

EL RECURSO DE AMPARO

Manuel Aragón Reyes

RESUMEN.— Este trabajo no tiene por objeto estudiar detalladamente el recurso de amparo (muy otra habría de ser en ese caso su extensión) sino examinar algunos de sus problemas, ahora que los casi siete años de existencia de este recurso permiten observarlos con un grado suficiente de experimentalidad. El establecimiento de un Tribunal Constitucional no es sólo un remedio que la teoría produce, sino también una respuesta ofrecida por la práctica y que se hace eficaz (y se legitima al mismo tiempo) por obra de su propia actuación. Ello supone que los aciertos o los errores de la configuración dada a la institución y a sus competencias sólo con el paso del tiempo pueden marcarse con rigor. Parece que ya se está en condiciones, pues, de revisar críticamente un recurso constitucional tan importante como es el de amparo.

Las páginas que siguen no pretenden, ni mucho menos, acometer esa revisión crítica. Su objetivo es más modesto: sólo intentan llamar la atención sobre algunas cuestiones, aunque la exposición se articulará según un orden temático que podríamos llamar tradicional. Me ha parecido conveniente acudir a él por razones de claridad, pero en el bien entendido de que es sólo un «orden» y no un «sistema», es decir, se plantean «sistemáticamente» determinados problemas, pero no se aborda, en modo alguno un estudio «sistemático» del Instituto.

1. Significado del recurso

Diversas son las vías a través de las cuales podría intentarse singularizar esta competencia del Tribunal Constitucional. Así, cabría sostener que se caracteriza por el contenido que protege: los derechos fundamentales; pero tal camino habría que abandonarlo de inmediato si se repara en que esa materia (como toda la Constitución) también se protege por el Tribunal en el ejercicio de sus demás competencias. Otra solución quizás sería la de entender que aquí opera un control de actos, en lugar de un control de normas, pero tampoco sería acertada la delimitación en la medida en que ni el recurso protege sólo contra «actos» en sen-

tido propio, ni ello es exclusivo de este proceso, ya que en los conflictos constitucionales (de competencias o atribuciones) y en las impugnaciones por el Gobierno de disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas, el objeto recurrido puede consistir también en un acto. Más todavía, ni siquiera sería enteramente exacto sostener que de lo que se trata aquí es de la actividad de control del Tribunal sobre todos los actos del poder que no sean leyes con la finalidad de proteger los derechos fundamentales, puesto que a través del recurso de amparo también cabe impugnar (aunque sea indirectamente) la ley de donde la lesión provenga (art. 55-2 de la ley Orgánica del Tribunal, en adelante LOTC).

Tales dificultades es posible que sólo se deriven de un incorrecto planteamiento, pues (de manera similar a como ocurre con las demás competencias) la caracterización del recurso de amparo no puede lograrse sólo a través de delimitaciones materiales sino por medio de consideraciones procesales. Como apunta muy bien J.L. Cascajo, «el significado jurídico de este recurso constitucional es, sin duda, el de un medio de superprotección de los derechos fundamentales. Al sistema de recursos jurisdiccionales orbitado en la organización esencial de todo Estado de Derecho, algunos ordenamientos suman este particular medio de impugnación del ciudadano frente al Estado. Y una de las razones de ser de este nuevo sumando estriba en el valor jurídico del objeto protegido»¹. Ahora bien, tal protección no es en todos los casos (aunque lo sea en la mayoría) complementaria de la judicial ordinaria, sino que a veces (recurso contra determinados actos parlamentarios) se manifiesta como la única protección jurisdiccional posible².

De ahí que en cumplimiento de la finalidad que con el recurso se persigue (una más fuerte o más enérgica protección de ese verdadero núcleo constitucional que suponen los derechos fundamentales), finalidad que otorga a este recurso su verdadero «sentido»³, lo que caracteriza verdaderamente a esta figura sea el libre acceso al Tribunal que, por medio del recurso, se otorga a todos los ciudadanos. Esto es, se establece una acción de carácter abierto, un recurso directo de inconstitucionalidad sin restricciones institucionales de la legitimación activa respecto de la materia que se considera fundamental dentro de la Constitución misma. Los derechos fundamentales están protegidos, así, de manera suprema (por el supremo aplicador e intérprete de la Constitución) y esa protección es «para todos» (todas las personas) y «frente a todos» (todos los poderes).

Por ello, aunque el nombre de «amparo» se recibiese de la institución mexicana que así se llama e incluso se subrayen los viejos precedentes históricos españoles, amén del más inmediato del Tribunal de Garantías de nuestra 2ª República⁴,

¹ J.L. CASCAJO CASTRO y V. GIMENO SENDRA, «El recurso de amparo», Tecnos, Madrid, 1984, págs. 56 y 57.

² Sólo queda este caso, desaparecido ya, por la Ley Orgánica 8/1984 de 26 de diciembre, la imputación directa que hasta entonces existía contra los actos administrativos que violasen la objeción de conciencia.

³ Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, «La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional», Civitas, Madrid, 1981, págs. 149 a 151.

⁴ Vid. H. FIX-ZAMUDIO, «El derecho de amparo en México y en España y su influencia recíproca», Revista de Estudios Políticos, nº 7 de enero-febrero 1979, págs. 227 a 267; R. RUIZ LAPEÑA,

el modelo inspirador de nuestro actual recurso haya que buscarlo más bien, como ha dicho Rubio Llorente⁵, en la «Verfassungsbeschwerde» de la República Federal Alemana. En otras palabras, se encuadra en la especialísima función protectora que la justicia constitucional realiza respecto de la parte de la Constitución que se considera nuclear: los derechos fundamentales, función que designara Cappelletti con el término de «la giurisdizione costituzionale delle libertà»⁶.

Los problemas, sin embargo, comienzan a partir de aquí, pues la lógica de la «Verfassungsbeschwerde» (y de nuestro recurso de amparo) llevan a concebir tal recurso como una vía subsidiaria de la judicial ordinaria, pero, al mismo tiempo, la limitada capacidad de trabajo de un Tribunal Constitucional, así como su propio significado, impiden transformarlo en un Tribunal de última instancia o de super-revisión. De otra parte, hay actos respecto de los cuales el recurso de amparo no puede funcionar como día de protección subsidiaria. Y por último, mediante el recurso de amparo no sólo se protege la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, sino también su dimensión objetiva⁷. Todo ello a lo que conduce es a constatar, primero, la intensa relación entre jurisdicción ordinaria y jurisdicción del Tribunal Constitucional en lo que toca al recurso de amparo, segundo, la necesidad de que el Tribunal ejerza en la práctica, y fundamente de manera doctrinal, una fuerte autolimitación y, tercero, la importancia sustancial de este recurso, cuya «racionalización» no puede incluir, por ello, su virtual desaparición. En el fondo, los problemas del recurso de amparo no pueden desligarse de los que se derivan de la peculiar mixtura del actual modelo europeo de justicia constitucional⁸.

La introducción del recurso no fue objeto de importantes discusiones en el proceso constituyente así como tampoco lo fue su regulación en el «inter parlamentario» de la LOTC⁹. Sin embargo los arts. 53-2 y 161-1-b) de la Constitución y los arts. 41 a 58 de la LOTC (además de los arts. 6 de la Ley Orgánica de la Iniciativa Legislativa Popular y 49-3 y 4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General), preceptos todos ellos que disciplinan este recurso, modelan una de las competencias de mayor amplitud, complejidad y uso de todos los que tiene atribuidos el Tribunal. Incluso dejando al margen la importancia que de la sólo complejidad ya se deriva, el hecho de que, hasta el 30 de junio de 1986, de

«El recurso de amparo durante la II República española», Revista de Estudios Políticos nº 7; enero-febrero, 1977, J.L. GARCIA RUIZ, «El recurso de amparo en el Derecho español», Editora Nacional, Madrid, 1980, págs. 13 a 181; J. OLIVER ARAUJO, «El recurso de amparo», Edic. Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1986, págs. 77 a 104.

⁵ «Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 4, enero-abril 1982, págs. 61 a 65.

⁶ Título de su conocido libro de 1955 (Guffrè Editore, Milán) dedicado a estudiar el «recurso constitucional» de protección de los derechos en Alemania, Suiza y Austria.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981 y 83/1982.

⁸ Sobre ello he tratado en «Algunas consideraciones sobre el Tribunal Constitucional», en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, nº 1, mayo de 1987.

⁹ Vid, sobre el debate parlamentario F. RUBIO LLORENTE, «Sobre las relaciones entre el Tribunal Constitucional y Poder Judicial...» cit., págs. 60 y 61.

los 4.975 asuntos ingresados en el Tribunal 4.245 fuesen recursos de amparo, de las 651 sentencias producidas 477 se dictasen en recurso de amparo y este recurso genera, a su vez, 2.584 autos de inadmisión¹⁰, ya nos habla sobradamente, de la envergadura de esta competencia.

2. El objeto del recurso

A. Los derechos amparables

El art. 161-1-b) se remite al 53-2 y éste dispone que la tutela se extiende a las libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución. La LOTC (arts. 2-1-b, y 41-1) viene a repetir exactamente lo mismo. Ante ello, la primera precisión que convendría hacer es que lo que se protegen por éste recurso son «derechos y libertades», o más exactamente «derechos» (que incluye, claro está, los que son «de libertad») pero no preceptos jurídicos; es decir, los derechos que en tales artículos se contengan, no otras figuras jurídicas que, aunque insertas en tales preceptos, no sean derechos. Así, por ejemplo, no parece que sea objeto del recurso de amparo la norma organizativa contenida en el apartado 3 del art. 20, o la autonomía universitaria reconocida en el apartado 10 del art. 27 en cuanto que no es un derecho sino una garantía institucional¹¹.

Otra cuestión a plantear es si el objeto del recurso coincide exactamente con los «derechos fundamentales». El problema se origina en que, por un lado, los arts. 14 y 30 no forman parte de la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I (Sección que lleva por título «de los derechos fundamentales y de las libertades públicas») ya que la Sección comprende sólo los arts. 15 a 29; y por otro, todo el Título I se denomina, genéricamente, «De los derechos y deberes fundamentales». Un sector de la doctrina, a propósito de la reserva material a las leyes orgánicas contenida en el art. 81-1 de la Constitución, ha entendido que son derechos fundamentales los reconocidos en los arts. 14 a 30¹², lo que viene a significar que se identifican los derechos fundamentales por su condición de estar tutelados mediante el recurso de amparo. El Tribunal Constitucional, al plantearse el problema también en las leyes orgánicas, considera sólo derechos fundamentales a los contenidos en la sección 1ª, o sea, a los que se reconocen en los arts. 15 a 29¹³, lo que significa la no identificación exacta entre derechos fundamentales y objeto del recurso de amparo, pues el derecho de igualdad y el de objeción de concien-

¹⁰ Datos tomados de la «Memoria» 1980-1986 del Tribunal Constitucional.

¹¹ Algo que parece teóricamente claro, pese a la criticable postura, sobre este punto, del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 27 de Febrero de 1987 sobre la Ley de Reforma Universitaria.

¹² E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ. «Curso de Derecho Administrativo», Edit. Civitas, Madrid, 1983, Vol I, págs. 155 y 156.

¹³ S. 76/1983.

cia, susceptibles de amparo, no serían, sin embargo, derechos fundamentales¹⁴.

La cuestión es más profunda de lo que a primera vista pudiera parecer, porque, o los derechos fundamentales se caracterizan por su especial protección frente al legislador (indisponibilidad de su «contenido esencial») y entonces habría más derechos fundamentales que contenidos en los arts. 15 a 29, dado que de esa especial protección disfrutaban (art. 53-1 de la Constitución) todos los reconocidos en el Capítulo 2º del Título I; o los derechos fundamentales se caracterizan por su especial protección frente al poder de reforma del art. 167 de la Constitución, ya que integran el núcleo sustancial de la misma y su reforma, por ello, se encuentra sometida al procedimiento más agravado de la revisión constitucional, y entonces sólo serían derechos fundamentales los reservados a tal procedimiento en el art. 168, esto es, los contenidos en los arts. 15 a 29 de la Constitución. Incluso puede sostenerse que el derecho de igualdad se integra, aunque sea de manera indirecta, en esa reserva, dado que su desaparición, o la vulneración radical de su contenido esencial, a través de la vía del art. 167, estaría «afectando», irremisiblemente, a los derechos fundamentales de los arts. 15 a 29. Más difícil es considerar así, por «afectación», que también sea derecho fundamental el de objeción de conciencia.

No es éste el lugar para entrar a dilucidar, con la intensidad que el problema merece, cuales son las características que permiten considerar a un derecho como fundamental, pero parece que no es la definitiva su inclusión o no en el recurso de amparo. De todos modos, y al margen de esta disgresión, el objeto del recurso está taxativamente delimitado por el art. 53-2 de la Constitución: libertades y derechos reconocidos en los arts. 14 a 30. Sólo cabe añadir que, como el derecho de igualdad se dará siempre en conexión con otros, a través del recurso por el que ese derecho se tutele parece abrirse una vía amplísima de amparo ante el Tribunal Constitucional.

B) Los actos recurribles

El art. 41-2 de la LOTC expresa que el recurso de amparo protege «frente a las violaciones de los derechos (...) originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes». Aparte de la que podría llamarse vía indirecta de impugnación de leyes a través del recurso de amparo (art. 55-2 de la Ley Orgánica) asunto sobre el que se volverá después, la primera conclusión que del precepto transcrito podría derivarse es que todos los actos del poder público, con excepción de las leyes, y de las normas o actos con fuerza de ley, pueden ser recurridos en amparo. Ello incluye, pues, a los reglamentos, siempre que

¹⁴ Es la posición que también parece adoptar J. PEREZ ROYO, «Las fuentes del Derecho», Tecnos, Madrid, 1984, págs. 59 y 60.

a ellos se «anude» «directamente» la violación de un derecho o libertad de carácter «fundamental»¹⁵.

En consecuencia con el principio de que ningún acto de los poderes públicos puede gozar de inmunidad frente al amparo, se dispone en la LOTC que cabe recurso contra los que proceden de cualquiera de los tres poderes clásicos del Estado (entendiendo aquí el Estado como «global», o comprensivo de las entidades dotadas de autonomía territorial que lo componen).

B.1. *Actos del Parlamento*

El art. 42 de la LOTC establece que cabe el amparo contra «las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos». En ese sentido hay que entender que, aparte de las leyes y de los actos con fuerza de ley de las Cámaras tampoco los Reglamentos parlamentarios y las disposiciones generales de la Presidencia de las Cámaras que los complementan (y que a mi juicio son «reglamento» y tienen, como él, fuerza de ley) pueden ser objeto del recurso de amparo. Todos los demás actos o decisiones (la diferencia entre ambos términos utilizados por el art. 42 no es claramente discernible) de las Cámaras parlamentarias del Estado o de las Comunidades Autónomas son recurribles. El supuesto al que se refiere el art. 6 de la Ley Orgánica sobre la Iniciativa Legislativa Popular (decisión de la Mesa del Congreso de no admitir la proposición de ley) no es más que la concreción de uno de los actos genéricamente previstos en la Ley Orgánica del Tribunal cuando expresa que cabe recurso contra actos de las Cámaras y de «cualquiera de sus órganos». El problema, en este caso, donde reside es en el derecho fundamental amparado, pues los actos del parlamento o de sus órganos (como de todos los demás poderes públicos) sólo pueden ser objeto de este recurso en la medida en que violen los derechos susceptibles de amparo. Está claro que el derecho a presentar proposiciones de ley no es, en sí mismo, un derecho fundamental y habrá que anudar la decisión de la Mesa del Congreso a alguno que, verdaderamente, lo sea. Parece que se trataría, pues, del derecho de participación del art. 23 de la Constitución, pero tal como está regulada la iniciativa popular, que no se configura, desde luego, como instrumento de democracia directa (ni siquiera es auténtica «participación» directa)¹⁶ es bastante dudosa la corrección constitucional de este supuesto (al margen de que el juicio del Tribunal habrá de ser aquí casi de pura legalidad, sin ninguno o con escaso ingrediente de constitucionalidad, cosa que aumenta los interrogantes sobre la corrección de este recurso).

¹⁵ S. del T.C., n.º 141/1984. Es curioso constatar cómo aquí, en cierta contradicción con la S. 76/1983, el Tribunal parece considerar que los derechos fundamentales son todos los tutelados por el recurso de amparo.

¹⁶ Vid. M. ARAGON, «La iniciativa legislativa», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16, abril-1986, págs. 303 a 306.

B.2. *Actos del Gobierno y la Administración*

El art. 43 de la LOTC dispone que pueden ser objeto de recurso las «disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes». Es decir, todos los procedentes de cualquier rama del poder público del Estado o de las Comunidades Autónomas integrada en lo que genéricamente se conoce por poder ejecutivo. El término «disposiciones» ha de entenderse como «disposiciones sin fuerza de ley». Los Reglamentos, en consecuencia, pueden ser objeto del recurso de amparo de la manera que ya más atrás se concretó. Otra cuestión queda por resolver, y es lo que se entienda por «actos jurídicos». Parece claro que no se trata de su diferenciación frente a «actos políticos»¹⁷, sino de su referencia a actos formalizados (para distinguirlos de las vías de hecho) y a actos que producen efectos jurídicos (sin los que, como es obvio, parece imposible que haya lesión). Todos los actos (sea cual sea el tipo o la forma que adopten) que puedan lesionar los derechos amparados son recurribles.

B.3. *Actos judiciales*

El art. 44 de la LOTC dispone que también cabe recurso de amparo contra todo «acto u omisión de un órgano judicial». La concreción de esos actos no ofrece dudas: todos los formalizados mediante providencias, autos o sentencias. Tampoco ofrece dudas el sentido que debe atribuirse a «omisión», figura que en Derecho está clara. Los problemas proceden de otro sitio, que es el del requisito establecido por el propio art. 44 en cuanto a la exigencia de que la violación del derecho tenga «su origen inmediato y directo» en el acto u omisión que se impugna. El primero de esos problemas se relaciona con la llamada «Drittwirkung» y sobre ello se tratará más adelante. Otros se derivan de la posibilidad de conectar con esta vía de amparo la protección de actos, no de particulares (como en el supuesto que acaba de aludirse) sino de entidades públicas no incluidas en ninguno de los enunciados de los arts. 42, 43 y 44 de la Ley Orgánica, asunto del que también se tratará después. Por último, el problema también se proyecta en el recurso de amparo previsto en el art. 49-3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en cuanto que incluye ese recurso en el tipo que ahora estamos examinando, al disponer que con el recurso contencioso-administrativo contra cuya sentencia cabe el amparo «se entenderá cumplido el requisito establecido en el art. 44-1-a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». De esa manera, aunque el acto donde puede tener su origen inmediato y directo la lesión es el acuerdo de proclamación de candidaturas y candidatos realizado por la Junta Electoral, el recurso de amparo no tiene a tal acuerdo por objeto sino a la sentencia dictada

¹⁷ La diferenciación entre «jurídico» y «político» es operativa para distinguir controles, pero no tanto para distinguir actos a efectos de su control.

por el órgano judicial ordinario en el procedimiento al que se acudió para impugnarlo.

Esa especie de incoherencia mediante la cual se regula como amparo frente a un acto judicial un caso de violación del derecho que en ese acto judicial no tiene su origen inmediato y directo, puede comprenderse quizás en la medida en que no siendo las Juntas Electorales órganos del ejecutivo (ni por supuesto del legislativo) parecía difícil incluir este recurso en los supuestos previstos en los arts. 42 y 43 de la LOTC. Es probable, pues, que ahí se encuentre el motivo de la decisión adoptada, aunque adolezca de cierta incoherencia. En el fondo lo que la incoherencia deja traslucir es la dificultad de separar níticamente en todos los casos el amparo (art. 43 de la Ley Orgánica) frente a actos del ejecutivo (donde se tiene que agotar previamente la vía judicial ordinaria y habrá, pues, un acto judicial, al final, contra el que se recurra) y el amparo (art. 44 de la Ley Orgánica) específico contra actos judiciales. O dicho más generalmente, el problema reside en la difícil separación entre acto productor de la lesión y sentencia judicial dictada en el procedimiento por el que fue impugnado, cuando el amparo ante el Tribunal Constitucional está concebido (y creemos que correctamente) como vía subsidiaria (salvo en el caso de determinados actos parlamentarios) de la protección judicial ordinaria.

B.4. *Actos de otras entidades públicas*

Después de haberse reconocido en el art. 41 de la LOTC que el recurso de amparo cabe además de contra actos del Estado y de las Comunidades Autónomas contra actos de los demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, ni las entidades locales ni otras de carácter público que pueden distinguirse perfectamente del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, aparecen reflejadas, a la hora de concretarse el sistema de recursos, en la vía prevista en el art. 43. Dado que no puede llegarse a la conclusión de que sus actos sean irrecurribles, puesto que el art. 41 los somete al amparo, parece que no queda más remedio que considerar que éste transcurre, respecto de tales actos, bien por la vía del art. 43 de la Ley (colmando una laguna del precepto), ya que tratándose de entidades con competencias administrativas (o si se quiere competencias de gobierno y administración, pero no legislativas) allí deben tener su ubicación sistemática, o bien por la vía del art. 44 de la Ley, es decir, por la vía del recurso de amparo frente a los actos judiciales resolutorios de las impugnaciones de que aquellos actos primitivos fueren objeto.

Situación idéntica se produce en el amparo frente a los actos del Consejo General del Poder Judicial (impugnables, art. 143-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en vía contencioso-administrativa) y que han de entenderse sometidos al recurso de amparo. Así como también en el recurso de amparo frente a los actos del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, o del propio Tribunal Constitucional «en materia de personal y actos de administración», y que están (art. 58-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) sometidos a control judicial en vía

contencioso-administrativa. El Tribunal Constitucional parece haber optado por la solución de que estos amparos se integren en la vía del art. 44 de la LOTC¹⁸.



B.5. La «Drittwirkung» y el recurso de amparo

La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares («Dritt-wirkung») y no sólo frente a los poderes públicos es una insistente pretensión de parte de la doctrina, cuya admisión no deja de plantear problemas, pero cuyo total rechazo parece muy difícil de sostener en términos generales, es decir, como negación de todo tipo (directo o indirecto) de eficacia¹⁹. El Tribunal Constitucional, sin admitir, de manera general y expresa, la eficacia de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones privadas²⁰, ha admitido, en algunos casos, el recurso de amparo contra actos judiciales en supuestos en que la violación del derecho no era imputable, realmente, al propio acto judicial, sino al acto del particular que fue impugnado en la vía judicial que terminó por la resolución jurisdiccional contra la que se recurre. Es decir, y con una cierta (y necesaria aquí) «incoherencia» respecto del art. 44-1, el Tribunal reconoce, no la eficacia directa, pero sí una suerte de eficacia indirecta (por la mediación del acto judicial) a algunos derechos fundamentales²¹. Otra vez, en el fondo, sigue latiendo la misma cuestión: la dificultad de distinguir netamente el acto primitivo y el acto judicial como objetos «diferenciados» de recurso cuando resulta que, salvo respecto de determinados actos parlamentarios²², el amparo constitucional se configura como subsidiario de la protección judicial ordinaria. Con tales excepciones, ha dicho Rubio Llorente, «el objeto de la impugnación en el recurso constitucional de amparo es siempre (...) una decisión judicial previa que o bien no ha remediado la lesión de un derecho fundamental cometido por otro poder público o lo ha lesionado directamente con su propia actuación. Desde esta perspectiva, desde lo que pierde, creo, alguna justificación la polémica sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, la «Drittwirkung», se desdibujan las dife-

¹⁸ Sentencias 22/1984 y 6 de Marzo de 1987 (en asunto n.º 265/86).

¹⁹ Vid. posiciones favorables a la «Drittwirkung» en T. CUADRA SALCEDO, «El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», Civitas, Madrid, 1981, y desfavorables en S. VARELA, «La idea de deber constitucional», Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 4, enero, abril, 1981, y JIMENEZ BLANCO y GARCIA TORRES, «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares», Civitas, Madrid, 1986.

²⁰ Más bien, al contrario, negando, de manera común, dicha eficacia como eficacia directa, Sentencias 120/1983, 114/1984, 19/1985, 88/1985 y Autos 673/85 y 408/86. Vid sobre esta cuestión, J. JIMENEZ CAMPO. «El legislador de los derechos fundamentales», en curso de publicación.

²¹ Sentencias 2/1982, 18/1984, 47/1985, entre otras.

²² Que no son todos los susceptibles de recurso de amparo frente a actuaciones de las Cámaras o sus órganos, ya que para algunos de ellos el amparo no será directo ante el Tribunal Constitucional, sino después de seguirse la vía judicial previa, en la medida en que el art. 58, 1.º de la ley Orgánica del Poder Judicial reconoce el control por la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos y disposiciones de los órganos de gobierno del Congreso de los Diputados y del Senado en materia de personal y «actos de administración».

rencias entre el amparo frente a los actos de la Administración (art. 43 de la LOTC) y el amparo frente a actos u omisiones de los órganos del Poder Judicial (art. 44)»²³.

B.6. *La impugnación indirecta de leyes a través del recurso de amparo*

El cabal entendimiento del recurso de amparo es que ningún acto del poder que lesione los derechos amparados pueda resultar inmune frente a este recurso. Y ello por el especial valor o la situación preferente que tales derechos ocupan en nuestro ordenamiento. La lógica del sistema conduce, pues, a que no haya actos exentos del recurso de amparo. De tal manera que cuando la lesión la produce la ley (o norma con fuerza de ley) ha de ser posible la impugnación de ésta, bien que sea de modo indirecto, es decir, con ocasión de sus actos de aplicación. Efectivamente, el art. 55-2 de la LOTC dispone que «en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas²⁴, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley». Es cierto que se trata de una especie análoga a la de la cuestión de inconstitucionalidad que cualquier órgano judicial puede elevar al Tribunal Constitucional, y en ese sentido se ha dicho que estamos en presencia de una «autocuestión», es decir, de una cuestión de inconstitucionalidad que el Tribunal puede plantearse a sí mismo (bien la Sala al Pleno, bien el Pleno ante sí cuando hubiese recabado, según el art. 10-k de la LOTC, el conocimiento del recurso de amparo).

Pero es cierto también que, siendo figuras análogas, no son idénticas, porque la inmediatez derivada de que plantee y resuelva la cuestión el propio Tribunal configura como indirecta la impugnación de la ley en caso del art. 55-2 y, por el contrario, la ausencia de esa característica (entre otras) no hace de la cuestión de inconstitucionalidad un verdadero recurso indirecto contra leyes. Máxime cuando con ocasión de la protección judicial ordinaria de los derechos fundamentales también, como es obvio, pueden plantear los jueces y tribunales la cuestión de inconstitucionalidad (sin que ni siquiera en ese caso se confundan ante el Tribunal Constitucional una y otra figura). Por supuesto que no es necesario para la puesta en marcha de la vía del art. 55-2 que el recurrente lo pida, ya que el Tribunal puede hacerlo de oficio y, además, la petición de parte no le vincula. La capacidad del Tribunal de someter la ley a control por su propio impulso (aunque siempre con ocasión de un recurso de amparo) es coherente con el lugar que los dere-

²³ «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial ...» cit., pág. 66.

²⁴ Nuevamente, como puede notarse, alienta también aquí la identificación entre derechos fundamentales y derechos protegidos por el amparo, cuestión que no es tan clara como el texto de este precepto parece dar a entender, salvo que se sostenga que el amparo indirecto contra leyes sólo cabe cuando vulneren los derechos de los arts. 15 a 29 y no de los arts. 14 y 30, lo que, aclarando el problema anterior introduciría uno nuevo, el de la contradicción flagrante de esta reducción con el ámbito del amparo que la Constitución y la Ley Orgánica claramente estipulan. Parece preferible soportar la primera confusión terminológica que la segunda contradicción normativa.

chos protegidos ocupan y con el papel que el propio Tribunal desempeña (como ocurre en el otro supuesto similar del control de la ley con motivo de un conflicto de competencias, según establece el art. 67 de la LOTC, siendo aquí la autonomía el principio nuclear especialmente relevante que explica tal supuesto). Por otro lado, que la petición de parte no le vincule es algo común a todo procedimiento de impugnación indirecta.

Es decir, cabe impugnar la ley, a través de su acto de aplicación, mediante el recurso de amparo²⁵. Lo que ocurre es que nos encontramos ante un importante problema en la medida en que el art. 55-2 de la LOTC dispone que la cuestión se elevará al Pleno después de estimado el recurso de amparo porque la ley lesiona los derechos, es decir, después de dictada sentencia que otorga el amparo precisamente por «considerar» la ley inconstitucional. Y se dispone que, como consecuencia de la cuestión, el Pleno habrá de dictar una nueva sentencia en la que podrá «declarar» la inconstitucionalidad de la ley. Del mero enunciado del asunto se desprenden ya, de inmediato, serias incongruencias: primera, ¿cómo la Sala, que no puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, puede sin embargo «considerar» que esa inconstitucionalidad se produce, consideración con tan importantes efectos como para, en su virtud, anular el acto impugnado? segunda ¿cómo es concebible que, después de esa «consideración» de inconstitucionalidad en sentencia del Tribunal, el Pleno pueda (hay que entender necesariamente que puede, es decir que es libre y no está sometido a la Sala) en sentencia posterior decir lo contrario y declarar la ley constitucional? ¿con qué efectos?

La primera incongruencia de la letra del precepto puede salvarse en la práctica haciendo que sea el Pleno (que tiene potestad para ello en virtud de lo establecido en el art. 10-k de la LOTC) el que conozca, en lugar de la Sala, del recurso de amparo. Pero esta solución no eliminaría la segunda incongruencia, pues en teoría la posterior sentencia del Pleno (sobre la ley) podría ser contraria a la anterior del Pleno (sobre el recurso) y así mientras que ésta pudo anular el acto por considerar inconstitucional la ley en cuya aplicación se dictó, aquella nueva sentencia posterior puede (que no sea previsible, por razones obvias, no quiere decir en derecho que sea imposible) no anular la ley declarándola constitucional. Las consecuencias de un caso así son difíciles de prever: ¿se anula la primera sentencia? es imposible dados los efectos de las sentencias constitucionales; ¿se hace revivir el acto que antes fué anulado? tampoco parece posible. En fin, lo que todo ello indica es la manera claramente insatisfactoria en que está regulado el supuesto por la LOTC.

No se trata de desconocer que para declarar la inconstitucionalidad de la ley (o norma con fuerza de ley, ha de entenderse) tiene que seguirse un procedimiento distinto al del amparo y oír o al menos emplazar a unas partes que no son las del amparo. Pero ello no impide que tengan que dictarse dos sentencias sucesi-

²⁵ Vid I. BORRAJO INIESTA, «Amparo frente a leyes», en *Revista de Administración Pública*, n.º 98, mayo-agosto, 1982, págs. 167 a 220, trabajo en el que se destacan muy bien tanto el hecho, que parece indiscutible («En el Derecho español existe el amparo frente a leyes», pág. 219) como los problemas que se derivan del modo en que está regulado en la Ley Orgánica del Tribunal.

vas. Hubiera sido preferible arbitrar los medios para acumular los procesos y resolver en una única sentencia final que tendría un doble contenido: anulatoria del acto y anulatoria de la ley (cuando así procediese, por supuesto) sin que con ello tengan que producirse perjuicios, para el derecho tutelado, por la dilatación del procedimiento, ya que también caben remedios que lo impidan. Parece conveniente, pues, en este punto, modificar la Ley Orgánica del Tribunal para resolver lo que, a nuestro juicio, es hoy una cuestión mal regulada.

Queda, sin embargo, otro punto más por tratar, pues con la vía indirecta del recurso de amparo contra leyes no se eliminan totalmente los ámbitos exentos. No me refiero a los actos con fuerza de ley (unos, los previstos en los arts. 86, 94 y 155 de la Constitución difícilmente pueden originar mediata o inmediatamente una lesión de derechos amparados, y otros, los previstos en el art. 116 de la Constitución, aunque pueden originar más fácilmente esa lesión lo harán siempre a través de sus actos de aplicación) que han de entenderse incluidos (como las normas con fuerza de ley) en el término «ley», no porque a ello obligue necesariamente ese término (como ocurre con las normas con fuerza de ley) sino porque a ello obliga la sumisión genérica de los actos del poder público al recurso de amparo que el art. 41-2 de la Ley Orgánica establece. Es decir, con el sólo apoyo del término «ley» quizá no sería suficiente para admitir que también se incluyeran los actos con fuerza de ley; pero con el apoyo del art. 41-2 y con la analogía del art. 31 (objetos del recurso de inconstitucionalidad) ambos de la LOTC, parece que tal inclusión debe efectuarse²⁶.

Me refiero a otro problema más profundo: el de las llamadas leyes autoaplicativas, que tienen efecto directo sobre el particular sin necesidad de la mediación de acto alguno de aplicación. En tales casos, la impugnación indirecta de la Ley por virtud del art. 55-2 no resuelve nada, ya que precisamente aquí no cabe esa vía. Sólo a través de la impugnación directa podría ampararse el derecho que esas leyes (o normas con fuerza de ley) lesionaran, pero como quiera que tal vía no existe en el recurso de amparo (que exista en el recurso de inconstitucionalidad es cuestión muy distinta) habría que concluir diciendo que el ciudadano no tiene tutelado jurisdiccionalmente su derecho cuando lo lesiona una ley autoaplicativa, pues la tutela (a diferencia del control sobre la norma) significa capacidad de instarla, en el sentido del art. 24 de la Constitución.

Como la cuestión no puede resolverse por el expediente de proclamar que en nuestro ordenamiento no caben ese tipo de leyes (o normas con fuerza de ley) en razón de que no esté prevista la vía de amparo contra ellas (ya se ha apuntado que la vía del recurso de inconstitucionalidad o incluso de la cuestión, que pone en manos del juez y no del justiciable la impugnación ante el Tribunal Constitucional no son auténticas «tutelas»), solución contraria a la capacidad de las Cortes Generales para ejercer la potestad legislativa, o del Gobierno para dictar

²⁶ Como también, por las mismas razones, deben incluirse los actos con fuerza de ley en el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, aunque el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal no los mencione. Creemos que la cuestión no debe dejar de plantearse aunque se trate de casos sumamente hipotéticos.

Decretos-leyes o Decretos Legislativos, y contradictoria además con la necesidad, en ciertos casos, de esas leyes en el Estado social de nuestro tiempo, resulta que lo único que puede entonces constatsrse es esta grave deficiencia de nuestro Estado constitucional de Derecho y propugnarse la conveniencia de su reparación a través de una reforma de la LOTC, que permita el amparo directo contra este tipo de leyes o normas con fuerza de ley.

3. Recurso de amparo y jurisdicción ordinaria

El recurso de amparo, salvo casos excepcionales ya aludidos, está configurado, pues, en nuestro ordenamiento como una vía subsidiaria de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas. En realidad, el amparo, en sentido genérico, transcurre por una doble vía: el que podríamos llamar «amparo judicial», que es el procedimiento preferente y sumario para la protección de esos derechos encomendado a la jurisdicción ordinaria y previsto en el art. 53-2 de la Constitución, y el «amparo constitucional» (así lo llama la propia LOTC) previsto en el mismo artículo y en el 161-1-b) y encomendado al Tribunal Constitucional. El texto del art. 53-2 incluye a la objeción de conciencia como derecho tutelado en el segundo tipo de amparo y no en el primero, pero nada parece impedir que el legislador (como así lo ha hecho) lo convierta también en amparable judicialmente²⁷.

Ese amparo judicial se articula, actualmente, a través del procedimiento previsto en la Ley 62/1978, de 26 de Diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, completada por el Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero, por la disposición transitoria segunda de la LOTC, que extiende el ámbito de la ley 62/1978 a «todos los derechos y libertades a que se refiere el art. 53-2 de la Constitución», y por la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, que incluye a la objeción de conciencia en dicha protección (derogando, por ello, el art. 45 de la LOTC).

La ley 62/1978, anterior a la Constitución, ha de entenderse (así lo confirman la disposición final de la misma y la disposición transitoria segunda de la LOTC) como una regulación provisional «hasta tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53-2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales». Mientras ello no ocurra (y así se dice en la citada disposición transitoria segunda) la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo (a la que alude el art. 43-1 de la misma LOTC) será la contencioso-administrativa ordinaria o lo contencioso-administrativa especial configurado en la Sección segunda de la Ley 62/1978. No

²⁷ Además del derecho de objeción de conciencia (por la ley Orgánica 8/1984) están incluidos en el amparo judicial los de asilo y refugio. Parece acertado lo que, sobre la corrección de esa inclusión, afirma J. GARCIA MORILLO, en «El amparo judicial de los derechos fundamentales», Edic. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, págs. 55 a 58.

es éste el lugar para extenderse en el análisis de la configuración actual del amparo judicial y de señalar los defectos de la ley 62/1978. Sin embargo, parece conveniente apuntar la necesidad de que se termine esta situación transitoria (que ya dura más de lo debido) y se articule, definitiva y sistemáticamente, la tutela judicial ordenada por el art. 53-2 de la Constitución. Entre otras razones porque de ese modo, si se potencia y organiza mejor la protección judicial ordinaria, puede descargarse el Tribunal Constitucional de una excesiva acumulación de recursos de amparo y puede contribuirse a que el amparo «constitucional» no termine por configurarse como una especie de última instancia con carácter generalizado.

Es cierto que en la protección de los derechos y libertades (y no sólo en esta materia aunque aquí principalmente) ni la justicia ordinaria ni el Tribunal Constitucional pueden deslindar exactamente el plano de la legalidad y el plano de la constitucionalidad²⁸. Es cierto también que todos los jueces y tribunales han de aplicar (y proteger) los derechos fundamentales, tanto en los procesos ordinarios como en el preferente y sumario al que alude el art. 53-2 de la Constitución, y que ahora transcurre por la vía de la ley 62/1978. Y es cierto, por último, que, además de esa protección, existe (y no puede dejar de existir a menos que la Constitución se modifique) la que el Tribunal Constitucional otorga a través del recurso de amparo. Todo ello, lo que supone es, aparte de una extensa red de tutela, una inevitable conexión entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional en el ejercicio del amparo. No puede desconocerse que en España la jurisdicción constitucional la ejercen, cada uno con sus peculiaridades propias, ambos órdenes jurisdiccionales, conjunción que plantea problemas que no es prudente minusvalorar.

A partir de dos premisas, que nos parecen correctas: los derechos fundamentales han de ser protegidos por la jurisdicción ordinaria, sobre todo, y los derechos fundamentales han de ser protegidos, también, por el Tribunal Constitucional; de lo que se trata es de lograr que la protección por la primera vía sea tan eficaz que le permita al Tribunal no ser tanto un Tribunal de casos como un órgano de tutela objetiva. O dicho con otras palabras, que el amparo constitucional (instrumento que ha jugado y seguirá jugando un papel fundamental en la «constitucionalización» del ordenamiento y de la práctica administrativa y judicial) tutele con carácter general la dimensión «objetiva» de los derechos fundamentales y sólo con carácter estrictamente subsidiario su dimensión subjetiva. El fuerte control en la admisión del recurso, por parte del Tribunal, y la articulación definitiva del amparo judicial mejorando el actual sistema producto de la ley 62/1978 pueden ser dos caminos, complementarios, para que ello se logre.

²⁸ Y para el Tribunal Constitucional ello está claro: Sentencias 50/1984 y 50/1986, entre otras.