constitucional en alguna medida del recurso de amparo sigue teniendo sentido.

Es preciso un cambio legislativo que disminuya el abanico de resoluciones recurribles en amparo ante el Tribunal Constitucional, reducir las a determinadas resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo¹¹⁴.

¹¹⁴ Esto lo propuso, como hemos visto, PÉREZ TREMP, P., en su artículo «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», en AAVV, *La reforma del recurso de amparo*, Valencia, 2004, págs. 211 y ss. De análogo criterio Cabañas, quien lamenta que en lugar de la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones no se haya procedido a un reforzamiento generalizado de los procedimientos de amparo judicial ordinario de los derechos fundamentales, junto con medidas orgánicas tendientes a ese mismo fin, tanto en primera o única instancia judicial, donde están ausentes las características de preferencia y sumariedad, como también

De este modo, se plantearían previsiblemente menos recursos ante el Tribunal Constitucional. Para que no disminuyan las garantías judiciales, las resoluciones de otros órganos serían recurribles ante estas Salas (las de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando no fueran recurribles ante el Tribunal Supremo).

No parece necesario un procedimiento de protección de los derechos de varias instancias, con órganos judiciales especializados. Cabe mantener los diferentes procedimientos existentes en los diferentes órdenes jurisdiccionales¹¹⁵, pero descargando peso del Tribunal Constitucional en el Tribunal Supremo, en el que podría crearse una Sala de amparo constitucional, y en los Tribunales Superiores de Justicia. Esta Sala de amparo en el Tribunal Supremo cumpliría el objetivo perseguido con la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones que se llevó a cabo en la reforma de 2007, es decir, entendería de las quejas que denunciaran una vulneración de derechos fundamentales realizada por un órgano judicial en una resolución contra la que no cupiera otro recurso. Cabría establecer Salas en los Tribunales Superiores de Justicia.

¿Por qué excluimos la supresión de los procedimientos sectoriales existentes? Consideramos que, al introducir cambios, debe tenerse en cuenta la evolución de las instituciones. En particular, en el caso que nos ocupa, el ensanchamiento de la concepción de nuestra mismísima justicia constitucional, merced a la amplia interpretación de la fuerza normativa de la Constitución.

en sede recurso. CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 51 y ss. También GARCÍA COUSO, S., en «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: la objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de derechos fundamentales*, núm. 15, 1 semestre 2010, pág. 158: Tras dudar de la eficacia de la ampliación de la nulidad de actuaciones, dice que «Quizás hubiera sido más conveniente potenciar la labor de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo en la labor de protección de los derechos y libertades fundamentales, y crear una sala especial en ellos que se encargara del conocimiento de dichas cuestiones».

¹¹⁵ Sin perjuicio de considerar la preferencia en el despacho de las causas y la rapidez y cortedad de los plazos como característica constitucional necesaria del amparo judicial. Sobre este último aspecto, CABAÑAS GARCÍA, J.C., «La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales en el orden social», *Documentación Laboral*, número 42, Madrid, 1994, págs. 76 y ss.; del mismo autor, «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 44 y ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Tribunal constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, (coautor, con Andrés de la Oliva), Madrid, 1996, págs. 97 y ss.

En efecto, nuestros constituyentes adoptaron una concepción del recurso de amparo fuertemente influida por el concreto modelo kelseniano. En este sentido, concibieron que la vía judicial previa al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional estaría constituida por el amparo judicial preferente y sumario aludido por el art. 53.2 de nuestra Constitución, que habría de ser regulado por una ley especial. Todavía la Disposición transitoria segunda de la LOTC pone de manifiesto esta concepción al puntualizar qué procedimientos se considerarían como procedimientos a los que hace referencia el art. 53.2 de nuestra Constitución al hablar de un amparo judicial preferente y sumario.

Pero frente a esta concepción de los constituyentes, se produce la importante intervención de los trabajos de García de Enterría¹¹⁶ en los que se sostiene, ciertamente con base en preceptos distintos de nuestra Constitución, que la misma es plenamente normativa y que debe ser aplicada por todos los operadores jurídicos en todo caso, y más concretamente por todos los jueces y tribunales en todo tipo de procesos.

Al ser recibida esta tesis por la comunidad jurídica y por el Tribunal Constitucional, pierde sentido el amparo judicial preferente y sumario por medio de una ley específica de protección de los derechos fundamentales y se pasa a configurar un procedimiento preferente y sumario en cada una de las ramas judiciales o sectores materiales del ordenamiento. Dicho de otra manera, los derechos fundamentales dejan de concebirse como un subsistema jurídico especial respecto del ordenamiento civil, penal, contencioso-administrativo, militar o laboral y pasan a concebirse como derechos que inspiran la totalidad del ordenamiento y por lo tanto integrantes e inseparables de todos los sectores materiales del mismo. Comoquiera que esa es la concepción que sigue imperando, entendemos deben mantenerse los procedimientos sectoriales.

3) No estimamos que la solución sea que las vulneraciones del art. 24 CE deban tener sólo recurso ante la Sala de amparo del Tribunal Supremo y no recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Entre los constitucionalistas, es dominante la postura que considera como característica constitucional del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que el listado de derechos protegidos está integrado por los derechos contenidos entre los artículos 14 a 29 y 30.2 CE. La exclusión por ley de cualquiera de estos derechos ellos se podría considerar inconstitucional¹¹⁷. Como hemos visto anteriormente, la postura que

¹¹⁶ *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1980.

¹¹⁷ En este sentido, por todos, JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, pág. 112. En el mismo sentido, ARAGÓN REYES, M., en «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 85,

pretende excluir del amparo ante el Tribunal los amparos que denuncian vulneración del art. 24 CE aduce como argumento la expresión «en su caso» empleada por el artículo 53.2 CE. Al parecer, la voluntad subjetiva del constituyente al incluir el inciso «en su caso» en el art. 53.2 CE, fue ofrecer alternatividad al legislador¹¹⁸. Sin embargo, los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional vinieron a interpretarlo en el sentido de que el recurso de amparo es subsidiario de la intervención de la jurisdicción ordinaria. Esto resulta ser el resultado de una interpretación lógica y sistemática del artículo 53.2 CE en relación con los artículos 24 y 123 CE, y el papel atribuido al Tribunal Supremo en materia de protección de los derechos fundamentales¹¹⁹.

Además, atribuir en exclusiva los recursos de amparo relativos a los derechos del artículo 24 CE al Tribunal Supremo presenta otros inconvenientes. Suscitaría la necesidad de delimitar el objeto y motivos de este amparo y el objeto y motivos de los recursos de casación, donde pueden alegarse vulneraciones de derechos fundamentales. Por otra parte, quedarían sin protección las vulneraciones del propio Tribunal Supremo. Pesa, además, la tradición en el Tribunal Supremo de ocuparse de la legalidad ordinaria, precisamente porque hay un Tribunal Constitucional que se ocupa de la constitucionalidad. Además, con esta solución no habría una jurisdicción especial que controlara «desde fuera» a la jurisdicción ordinaria. En fin, así no se resuelve el problema, ya que la cuestión

Madrid, 2009, pág. 13. ARAGÓN REYES, M., «El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, página 373 destaca que el Tribunal Constitucional tiene la función irrenunciable de supremo intérprete de los derechos fundamentales. CABAÑAS GARCÍA, J.C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 44 y ss.

¹¹⁸ V. RUBIO LLORENTE, F., «El recurso de amparo constitucional», en AAVV, *La jurisdicción constitucional en España. La ley orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994*, Madrid, 1995, págs. 130 y ss.

¹¹⁹ En este sentido, RUBIO LLORENTE, F., en «El recurso de amparo constitucional», en AAVV, *La jurisdicción constitucional en España. La ley orgánica del Tribunal Constitucional 1979-1994*, Madrid, 1995, pág. 131; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999, págs. 110 y ss.; CRUZ VILLALÓN, P., «El Juez como garante de los derechos fundamentales», en la obra *Constitución y Poder judicial. XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pág. 39; ARAGÓN REYES, M., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 85, Madrid, 2009, pág. 17; y CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El recurso de amparo que queremos (Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 88, enero-abril (2010), págs. 44 y ss.

es que la última palabra en materia de garantías constitucionales la debe seguir teniendo el Tribunal Constitucional.

Title:

TAKING RIGHTS SERIOUSLY; THE AMPARO APPEAL REARRANGEMENT AND THE REFORM OF THE ORGANIC LAW OF THE JUDICIAL BRANCH

Summary:

1. Introduction. 2. Enforcement of Judgments of the European Court of Human Rights. 3. About the necessity of 2007 reform. 4. Debate about the contents of reform. 5. Reform of 2007. 6. Balance 2007 reform. 7. Possible measures.

Resumen:

Con ocasión de comentar la regulación de la protección de los derechos fundamentales la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial elaborada por la Comisión institucional creada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 marzo 2012, Propuesta hecha pública en febrero de 2013, se repasan las cuestiones que plantea en la actualidad la ordenación procesal de los referidos derechos en España. Las dos reformas que presenta la Propuesta en el ámbito que interesa son: el establecimiento de un procedimiento para garantizar la ejecución de las Sentencias TEDH en España y la desaparición de un mecanismo procesal que se había establecido en 2007 («nulidad de actuaciones»). Lo primero se valora positivamente, si bien se señala que acaso haya que reformar también la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). Lo segundo también se valora favorablemente, pero se considera que exige establecer algunas garantías adicionales más efectivas, como serían Salas especializadas en los Tribunales Superiores de Justicia y una Sala del mismo carácter en el Tribunal Supremo. También se recomienda que se aplique más literalmente el requisito que establece la LOTIC de invocar el derecho fundamental tan pronto como el mismo es vulnerado, pues ello a la larga mejoraría el conocimiento de los derechos.

Abstract:

In this paper, while discussing the regulation of fundamental rights in the Proposal of Ammendment of the Judicial Branch Act, drafted by the Institutional Committee established by resolution of the Council of Ministers of March 2, 2012, Proposal issued in Febru-

ary 2013, we review the issues raised in the field of the procedural management of fundamental rights in Spain.

The two proposed reforms in the area of our interest are: the establishment of a procedure to guarantee the effectiveness of the European Court Judgments in Spain and the disappearance of a procedural mechanism that was established in 2007 («nulidad de actuaciones»/«annulment of the procedures»). The former is welcome, though the fact that perhaps it is also necessary to reform the Organic Law of the Spanish Constitutional Court (Constitutional Court Organization Act, LOTC hereinafter) is suggested. The latter is also positively valued, but the establishment of additional guarantees, such as specialized Chambers in High Courts of the Autonomous Communities and a Chamber of the same type in the Supreme Court is considered necessary.

A more literal application of the LOTC requirement of the invocation of the right as soon as it has been violated is also suggested which should improve the protection of rights.

Palabras clave:

Ley Orgánica del Poder Judicial; Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; ejecución de sentencias; TEDH; incidente de nulidad de actuaciones; recurso de amparo; amparo judicial; especial trascendencia constitucional; invocación del derecho fundamental; Tribunal Supremo; Tribunales Superiores de Justicia.

Keywords:

Organic Law of the Judiciary Branch, Constitutional Court Organization Act, enforcement of judgments; ECHR; motion for dismissal of proceedings; amparo appeal; special constitutional significance; invoking the fundamental right; Supreme Court; Courts of Justice.

