

LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo) (*)

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RECURSO DE AMPARO: 1. *Causas de la reforma*. 2. *Medidas adoptadas*: A) *La nueva configuración del trámite de admisión del recurso*. B) *La ampliación del plazo de interposición del recurso*. C) *El dictado de sentencias de amparo por las Secciones*. D) *La modificación del incidente de nulidad de actuaciones*. 3. *Otras modificaciones*. En especial, *la cuestión interna de constitucionalidad y las medidas cautelares*. 4. *Valoración*.—III. PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IV. DESIGNACIÓN Y ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES: 1. *Consideración previa*. 2. *El procedimiento de elección por el Senado*. 3. *La comparecencia de los candidatos a magistrados propuestos por el Congreso y por el Senado ante las correspondientes Comisiones parlamentarias*. 4. *La duración de los cargos de Presidente y Vicepresidente*. 5. *La situación de servicios especiales de los funcionarios designados magistrados constitucionales*.—V. LA REDISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES ENTRE EL PLENO, LAS SALAS Y LAS SECCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. *Atribuciones del Pleno y de las Salas*. 2. *Atribuciones de las Secciones*.—VI. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.—VII. OTROS PROCESOS CONSTITUCIONALES.—VIII. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.—IX. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—X. EL PERSONAL AL SERVICIO DEL TRIBUNAL: 1. *Letrados de carrera y en régimen de adscripción temporal*. 2. *Otras modificaciones*.—XI. APOSTILLA FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se ha consumado la sexta reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribu-

(*) El presente estudio es mi contribución al libro que se publicará en homenaje al profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, catedrático emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

nal Constitucional (en adelante, LOTC). Se trata de una reforma que, por su contenido y alcance, resulta mucho más ambiciosa que las precedentes. Como es bien notorio, las anteriores fueron limitadas o parciales, específicamente dirigidas a suprimir determinados procesos constitucionales o a incorporar otros nuevos, y a introducir algunas correcciones de carácter procedimental (1). El planteamiento ahora es distinto. En su exposición de motivos se advierte expresamente que hasta el momento no se había acometido «... una reforma que afrontase de manera conjunta las dificultades de funcionamiento del Tribunal Constitucional, que es el objetivo de esta ley orgánica». Se explica así que queden modificados más de un tercio de los artículos de la LOTC (concretamente, 35 de un total de 102), además de la disposición adicional primera. La Ley Orgánica de reforma incorpora, asimismo, cuatro nuevas disposiciones transitorias y dos disposiciones finales.

La misma exposición de motivos da cuenta de los cambios, principalmente dirigidos a «... reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional». En otros términos, lo que se pretende es «... adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional», para lo cual se introducen las siguientes modificaciones:

— se establece una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, se habilita a las secciones del Tribunal para la resolución de dicho recurso y se da nueva redacción al artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativo al incidente de nulidad de actuaciones; además, se modifica la regulación de la cuestión interna de constitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la LOTC;

— asimismo, se posibilita la personación ante el Tribunal de las partes del proceso judicial en el que se haya planteado una cuestión de inconstitucionalidad, a fin de que puedan formular alegaciones sobre el fondo de la cuestión, todo ello de acuerdo con las directrices de la STEDH de 23 de junio de 1993; y, por último,

— se modifican y regulan *ex novo* diversos aspectos del régimen interno y de organización del Tribunal, tal como sucede con una de las cuestiones a las

(1) La Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, modificó el recurso de amparo contra las violaciones del derecho a la objeción de conciencia; la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, suprimió el recurso previo de inconstitucionalidad; la Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, modificó el trámite de admisión del recurso de amparo; la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, estableció un nuevo proceso constitucional, el conflicto en defensa de la autonomía local, y la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero, amplió el plazo para la interposición de los conflictos de competencias.

que se alude de manera expresa en la exposición de motivos, la figura del letrado de adscripción temporal.

No obstante, esta descripción del contenido de la reforma resulta incompleta. También desigual en la valoración de las modificaciones, al dar cuenta de algunas que para nada tienen la relevancia de otras sobre las que, sin embargo, se guarda silencio. Nada se dice, por ejemplo, sobre la cuestión relativa a la distribución de funciones entre el Pleno, las Salas y las Secciones del Tribunal o al procedimiento a seguir ante el Tribunal; o lo mismo sucede, en fin, con las precisiones incorporadas para la protección y defensa de la jurisdicción constitucional o con las que atañen al nombramiento de los magistrados constitucionales y, sobre todo, a la duración del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal.

En cualquier caso, a pesar de la amplitud de la reforma, la principal causa que la ha motivado no parece ser otra que los estragos que en el funcionamiento del Tribunal está ocasionando desde hace años el recurso de amparo y, más en particular, el recurso de amparo para la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución. El objetivo central, en efecto, es tratar de atajar las disfunciones que el amparo está ocasionando. Buena parte de las consideraciones que se hacen en la exposición de motivos como justificación de la reforma se refieren precisamente al continuo «... crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal». Y de ahí que la nueva configuración del trámite de admisión del recurso de amparo, unido a la habilitación de las Secciones del Tribunal para dictar sentencias y a la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la LOPJ previo al amparo constitucional, constituya el eje vertebral de la reforma.

Lo que sucede es que al hilo de dar respuesta al problema central derivado del amparo, se ha aprovechado para introducir en la LOTC otros cambios, aunque lo sean de muy desigual alcance e importancia. Buena parte de ellos consisten en llevar a la LOTC lo que ya está previsto en el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional (2) o lo que son consolidadas prácticas del propio Tribunal. Y, por otra parte, también se ha pretendido reforzar la posición institucional del Tribunal, aunque el inicial planteamiento del anteproyecto e, incluso, del proyecto de ley ha sido matizado a lo

(2) Adoptado por Acuerdo del Pleno del Tribunal de 5 de julio de 1990 (*BOE* de 3 de agosto de 1990), sin perjuicio de otros Acuerdos complementarios en materia de personal y de funcionamiento del Tribunal.

largo de la tramitación parlamentaria. En todo caso, esas medidas dirigidas a preservar mejor el ámbito jurisdiccional del Tribunal seguramente no se habrían adoptado si no hubiera mediado la insólita Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, que, como es notorio, declaró a once magistrados incurso en responsabilidad civil por rechazar una demanda de amparo (3).

En definitiva, los cambios que, además de los relativos al recurso de amparo, incorpora la Ley Orgánica de reforma pueden agruparse a los efectos de su análisis sistemático de la siguiente forma:

(3) No estará de más recordar que el asunto trajo causa inicial de dos recursos interpuestos por un letrado (Sr. Mazón) ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo denunciando la violación por el Tribunal Constitucional del artículo 97.1 de su Ley Orgánica, por cuanto no había convocado concurso-oposición para cubrir todas las plazas de letrado, procediendo, por el contrario, a cubrir la mayoría de ellas por libre designación temporal. Los recursos fueron desestimados, interponiendo seguidamente ante el Tribunal Constitucional recurso de amparo en el que solicitó «la abstención de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional por interés directo, subsidiariamente su recusación», «la solicitud de una medida legislativa al Presidente del Gobierno para que demande del Parlamento la aprobación de un proyecto de ley que garantice el derecho constitucional a un examen imparcial del presente recurso de amparo» y que «por la formación que prevea la medida legislativa y que respete el derecho al juez imparcial, la estimación del presente amparo con declaración de nulidad de la sentencia impugnada y estimación del contenido de la demanda». Es este sorprendente recurso de amparo el que se inadmitió nada menos que por el Pleno del Tribunal Constitucional, utilizando para ello además una fórmula inusual (el archivo del escrito una vez que «la demanda no se dirige a este Tribunal Constitucional sino a otro que lo sustituya»), en lugar, por ejemplo, de recurrir sin más, tras el rechazo de la abstención y recusación, a la causa de inadmisión del artículo 50.1.c) de la LOTC. Sin embargo, como respuesta al celo del Tribunal en dar una respuesta ortodoxa a una demanda torticera, que con características propias de un demandante habilidoso colocaba al frente de la misma un impedimento procedimental con la finalidad de yugular la intervención del propio Tribunal y evitar así la declaración *a limine* de que el recurso carecía manifiestamente de contenido constitucional, los once magistrados constitucionales que adoptaron esa decisión serían condenados posteriormente por la Sala Primera del Tribunal Supremo en una increíble Sentencia de 23 de enero de 2004, por considerar que habían «dado respuesta a la pretensión de amparo, sin entrar a estudiar siquiera si la misma era o no admisible *a limine*» (*sic!*). De manera que para la referida Sentencia, los magistrados constitucionales «actuaron con una negligencia profesional grave que supone, para el caso concreto, una ignorancia inexcusable ya que la ilicitud o la antijuridicidad tiene como base la violación de unas normas absolutamente imperativas» (artículo 1.7 del Código Civil, que impone a todos los jueces y Tribunales la obligación de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan). De ahí, que, dado el daño o perjuicio moral que con esa actuación se había infligido al recurrente, se condenara a cada magistrado constitucional por responsabilidad civil al pago de quinientos euros. Difícilmente era imaginable que este rocambolesco asunto concluyera como concluyó, aunque la historia no ha terminado, al hallarse pendiente el recurso de amparo que los propios magistrados constitucionales interpusieron seguidamente contra la sentencia condenatoria.

- los que se refieren a la protección y defensa de la jurisdicción constitucional;
- los que introducen un nuevo trámite en el procedimiento de designación por el Senado de los magistrados constitucionales y amplían en determinado supuesto la duración del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal;
- los que proceden a la redistribución de funciones entre el Pleno, las Salas y las Secciones del Tribunal;
- los relativos a la cuestión de inconstitucionalidad y a otros procesos constitucionales;
- los que precisan el valor de la jurisprudencia constitucional;
- los que modifican aspectos concretos de la regulación del procedimiento ante el Tribunal; y
- los que afectan al régimen del personal al servicio del Tribunal.

Comenzando con la reforma del recurso de amparo, seguidamente se analizan los referidos cambios, siguiendo el mismo orden en que se acaban de enumerar.

II. EL RECURSO DE AMPARO

1. *Causas de la reforma*

Ninguna duda cabe de que la inicial configuración del recurso de amparo tenía que modificarse. Sobre tal extremo se viene insistiendo desde hace años. No sólo lo ha hecho la doctrina (4), sino el propio Tribunal (5). La reforma del

(4) Baste remitirse a las ponencias y conclusiones del Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en 2003, recogidas en vol. col. *La reforma del recurso de amparo* (coord. P. Pérez Tremps), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

(5) En la Memoria del Tribunal Constitucional 1980-1986, el presidente F. Tomás y Valiente ya advirtió de los problemas que podría generar el continuo y notable incremento de asuntos que se comenzaba a registrar, señalando que «en ese alud excesivo de trabajo reside el mayor riesgo de una jurisdicción que, aunque no pueda considerar la rapidez como su principal objetivo, tampoco debe resignarse a resolver cuatro o cinco años después de su iniciación procesos que por su propia naturaleza afectan casi siempre a puntos cruciales del sistema político o a los derechos fundamentales ...» (pág. 20).

Asimismo, durante la presidencia de A. Rodríguez Bereijo (1995-1998), el propio Tribunal procedió a elaborar un «Borrador de Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (mayo 1998) [publicado en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4 (1999), monográfico «El Tribunal Constitucional», págs. 395-435], en el que la necesidad de reformar el recurso de amparo se justificaba en estos términos: «La triple función que, en lo esencial, atribuye la

trámite de admisión en 1988, al no atacar la raíz del problema, bien pronto se reveló absolutamente ineficaz para resolverlo. Un problema, como bien se sabe, directamente vinculado al incesante incremento del número de demandas de amparo que llegan al Tribunal.

En un trabajo anterior (6) he dado cuenta de algunos datos, ciertamente apabullantes: más del 97 por 100 de los recursos que, año tras año, han ingresado en el Tribunal han sido recursos de amparo y el número de esos recursos ha crecido continua e imparablemente, sin retroceso de ningún tipo. En 2004, fueron 7.814 de un total de 7.951. Los dos años siguientes, han confirmado la tendencia, incluso en una progresión más intensa. En 2005, los amparos alcanzaron la cifra de 9.476 de un total de 9.708, y en 2006 han alcanzado la cifra de 11.471 de un total de 11.741.

Los datos son incontestables. El grueso de los asuntos que ingresan cada

Constitución al Tribunal Constitucional (juez de la ley, de los conflictos constitucionales y del respeto a determinados derechos fundamentales) no podrá cumplimentarse con eficacia si esta jurisdicción debe seguir consagrando una parte creciente y preciosa de sus limitados recursos a examinar, como hasta ahora, el flujo casi torrencial de recursos de amparo que llegan hasta ella y a resolver, de modo razonado, sobre el elevadísimo número de ellos que carecen, por razones de forma o de fondo, de toda posibilidad de prosperar (entre 1993 y 1997 fueron inadmitidos a trámite por providencia un 77,6 por 100 de los recursos de amparo presentados; el porcentaje sería obviamente superior si se computasen ahora las inadmisiones decididas por auto). Ninguna ley, desde luego, podrá poner coto a la litigiosidad desprovista de base, pero lo que sí puede, y quizá deba, hacer el legislador es configurar las condiciones y el trámite de admisión de este recurso en términos tales que hagan bien patente ante los ciudadanos y sus Letrados lo que el recurso de amparo constitucional en modo alguno es: un cauce abierto para buscar remedio frente a cualesquiera infracciones del ordenamiento —reales o supuestas— en las que hayan podido incurrir los poderes públicos». En cualquier caso, la conclusión del «Borrador de Reforma» era rotunda: «Si el recurso de amparo no se reforma, en este punto, por el legislador es inevitable pronosticar el deterioro al que este cauce quedará abocado: las quejas que en verdad son merecedoras de atención, incluso de atención urgente, sufrirán cada vez más demora en su resolución. El amparo constitucional quedará no ya banalizado, sino privado *de facto* de eficacia».

La situación, sin embargo, se mantuvo sin cambio alguno, lo que llevó a que el Tribunal siguiese reclamando la intervención del legislador. En la Memoria de 2005 (pág. 12), la presidenta Casas volvió a señalar con rotundidad que «... las cifras de asuntos ingresados han seguido una tendencia imparable de crecimiento con el resultado de incrementar en exceso el volumen de trabajo acumulado del Tribunal». Y añade: «Ya he tenido ocasión de señalar que las soluciones arbitradas con los medios procesales que la legislación ofrece en la actualidad no pueden, sencillamente, alterar esta situación, por más que se intensifique el esfuerzo de organización y trabajo que viene procurando el Tribunal con el mejor empeño y voluntad y el ritmo de su producción, ya verdaderamente notable en comparación con otras jurisdicciones constitucionales». De manera que «estas disfunciones sólo podrán ser corregidas por la acción del legislador».

(6) *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, Fundación Alternativas, documento de trabajo 58/2004, Madrid, 2005.

año, en un porcentaje contundente, son amparos y, además, éstos no hacen sino aumentar. De manera que puede afirmarse que el Tribunal está dedicado, antes que a otra cosa, a la tutela de los derechos fundamentales y, en especial, a la tutela del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 de la Constitución. Más del 85 por 100 de los recursos de amparo alegan la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Es verdad que, en algunos de esos recursos, junto al artículo 24.1 de la Constitución se alegan otros derechos fundamentales, como el principio de igualdad o los derechos del artículo 24.2, por lo que el porcentaje es algo menor; pero no por ello cambia sustancialmente la cuestión, que queda centrada, como se ve, en el referido derecho a la tutela judicial efectiva. Mientras que en el año 2004 los recursos de amparo con invocación del artículo 24.1 de la Constitución fueron 6.523 (un 83,84 por 100 del total de amparos), en 2005 se elevaron a 8.282 (un 87,41 por 100) y en 2006 a 10.234 (un 89,22 por 100).

Estos datos aún se deben completar con otros también muy significativos: el número de recursos que franquean la barrera del trámite de admisión apenas llega al 4 por 100. En la Memoria del Tribunal correspondiente a 2006 (pág. 33), se señala con claridad: «En materia de recurso de amparo se inadmiten la gran mayoría de los recursos suscitados: durante 2006, las Secciones de tres magistrados inadmitieron 7.370 amparos; simultáneamente, las Secciones o las Salas admitieron a trámite 316 asuntos. Por consiguiente, del total de decisiones de admisión adoptadas a lo largo del año por las Salas de amparo, 4,07 por 100 dieron lugar a la tramitación del recurso de amparo para resolver mediante Sentencia; y 95,93 por 100 conllevaron la inadmisión del recurso».

Queda patente, por tanto, que algo no funciona bien, a la vista de tanta litigiosidad que se demuestra absolutamente infundada. Lo que, por otra parte, determina que una parte sustancial del trabajo del Tribunal, de sus magistrados y letrados, quede centrado en el amparo, en detrimento de lo que, por ser ejercida en régimen de monopolio, es su función primaria y primordial, la resolución de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y también los conflictos competenciales.

Los efectos son conocidos. Esta situación ha llevado a un retraso creciente en la resolución no sólo de los amparos, sino de los demás procesos constitucionales. La primera providencia en el recurso de amparo viene tardando de promedio no menos de un año, y todo para resolver en la mayoría de los casos que la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional; y, asimismo, el dictado de las sentencias está tardando no menos de tres años. Pero, sobre todo, lo trascendental es la repercusión en los demás procesos constitucionales de competencia del Pleno, cuya resolución se dilata como promedio entre seis y siete años. Es evidente, pues, que el problema del ampa-

ro constitucional no debe verse únicamente como un problema privativo de ese concreto proceso constitucional, sino como un problema de mayor calado, que trasciende del propio amparo para afectar globalmente al normal desarrollo de las principales funciones del Tribunal, las relativas al control de constitucionalidad de las leyes y a la resolución de las controversias competenciales (7).

La exposición de motivos de la Ley Orgánica de reforma tampoco silencia, en fin, la negativa incidencia del recurso de amparo en el funcionamiento del Tribunal:

«La experiencia acumulada tras más de veinticinco años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional».

Y más adelante —conviene también recordarlo—, se añade:

«El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal 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

(7) La resolución de los recursos de amparo, mayoritariamente referidos a pretendidas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, lleva tanto tiempo al Tribunal —al menos, así lo parece— que se dilata cada vez más la resolución de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y los conflictos de competencias. Asuntos todos ellos de capital importancia, que generan además una gran conflictividad judicial y problemas añadidos de no menor trascendencia, y que, sin embargo, no pueden ser atendidos en plazos razonables por la focalización del trabajo del Tribunal en tratar vanamente de dar pronta salida a los amparos.

de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución».

2. Medidas adoptadas

Si no es dudoso que el amparo constitucional debía reformarse, la cuestión verdaderamente difícil era (y sigue siéndolo) cómo hacerlo. Como ya he anticipado, con la reforma aprobada se confía en que la situación mejorará actuando en una triple dirección: modificando el sistema de admisión a trámite de los recursos, dando entrada a las Secciones del Tribunal en el dictado de sentencias de amparo y, por último, ampliando el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la LOPJ a todos los derechos fundamentales protegidos por el amparo constitucional. Sin embargo, y reitero ahora una opinión ya expuesta en otra ocasión (8), con tales modificaciones no creo que se logre remediar el problema.

A) *La nueva configuración del trámite de admisión del recurso*

La reforma del recurso de amparo descansa básicamente en una nueva configuración del trámite de admisión. El cambio consiste en transformar el sistema de inadmisión que ha regido hasta la actualidad en otro de admisión, de manera que sea el recurrente quien alegue y acredite que el recurso cumple con los presupuestos procesales de admisibilidad y que, en especial, su contenido justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su «especial trascendencia constitucional». Como dice el artículo 48.1 *in fine* LOTC, «en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso». De este modo, se da la siguiente nueva redacción al artículo 50 de la LOTC:

«1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos:

- a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.
- b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por

(8) *Vid.* mi comentario al anteproyecto de Ley, en vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, CEJ-Thomson Aranzadi, 2006, págs. 51 y sigs.

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

La reforma consiste en invertir el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la existencia de causas de inadmisión a la verificación de que el recurso de amparo presenta relevancia constitucional. Se trata, desde luego, de un cambio importante. Sin embargo, cuestión distinta es que con ello se vaya a alcanzar el objetivo que se afirma perseguir, la agilización del procedimiento. Y es que esa inversión del juicio de admisibilidad muy poco, por no decir nada, mejorará la difícil situación en la que se encuentra el Tribunal como consecuencia del número de recursos de amparo que le llegan (9). Tanto es así que, seguramente, ni siquiera un sistema de admisión discrecional de los

(9) No creo que sea un pronóstico en exceso arriesgado. Entre otros, E. ESPÍN TEMPLADO: «Comentarios al anteproyecto de reforma de la LOTC», en vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., pág. 24, también ha reconocido que «las dos medidas básicas de la reforma que se encaminan a resolver el problema causado por el alto número de recursos de amparo que se presentan tienen unas limitaciones objetivas que pueden determinar que antes o después acaben resultando insuficientes, en función del crecimiento del número de recursos. Se comprende bien que si este número sigue creciendo, aun cuando el número de sentencias se duplicaran como consecuencia de la asunción de asuntos por parte de las secciones, y aunque la tramitación de la inadmisión fuese mucho más expeditiva, llegaría un momento en que la situación volvería a ser la misma. En definitiva, que sólo mediante la restricción de la posibilidad de interponer el recurso de amparo —bien por criterios materiales, bien por limitaciones de tipo procesal formal— podrá en último término encontrarse el equilibrio entre la litigiosidad social y la capacidad resolutoria del Tribunal». Igualmente, J. GARCÍA TORRES, en el mismo vol. col. *La reforma...*, op. cit., pág. 105: «... se me antoja cuando menos dudoso que se consiga una reducción significativa del número de asuntos a corto plazo».

recursos, dando entrada a la técnica del *certiorari*, solventaría el problema (10).

La razón es clara. Ni un sistema de admisión discrecional, ni menos aún el que se ha adoptado, basado en la especial trascendencia constitucional de la demanda de amparo, evitará que los magistrados y letrados tengan que analizar las correspondientes demandas, aunque sea para seguir concluyendo en los porcentajes habituales —e, incluso, más elevados— que las mismas no acreditan relevancia constitucional alguna o, más aún, que no son del interés del Tribunal. En la medida en que esas demandas hayan de ser objeto de análisis y deliberación, el problema de fondo permanecerá. Algo, quizá, podrá agilizarse la inadmisión al prescindirse de exteriorizar la motivación en la correspondiente providencia (11), aunque en tanto que la motivación interna deba

(10) Tampoco para P. PÉREZ TREMP: «Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador», en vol. col. *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor F. Rubio Llorente*, CEPyC, Madrid, 2002, pág. 1647, «la objetivación del amparo, incluso actuando conjuntamente con otras medidas (la reorganización interna de los medios personales y de funcionamiento del Tribunal, las coercitivas, o, en fin, la reconsideración de la doctrina constitucional relativa al contenido y alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), logrará otra cosa que aliviar momentáneamente la situación, sencillamente porque no son medidas que puedan solucionar el problema de fondo». Por su parte, F. RUBIO LLORENTE: «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», *REDA*, núm. 60 (1988), pág. 529, con ocasión de la reforma del trámite de admisión en 1988, señaló que «... ni la Corte Suprema de los Estados Unidos, que dispone del *writ of certiorari*, ni el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en donde hace tiempo que se introdujo el criterio de la trascendencia, han logrado con ello una solución al problema de la sobrecarga. Tampoco lo conseguirá entre nosotros la reforma que ahora se ha hecho, ni probablemente lo lograría, aunque se acercara más a ello, una reforma que hubiese operado también, como a mi juicio debió hacerse, sobre las causas de admisión».

(11) Según el nuevo artículo 50.3 LOTC, «las providencias de inadmisión [...] especificarán el requisito incumplido [...]». Obsérvese, de todas formas, que en el proyecto de ley se decía que «las providencias de inadmisión [...] se limitarán a especificar el requisito incumplido [...]», con lo que, tras la incomprensible supresión por la Ponencia del Congreso de los Diputados (BOCG.CD, serie A, núm. 60-9, de 5 de diciembre de 2006) de la expresión «se limitarán» (máxime al mantenerse esa misma expresión en la disposición transitoria tercera, introducida *ex novo* por la misma Ponencia), pudiera suscitarse la duda de si será posible que el Tribunal siga motivando dichas providencias; o, en otros términos, si la motivación o no dependerá de lo que el propio Tribunal decida al respecto, como de él dependió —aunque en esa ocasión no tuviera que forzar la interpretación— que, tras la reforma del trámite de admisión en 1988, las providencias de inadmisión de los recursos de amparo no se dejaran de motivar. No obstante, en esta ocasión, parece indiscutible que la Ley Orgánica de reforma ha optado por imponer que dichas providencias no se motiven (más aún al rechazarse las enmiendas planteadas por el grupo parlamentario popular en el Congreso y en el Senado, que, de contrario, trataban de garantizar la motivación). El tenor literal de la disposición transitoria tercera, además de poner de manifiesto el descuido

existir —es decir, que las demandas haya que leerlas y analizarlas y los magistrados tengan que debatir sobre si presentan o no especial trascendencia constitucional—, poco cambiará la situación. Prueba de lo que afirmo es que, en cierto modo, con la anterior causa de inadmisión del artículo 50.1.c) LOTC, el Tribunal ha dispuesto de un cauce expeditivo para depurar los recursos de amparo. Tanto que se ha llegado a decir con fundamento que el *certiorari* existía de hecho, dado que el Tribunal, con la cobertura de la referida causa de inadmisión, ha venido resolviendo el trámite de admisión con un amplísimo margen de decisión (12). Y, sin embargo, de poco ha servido.

Por otra parte, elevar a norma legal el criterio de que la viabilidad de demanda de amparo dependerá de su especial trascendencia constitucional, no deja de suscitar dificultades que guardan directa relación con la finalidad y funciones asignadas constitucionalmente al recurso de amparo. Además de la necesidad de concretar que se entiende por «especial trascendencia constitucional» del contenido del recurso, respecto de lo cual el nuevo artículo 50.1.b) LOTC establece, a modo de directrices, que habrá que atender 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», además, pues, de esta notable ambigüedad (13), no puede desconocerse que el recurso de amparo cumple, y no puede dejar de cumplir en tanto la Constitución no se modifique, una función garantista de

del legislador, no deja lugar a dudas: «La admisión e inadmisión de los recursos de amparo cuya demanda se haya interpuesto antes de la vigencia de esta Ley Orgánica se regirá por la normativa anterior. No obstante, la providencia de inadmisión *se limitará* a expresar el supuesto en el que se encuentra el recurso».

(12) En este sentido, por ejemplo, J. L. REQUEJO PAGÉS, en el documento antes citado que recoge el debate sobre mi ponencia *El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma*, publicado por la Fundación Alternativas, pág. 41, se ha manifestado en términos categóricos: «Para desconsuelo de sus críticos, he de decir que el *certiorari* ya existe. El Tribunal admite lo que quiere, porque todo lo que el Tribunal inadmite por el 50.1.c) (carencia manifiesta de contenido) no son más que desestimaciones anticipadas, de suerte que ese artículo opera como la válvula que le permite inadmitir lo que no interesa».

(13) Entre otras opiniones, para P. GARCÍA MANZANO, en vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., pág. 102, el examen de la especial trascendencia constitucional del recurso «... se rodea de coordenadas que, por ser más evanescentes —a fuer de más prolijas— que el criterio contenido en el actual art. 50.1.c) LOTC, hará más complicada, en el plano de la deliberación, la decisión sobre la admisión del recurso». De ahí que, a su juicio, puestos a objetivizar el amparo constitucional, «... sería más adecuado simplificar el art. 50.1.b) proyectado, y decir, sencillamente, en formulación más aproximada al *certiorari*, que la trascendencia constitucional será apreciada en razón de la proyección o relevancia general que ofrezca el caso sobre el alcance y configuración de los derechos o libertades en juego».

carácter subjetivo de los derechos fundamentales (14). Sin perjuicio de la llamada dimensión objetiva, la tutela subjetiva es consustancial al recurso de amparo. No de otra forma se puede explicar, por ejemplo, que el propio Tribunal Constitucional haya rechazado que el recurso de amparo proteja frente al «exceso de amparo», es decir, que no sea viable el «contraamparo» (STC 114/1995, de 6 de junio, FJ. 2), ya que su función no es velar por la correcta aplicación de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales y de los preceptos legales que desarrollan o regulan su ejercicio, sino sencillamente la de corregir vulneraciones de derechos (15). De manera que ni siquiera cabe decir que el sistema propuesto sea una alternativa que no plante problema alguno de ajuste constitucional.

Por lo demás, la verificación de que la demanda de amparo reúne los requisitos previstos en los artículos 41 a 46 y 49 y que presenta «especial trascendencia constitucional» corresponde, en principio, a las Secciones del Tribunal. No obstante, el nuevo artículo 8.1 dispone que «para el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de procesos constitucionales, el Pleno y las Salas constituirán Secciones compuestas por el respectivo Presidente o quien le sustituya y dos Magistrados». De este modo, en determinados supuestos las Secciones se limitarán a formular la correspondiente propuesta. Tal es el caso, en concreto, de la resolución sobre la admisión o inadmisión de los recursos de amparo, que corresponderá a las Salas en lugar de a las Secciones «cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría [en la Sección], no alcance la

(14) Por eso no deja de ser discutible desde el punto de vista de su adecuación constitucional, la concreción de los supuestos indicativos de la trascendencia constitucional de la demanda, en la que se excluye (al menos no se menciona en un elenco de supuestos aparentemente completo) cualquier referencia a «la gravedad del perjuicio causado al recurrente por la alegada vulneración del derecho fundamental», tal como se hacía en el borrador de reforma de la LOTC preparado por el mismo Tribunal en mayo de 1998, *cit.*, págs. 415 y sigs. Que el amparo constitucional deje de dispensar protección frente a efectivas vulneraciones y lesiones subjetivas de derechos fundamentales porque, con arreglo a los referidos criterios, se considere que dicha dispensa no presenta especial trascendencia constitucional, fácilmente se comprende que supone un cambio radical en el entendimiento consolidado de la finalidad y funcionalidad constitucional del recurso de amparo. No obstante, no faltan opiniones opuestas. Por todos, por ejemplo, M. CARRILLO, en «Encuesta sobre la reforma de la LOTC», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18 (2006), pág. 38: «Este proceso de objetivación de la demanda de amparo no ha de ofrecer dudas sobre su constitucionalidad. Cabe reiterar que la Constitución no prefigura un modelo de recurso de amparo específico, basado en la tutela de intereses subjetivos ni tampoco en criterios objetivos de interés general».

(15) Me he referido a esta problemática en mi trabajo «El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma ...», *cit.*, págs. 17 y sigs.

unanimidad», pues, en ese caso, «la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución (artículo 50.2). De ahí que el artículo 50.3 reitere que las providencias de inadmisión serán adoptadas por las Secciones o por las Salas, aunque también en este extremo el alcance de la reforma es mínimo, por cuanto en la práctica que viene observando el Tribunal, las Salas ya intervienen cuando se trata de admitir a trámite los recursos (16). Bien puede decirse, por tanto, que la reforma se limita a consagrar legislativamente los criterios que el Tribunal ha adoptado y viene observando desde hace tiempo.

En definitiva, con la modificación del trámite de admisión en los términos en que se ha hecho, la fuerte presión del recurso de amparo en las tareas del Tribunal probablemente en bien poco se reducirá. Tanto el criterio de la carencia manifiesta de contenido constitucional, como el de la especial trascendencia constitucional y otros similares, no evitan que los recursos lleguen al Tribunal, ni que, por tanto, éste deba emplear gran parte de su tiempo en incoar y resolver unos trámites que, como la experiencia demuestra, en una amplísima mayoría de casos inevitablemente concluyen constatando la inexistencia de las pretendidas vulneraciones.

B) *La ampliación del plazo de interposición del recurso*

En la doctrina, no se ha dejado de abogar decididamente por la conveniencia de ampliar el plazo de interposición del recurso de amparo (17). El proyecto de Ley Orgánica de reforma nada previó al respecto, manteniendo el plazo de veinte días. Sin embargo, tras la tramitación parlamentaria, el artículo 44.2 LOTC ha sido modificado, ampliándose el plazo a treinta días. Y en concordancia con esa ampliación, la disposición transitoria Segunda.1 añade que el nuevo plazo «... se aplicará si en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley Orgánica no ha expirado el plazo establecido en la redacción

(16) Vid. G. VALENCIA MARTÍN: «Comentario al artículo 10», en vol. col. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pág. 210, respecto de la práctica consistente en que las Salas son las que deciden sobre la admisión de los recursos de amparo o, al menos, controlan efectivamente las admisiones.

(17) De manera destacada, I. BORRAJO INIESTA, en vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., pág. 139, con razones atendibles: el plazo de veinte días, lejos de limitar el número de recursos, lleva a interponer recursos sin la reflexión y fundamentación deseables, sin que haya tiempo para sopesar debidamente si procede o no el mismo, en definitiva para su estudio y preparación. También, entre otros más, P. CRUZ VILLALÓN: «Acotaciones al proyecto...», cit., pág. 77, calificándolo de «... plazo muy riguroso, en particular si hay que argumentar la especial trascendencia constitucional».

anterior de ese precepto, en cuyo caso la parte dispondrá de los días que resten desde la fecha inicial del cómputo».

Así pues, ampliación del plazo en diez días. Una medida sobre la que poco cabe decir. Sólo que resulta raquítica. Puestos a modificar el plazo de interposición, debería haberse ampliado a tres o, incluso, a seis meses, en sintonía con el plazo previsto para el recurso de amparo contra actos parlamentarios (artículo 42 LOTC) o, sencillamente, con el plazo dispuesto en el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo que, en todo caso, resulta insólito es que no se haya modificado en el mismo sentido el artículo 43.2 LOTC. De manera que cuando la violación del derecho fundamental tenga su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, el plazo para interponer el recurso de amparo «... será de treinta días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial» (artículo 44.2 LOTC), mientras que, cuando la violación sea originada por disposiciones, actos jurídicos, omisiones 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 (y de cualesquiera otros entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, tal como precisa el artículo 41.2 LOTC), el plazo para interponer el recurso «... será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial» (artículo 43.2 LOTC). Por sorprendente e injustificable que sea, tras la reforma así es (18), lo que, además, servirá para que el

(18) La ampliación del plazo a treinta días en el artículo 44.2 se produjo tras el informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados (*BOCG.CD*, serie A, núm. 60-9, de 5 de diciembre de 2006), sin que consten las razones de por qué se fijó en treinta días cuando la enmienda núm. 86 del grupo parlamentario socialista del Congreso proponía establecer el de cuarenta. En ese mismo informe se incurre, no obstante, en un inexplicable error, al afirmarse que se mantiene el tenor de una serie de artículos del proyecto de Ley Orgánica y, entre ellos, se cita el artículo 43, ya que «... no habían sido objeto de enmiendas». Ahora bien, el artículo 43.2 LOTC, que no había sido de cambio alguno en el proyecto, si había sido objeto de una enmienda, concretamente la número 85 del mismo grupo parlamentario socialista del Congreso, en coherencia y en los mismos términos que la formulada al artículo 44.2 y parcialmente aceptada por la Ponencia. De este modo, quedó modificado el artículo 44.2, pero no el artículo 43.2, sin que el informe de la Ponencia sufriese ya cambio alguno a todo lo largo de la tramitación parlamentario. Este desaguizado, que llama la atención no fuese criticado por nadie, aún dio lugar a otro más, concretamente a que se tuviese que publicar una corrección de errores consistente en sustituir la frase «el plazo de treinta días establecido en la nueva redacción de los artículos 43.2 y 44.2 LOTC...», de la disposición transitoria 2.ª, apartado 1, tal como había quedado aprobada por la Ponencia y por la Comisión constitucional del Congreso, por esta otra: «El plazo de treinta días establecido en la nueva redacción del artículo 44.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...» (*vid. BOCG.CD*, serie A, núm. 60-11, de 15 de marzo de 2007 y serie A, núm. 60-12, de la misma fecha).

propio Tribunal se entretenga en dilucidar, al menos durante unos días y tras unos cuantos informes más, qué plazo se ha de observar cuando el recurso de amparo sea de los calificables como «mixtos» por imputar simultáneamente la lesión de diversos derechos fundamentales a una actuación u omisión de una Administración Pública y a un acto u omisión de un órgano judicial.

C) *El dictado de sentencias de amparo por las Secciones*

Junto a la reconfiguración del trámite de admisión, la reforma tendente a facilitar la resolución de los recursos de amparo se complementa con la posibilidad de que, en el supuesto de que sean admitidos y deban ser resueltos por sentencia, ésta pueda ser dictada por las Secciones y no sólo, como ha sucedido hasta ahora, por las Salas.

Según la redacción dada al artículo 8.3 LOTC, «podrá corresponder también a las Secciones el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les defiera en los términos previstos en esta Ley». Y, asimismo, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 52.2, «presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, la Sala podrá deferir la resolución del recurso, cuando para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, a una de sus Secciones o señalar día para la vista, en su caso, o deliberación y votación». La medida, una vez más, está al servicio de facilitar la pronta resolución de los recursos admitidos a trámite (19). Sin embargo, se trata de una medida discutible por diversas razones.

De una parte, no deja de ser sorprendente que la viabilidad del recurso dependa de que presente «especial trascendencia constitucional» y que simultáneamente se abra la posibilidad de que la resolución del mismo se defiera a las Secciones. Entre otros, lo ha advertido P. Cruz Villalón, al comentar el proyecto de ley que ya contenía esta previsión: «En apariencia, este nuevo enfoque del amparo constitucional no resulta compatible con la posibilidad de delegación de los amparos en las Secciones. Si un amparo constitucional ha de poseer especial *trascendencia constitucional*, en tal caso su conocimiento debería corresponder, como mínimo, a las Salas» (20).

(19) Esa fue la razón de que ya en 1985, en el Tribunal Constitucional Federal alemán, se optase por desconcentrar a favor de las Secciones la resolución del recurso de amparo, con la condición, asimismo, de que el Tribunal «ya haya decidido la cuestión de Derecho Constitucional que en el mismo se plantee».

(20) Vid. «Acotaciones al proyecto de reforma de la justicia constitucional», en vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., pág. 77. Asimismo, entre otros más, en términos

Por otro lado, aunque la posibilidad de que las Secciones dicten sentencias de amparo se condiciona a que «para su resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional», con ello no se supera la incoherencia. Como ya hemos visto, la admisión del recurso por razón de su especial trascendencia constitucional se vincula a la importancia del asunto «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» [artículo 50.1.b)] y no parece que un asunto sobre el que exista ya «doctrina consolidada del Tribunal Constitucional» presente «especial trascendencia constitucional», dados los criterios con arreglo a los cuales esa trascendencia se ha tratado de objetivizar (21).

En cualquier caso, al margen de la incoherencia y las distorsiones que pueda generar, esta atribución a las Secciones sólo ayudará, como mucho, a que el dictado de las correspondientes sentencias no se dilate tanto como hasta ahora. Bien puede suceder, por tanto, que con esa medida simplemente se

también críticos, J. GARCÍA ROCA o A. GARRORENA MORALES, en *Encuesta...*, cit., págs. 43-44 y 47-48, respectivamente, y E. FOSSAS ESPADALER: «El proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, Iustel, núm. 1 (2006), pág. 181, aunque admite que la desconcentración «dado que se trata sólo de una posibilidad... puede tener su lógica como medida provisional que puede ser eficaz temporalmente para la resolución de los asuntos pendientes de sentencia una vez haya entrado en vigor la nueva Ley Orgánica». A este respecto, debe tenerse en cuenta que la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica de reforma expresamente ha previsto que «la posibilidad de que el Pleno defiera a las Salas o éstas a las Secciones el conocimiento y la resolución de asuntos que en principio corresponde a aquéllas, prevista en la nueva redacción de los artículos 8.2, 10.1.b), 10.2 y 52.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se podrá aplicar a los procesos constitucionales iniciados antes de la vigencia de la presente Ley Orgánica».

(21) La situación es distinta a los recursos de inconstitucionalidad, cuya resolución, como más adelante veremos, también podrá deferirse por el Pleno a las Salas cuando exijan «mera aplicación de doctrina» [artículo 10.1.b)]. Sin perjuicio de que en este supuesto «el Pleno deberá señalar la doctrina constitucional de aplicación» (lo que no se exige que hagan las Salas cuando defieran a las Secciones la resolución de amparos), la admisión a trámite de los recursos de inconstitucionalidad no queda condicionada a que los mismos presenten «especial trascendencia constitucional». Por lo demás, con la previsión del requisito de que para la resolución del recurso de amparo «sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional», no deja de quedar empañada la dimensión objetiva del recurso de amparo por la que, según una opinión extendida, se habría optado al dar entrada al requisito de la especial trascendencia constitucional como condición para la admisión a trámite del recurso. A este respecto, baste decir que si el recurso planteado y admitido a trámite puede ser resuelto aplicando sin más «doctrina consolidada del Tribunal Constitucional», parece claro que, en tal caso, el Tribunal no dispensará sino una efectiva tutela subjetiva del derecho fundamental, en contradicción con esa pretendida función estrictamente objetiva del amparo constitucional.

logre, y sólo durante algún tiempo, que el retraso no crezca más, tal como sucedió con la reforma de 1988. Todo dependerá, en fin, de cómo evolucione la demanda de amparo constitucional. Y, en última instancia, aun cuando las Salas puedan encontrar algún desahogo, ello no evitará que los doce magistrados y sus letrados sigan, como hasta ahora, dedicados prioritariamente al amparo (22).

D) *La modificación del incidente de nulidad de actuaciones*

La tercera y última medida prevista para aliviar al Tribunal de la pesada carga del amparo, persigue evitar que las demandas de amparo se lleguen a plantear. En mi opinión, esa es la dirección en la que se debe actuar. La solución no pasa por facilitar la rápida resolución de los recursos (básicamente, inadmitiéndolos), sino por favorecer que los mismos no lleguen al Tribunal, máxime cuando se constata sistemáticamente que en la mayoría de los casos carecen de todo fundamento y justificación. Sin embargo, siendo acertado el objetivo, la medida adoptada resulta, además de perturbadora, absolutamente inapropiada para lograrlo.

La misma consiste en ampliar el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 241.1 de la LOPJ. La disposición final primera de la Ley Orgánica de reforma da nueva redacción al párrafo primero del apartado 1 del referido artículo 241 LOPJ, que 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.»

Pues bien, esta ampliación de la nulidad de actuaciones, sin perjuicio de distorsionar su tradicional carácter de remedio de infracciones procesales (defectos de forma que hayan causado indefensión o incongruencia del fallo),

(22) Así lo acredita la propia experiencia del Tribunal Constitucional Federal, que también cuenta con la posibilidad de deferir a las Secciones la resolución de los amparos y, sin embargo, no ha evitado el problema. De ahí las recomendaciones de la llamada Comisión Benda, de las que entre nosotros dió noticia P. LÓPEZ PIETSCH: «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *REDC*, núm. 53 (1998), págs. 115 y sigs.

tampoco ayudará a mejorar la situación. En la mayoría de los casos se habrá podido denunciar la vulneración del derecho fundamental sustantivo antes de que haya recaído la resolución firme que pone fin al proceso y, cuando no sea así, difícil será que el mismo órgano judicial que ha dictado la resolución firme rectifique su inicial criterio. Por contrapartida, no evitando el acceso al amparo judicial, la vía judicial se alargará innecesariamente, sin que quepa descartar que puedan surgir dudas acerca de si se ha agotado esa vía judicial previa por no haberse planteado el incidente, o si, por el contrario, se ha alargado por haberse planteado indebidamente y con ello interpuesto extemporáneamente el recurso de amparo, complicándose de manera innecesaria el propio trámite de admisión.

En definitiva, no me parece que con esa ampliación se refuerce de manera eficaz el carácter subsidiario del amparo constitucional, ni, desde luego, se favorezca el que el número de recursos de amparo pueda descender (23).

(23) Con ocasión del debate que sobre el anteproyecto de Ley organizara el Centro de Estudios Jurídicos el 8 de noviembre de 2005 (*vid.* vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit.), la referida modificación del incidente de nulidad de actuaciones, en los mismos términos en que finalmente se ha aprobado, fue objeto de una generalizada crítica: para Almagro Noseite «es una medida inapropiada» (pág. 115); para Borrajo Iniesta, «lejos de mejorar, me temo que empeorará el sistema de garantías constitucionales y la función del Tribunal Constitucional» (pág. 115); para Cascajo Castro, «albergo, sin embargo, mis dudas acerca de la virtualidad práctica de esta ampliación de los motivos del incidente de nulidad que puede terminar convirtiéndose en un paso necesario más hacia el recurso de amparo» (pág. 116); para Crespo Barquero, aunque «... facilitará extraordinariamente la tarea selectiva en el trámite de admisión, puesto que en buena lógica cabe esperar que gran parte de las demandas de amparo traigan ya, valga la expresión, el marchamo indeleble de *inadmisibles a límine*...», «... el previsiblemente elevado porcentaje de desestimaciones irá seguido con seguridad de la interposición de la correspondiente demanda de amparo, por lo que no es probable que la generalización de ese incidente reduzca de manera muy significativa el ingreso de asuntos en el Tribunal Constitucional» (pág. 117); también García Manzano señaló que «... este incidente “universal” o generalizado, mediante la ampliación de derechos fundamentales susceptibles de reparación por esta vía judicial, no va a contribuir a mejorar el sistema de garantía de aquéllos ni, por consiguiente, va a redundar en un mejor funcionamiento del TC» (pág. 118); J. García Torres mantuvo, asimismo, que «no me parece que la nueva redacción dada al art. 241 LOPJ por la disposición final 1.^a del anteproyecto vaya a suponer una gran mejora para «el sistema constitucional de garantía de los derechos fundamentales» y la función que en él le incumbe al Tribunal Constitucional, si juzgamos por los resultados ofrecidos por las redacciones precedentes de los arts. 240.1/241.1 LOPJ», y es que, además, «al final no serán tantos los casos en que la violación del derecho fundamental *sustantivo* sea directa y exclusivamente imputable a la resolución final y firme» (pág. 119); o, en fin, para Oubiña Barbolla, «salvo que se emprendan reformas complementarias, la ampliación de los motivos de incidente de nulidad de actuaciones a las vulneraciones de cualquier derecho fundamental del artículo 53.2 CE, tendrá un impacto limitado —incluso, nulo— en el volumen de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional» (pág. 123); etc. Sólo P. Cruz Villalón, R. de Mendi-

3. Otras modificaciones. En especial, la cuestión interna de constitucionalidad y las medidas cautelares

La reforma del amparo constitucional se completa con una serie de modificaciones que afectan a los artículos 41.2, 43.1, 44, 48, 49.1 y 4, 52.2 y 3, 53, 54, 55.2 y 56 LOTC.

Buena parte de esas modificaciones consisten, sencillamente, en incorporar la correspondiente referencia a las Secciones, en tanto que, como ya nos consta, podrán conocer de los recursos de amparo. Tal es el caso de las modificaciones de los artículos 48, 52.2, 53, y 54.

Las demás, son de carácter técnico, tratando de precisar mejor las correspondientes previsiones, aunque no siempre se logra. En todo caso, no suponen en realidad cambio o rectificación respecto de la precedente regulación si se tiene en cuenta la interpretación y aplicación que de la misma ha realizado el Tribunal.

Así, la modificación del artículo 41.2 se reduce a suprimir la expresión «a todos los ciudadanos», en relación con la protección que dispensa el recurso de amparo (pero es bien sabido que el amparo no sólo protege a los ciudadanos) (24), y a añadir el término «omisiones» entre los supuestos determinantes de la lesión o vulneración del derecho fundamental. Un añadido que también se hace en el artículo 43.1, mejorando de esa forma la tipología de los supuestos origen de la vulneración del derecho fundamental, si bien el Tribunal ha afirmado desde hace tiempo que la falta de mención a las

zabal, D. López Garrido y Vives Antón, justificaron la oportunidad de la reforma. Para Cruz (pág. 78) la modificación tiene sentido «en cuanto inserta en la lógica de un amparo desligado en la medida de lo posible a situaciones individuales de desamparo»; por su parte, para R. de Mendizábal «en principio, pues, parece positiva su extensión cuando su fundamento sea la vulneración de derechos fundamentales» (pág. 121); para López Garrido, «se trata, en definitiva, de otorgar a los tribunales de la jurisdicción ordinaria más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales con la consecuente descongestión en la actividad del Tribunal Constitucional que, como hemos visto, es uno de los grandes objetivos de esta ley» (pág. 120); y para Vives, sencillamente, «... mejora el sistema» (pág. 125).

Asimismo, especialmente crítico se ha manifestado A. DESDENTADO BONETE: «La reforma del recurso de amparo y el Tribunal Supremo», en vol. col. *El futuro de la justicia constitucional (Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional)*, CEPyCTC, Madrid, 2007, pág. 27, y, más matizadamente, dudando de que esa ampliación del incidente sea eficaz para reducir el número de amparos, M. CARRILLO, L. M.^a DÍEZ-PICAZO, J. GARCÍA ROCA, A. GARRORENA, y P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en *Encuesta ...*, cit., págs. 28 y sigs.

(24) Vid. un resumen de la jurisprudencia constitucional sobre este extremo en mi libro *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 38 y sigs.

omisiones no determina que no sea posible la protección del amparo constitucional (25).

Absolutamente innecesaria es, por otra parte, la modificación del artículo 44, por cuanto consiste en sustituir, en el apartado 1.a), el término «recursos» por la expresión «medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto» y, en el apartado 1.c), el término «invocado» por «denunciado», añadiendo de manera redundante la expresión «si hubo oportunidad».

Por último, en el artículo 52.3 se modifica el *dies a quo* del plazo para dictar sentencia, que pasa a ser el día señalado para la vista o deliberación.

Más relevantes son otras dos modificaciones. Atañen a la llamada autocuestión (o «cuestión interna») de constitucionalidad y a las medidas cautelares.

De una parte, se modifica el artículo 55.2 y se acoge la redacción que se propusiera en el borrador de reforma de la LOTC de 1998. Dice así:

«En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes».

El planteamiento de la llamada autocuestión o cuestión interna de constitucionalidad, a diferencia de lo que ha sucedido hasta ahora, determinará que la Sala o, en su caso, Sección, suspenda el plazo para dictar sentencia, debiendo esperar a lo que resuelva el Pleno del Tribunal. Sin perjuicio de que en este supuesto, obviamente, no parece factible que el Pleno pueda deferir el conocimiento de la cuestión a la Sala, se trata de una razonable corrección con la que, tal como ya se justificó en el referido borrador de 1998, se «sale al paso del riesgo de criterios divergentes entre las Salas que habrían de otorgar el amparo, al estimar que la vulneración de un derecho fundamental tiene su origen directo en una ley, y el Pleno que ha de resolver la autocuestión de inconstitucionalidad» (26).

Por otro lado, también se da nueva redacción al artículo 56, relativo a las

(25) Vid. mi libro *El recurso de amparo ...*, op. cit., págs. 86 y sigs.

(26) Debe recordarse que en alguna ocasión así ha sucedido: STC 185/1990, de 15 de noviembre, que, rechazando el criterio de la Sala Segunda (Sentencias 211, 212 y 213 de 1989), declaró que el artículo 240 de la LOPJ no era contrario a los artículos 24 y 53.2 de la Constitución.

medidas cautelares en el recurso de amparo. Pero, en esencia, los criterios legales que enmarcan la adopción de tales medidas no cambian (27). Queda, si acaso, más claramente dicho que la suspensión total o parcial de la ejecución del acto o sentencia impugnados, sólo procederá cuando la ejecución vaya a producir al recurrente un perjuicio que pueda hacer perder al amparo su finalidad y, a la vez, siempre que la suspensión, de otorgarse, no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona.

Además, se añade que «la Sala o la Sección podrá adoptar cualesquiera medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento, que, por su naturaleza, puedan aplicarse en el proceso de amparo y tiendan a evitar que el recurso pierda su finalidad». Y, asimismo, se desarrolla algo más la previsión existente hasta ahora de que «la suspensión podrá acordarse con o sin afianzamiento», de manera que, según el nuevo apartado 5 del artículo 56, «la Sala o la Sección podrá condicionar la suspensión de la ejecución y la adopción de las medidas cautelares a la satisfacción por el interesado de la oportuna fianza suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieren originarse», puntualizando que «su fijación y determinación podrá delegarse en el órgano jurisdiccional de instancia». Por lo demás, se mantiene la regla de que la denegación de la suspensión puede quedar condicionada a la constitución de caución suficiente para responder de los daños y perjuicios que pudieran originarse en los derechos de terceros.

Finalmente, en el nuevo apartado 6, se habilita expresamente al Tribunal para que, «en supuestos de urgencia excepcional», la adopción de la suspensión y de las medidas cautelares y provisionales pueda efectuarse en la resolución de la admisión a trámite. En este supuesto, la medida adoptada «podrá ser impugnada en el plazo de cinco días desde su notificación, por el Ministerio Fiscal y demás partes personadas», procediendo la Sala o la Sección a resolver el incidente «mediante auto no susceptible de recurso alguno».

Escasas son, por tanto, las novedades en relación con esta modificación del artículo 56. Lo más destacable es la expresa cobertura dada a la posibilidad de que la medida cautelar se adopte en el trámite de admisión del recurso y a que, además de la suspensión, puedan adoptarse cualesquiera otras medidas cautelares y resoluciones provisionales previstas en el ordenamiento y que por su naturaleza sean aplicables en el proceso de amparo.

(27) Téngase en cuenta, de todas formas, la enorme casuística existente en la aplicación de tales criterios. Un análisis de la misma en M. A. MONTAÑÉS PARDO: *La suspensión cautelar en el recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

4. Valoración

Dejando al margen las dudas ya expresadas acerca de la compatibilidad constitucional de la reconfiguración del recurso de amparo por la que se ha optado, dado que queda desvinculado de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales constitucionalmente protegidos por el mismo, la reforma, desde la finalidad prioritaria de dar respuesta al elevado número de demandas de amparo que tan gravemente están dificultando el funcionamiento del Tribunal, me parece a todas luces insuficiente y difícilmente permitirá materializar un cambio en la situación existente que la propia regulación ahora reformada no permitiese alcanzar. Tratar de acelerar la salida de las demandas de amparo, que es la dirección en la que se insiste, no es la respuesta requerida. Sólo limitando la entrada de esas demandas, estableciendo a tal fin nuevos requisitos de admisibilidad de carácter automático y reglado que permitan a los propios recurrentes conocer anticipadamente, sin margen alguno para la duda, si su demanda puede ser viable o si, por el contrario, irremisiblemente será rechazada, evitando, en suma, que las demandas lleguen al Tribunal cuando no reúnan los requisitos debidos, sólo a través de medidas de este tipo podrán restablecerse las condiciones necesarias para que el Tribunal desarrolle sus funciones con normalidad y en unos plazos razonables. Por eso, el nuevo modelo de amparo, inspirado una vez más en el modelo del amparo alemán, que no ha logrado evitar similares problemas, no es la solución. Y de ahí que, a mi juicio, con esta reforma del amparo se haya desaprovechado la oportunidad de corregir las disfunciones en las que desde hace años se encuentra sumido nuestro sistema de justicia constitucional.

A partir de estas conclusiones habría que concretar cómo se puede alcanzar ese objetivo de reducir drásticamente el número de demandas de amparo; es decir, habría que precisar qué nuevos requisitos podrían exigirse para el acceso al amparo constitucional —al menos por relación a aquellos supuestos en los se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que, como se recordará, son los que con mayor frecuencia se plantean— y, en su caso, qué medidas complementarias a esa restricción cabría establecer. Sin embargo, no es este el momento para dar entrada a esta cuestión. Baste decir que a ello me he referido ya en otra ocasión —aunque la verdad es que sin éxito alguno—, analizando diversas propuestas doctrinales y aportando una más que, a mi juicio, siendo constitucionalmente viable, seguramente permitiría alcanzar ese objetivo (28).

(28) *Vid.* mi trabajo, ya citado, «El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma».

III. PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LA POSICIÓN INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ya he señalado que la condena de once magistrados constitucionales por responsabilidad civil derivada del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004), parece ser la causa directa e inmediata del conjunto de previsiones dirigidas a preservar y reforzar la jurisdicción constitucional.

En la nueva redacción dada al artículo 4 LOTC se localizan las principales innovaciones. A la redacción inicial del apartado 1 («En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional») se ha añadido el siguiente inciso:

«El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben».

Por otra parte, en el apartado 2, en sustitución de la regla según la cual el Tribunal «apreciará, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o de competencia», que se incorpora al inciso final del apartado 1, se puntualiza:

«Las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado».

Por último, en relación con la facultad que se reconoce al Tribunal para declarar la nulidad de los actos o resoluciones que menoscaben su jurisdicción, el nuevo apartado 3 del mismo artículo 4 dispone:

«Cuando el Tribunal Constitucional anule un acto o resolución que contravenga lo dispuesto en los dos apartados anteriores lo ha de hacer motivadamente y previa audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano autor del acto o resolución».

Una previsión, la que se acaba de transcribir, que, con ocasión de la ejecución de las sentencias y resoluciones dictadas por el Tribunal, el artículo 92, párrafo 2.º, vuelve a reiterar:

«Podrá también [el Tribunal] declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de estas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó».

Dos son, por tanto, las novedades. Primera, la rotunda declaración de que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser enjuiciadas por ningún otro órgano jurisdiccional. Segunda, el reconocimiento expreso de que puede adoptar cuantas medidas sean necesarias para preservar su jurisdicción y, en especial, proceder a la declaración de nulidad de cualesquiera actos o resoluciones que la menoscaben, quedando atribuido su ejercicio al Pleno del Tribunal [artículo 10.1.h)].

La finalidad de estas medidas es clara. Un asunto como el que dio lugar a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 permitiría ahora al Tribunal reaccionar de manera expeditiva, por cuanto, tras dar audiencia al Ministerio Fiscal y al órgano jurisdiccional autor de la misma (29), podría proceder motivadamente a su anulación (30). Una reacción plenamente coherente y ajustada a la naturaleza y función misma de la jurisdicción constitucional. Lo que sucede es que, si como razonablemente era de esperar, no se hubiera puesto en cuestión de manera tan frontal y grosera esa singular naturaleza y función, habría sido innecesario dar entrada a ese extraordinario poder anulatorio que, en el supuesto de ser indebidamente administrado, podría generar graves conflictos con los diversos órdenes del Poder Judicial.

En esta misma línea defensiva, no estará de más recordar que en el anteproyecto de ley también se modificaba el artículo 22 LOTC a fin de precisar que los magistrados constitucionales no podrán ser «perseguidos *en ninguna forma ni ante ninguna jurisdicción* por las opiniones expresadas y votos emiti-

(29) En el anteproyecto de ley no se preveía trámite alguno, lo que fue objeto de algunas críticas (*vid.* vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., págs. 37, 126, 129, 130, etc.) que, en esta ocasión, como excepción, fueron en parte tomadas en consideración a la hora de aprobar el correspondiente proyecto de ley.

(30) La facultad anulatoria que se reconoce expresamente al Tribunal pone de manifiesto que, aun siendo coherente con su naturaleza y función constitucional, la misma necesitaba de una expresa previsión legal. De ahí que, frente a la sentencia condenatoria tantas veces ya citada, el Pleno del Tribunal no hiciera otra cosa que adoptar el Acuerdo de 3 de febrero de 2004, denunciando que al enjuiciar el Tribunal Supremo la fundamentación de la resolución por la que rechazó la demanda de amparo, ponía en serio peligro la función jurisdiccional de amparo, invadiendo competencias que sólo a él, el Tribunal Constitucional, le corresponde adoptar. Pues, con las propias palabras del Acuerdo, el Tribunal Supremo no vino a enjuiciar «... la hipotética concurrencia de algún elemento añadido a las resoluciones mismas y diferenciables de éstas, en cuanto eventual soporte de la responsabilidad reclamada, sino únicamente dichas resoluciones». Por lo demás, la Ley de reforma nada ha previsto en sus disposiciones transitorias sobre la aplicación del artículo 4.3, por lo que, en relación con la señalada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sólo cabe esperar a la resolución del recurso de amparo planteado por los magistrados condenados.

dos en el ejercicio de sus funciones». Se trataba, sin embargo, de unas precisiones que sólo denotaban, una vez más, la grave preocupación suscitada por la condena civil de los magistrados, siendo absolutamente innecesarias (31). Por eso mismo, en el proyecto de ley se matizó la redacción (32) y finalmente, en la tramitación parlamentaria, quedó rechazada la modificación propuesta (33).

Resta añadir que, tras la reforma, el artículo 4.1 mantiene la inicial previsión de que «en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional». Sin embargo, nada se ha dispuesto sobre si el Tribunal Constitucional puede requerir de inhibición a jueces y tribunales que estén conociendo de asuntos que, siendo ajenos a su jurisdicción, supongan una intromisión en el ámbito propio de la jurisdicción constitucional. Pudiera mantenerse, tal vez, que la regla de que al Tribunal Constitucional nadie le puede plantear cuestión de jurisdicción o competencia, necesariamente obliga a reconocer que él sí podrá plantearla a los órganos judiciales. Pero lo cierto es que a este respecto ningún cauce legal existe; ni siquiera existe, como ya he dicho, previsión expresa que respalde esa posibilidad (34).

(31) Ha de tenerse en cuenta que el artículo 22 LOTC que se pretendía modificar ya establece la garantía de inviolabilidad de los magistrados constitucionales, que no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Y aunque no precisa que no podrán ser perseguidos «en ninguna forma ni ante ninguna jurisdicción», resulta obvio que así es; como lo es que el ámbito de la garantía alcanza también a los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones. Así lo puso de manifiesto, entre otros, E. ESPÍN TEMPLADO, en vol. col. *La reforma de la justicia constitucional*, op. cit., pág. 22. También M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: «La protección jurídica de la posición institucional del Tribunal Constitucional», en vol. col. *El futuro de la justicia constitucional*, op. cit., pág. 21.

(32) Se suprimió la inicial expresión «en ninguna forma ni ante ninguna jurisdicción», con lo que prácticamente el cambio se limitaba a especificar que no podrán ser «encausados [...] por los votos emitidos» en el ejercicio de sus funciones. Cambios, por tanto, totalmente intrascendentes.

(33) Un rechazo que creo ha sido acertado. Coincido así con RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «La protección jurídica ...», *cit.*, págs. 21-22, cuando afirma que «... era una reforma marginal y redundante, que podía tener sólo un sentido simbólico más que de reforzamiento de la protección jurídica del magistrado constitucional ante inmisiones o desquites que tengan su origen en particulares o en otros poderes del Estado». Aunque añade: «El único problema que puede plantear su supresión es su lectura mal intencionada, de confirmación de una interpretación sesgada y restrictiva, sin sensibilidad constitucional, de la letra del artículo 22 LOTC. Es una opinión arriesgada afirmar la inconstitucionalidad de la impunidad del juez constitucional por sus decisiones judiciales, pero, en todo caso, a quien corresponde determinar en última instancia esa inconstitucionalidad es al propio órgano de justicia constitucional».

(34) *Vid.* F. DE MATEO MENÉNDEZ: «Comentario al artículo 4» en vol. col. (coord. JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, TC y BOE, Madrid, 2001, págs. 131 y sigs.

IV. DESIGNACIÓN Y ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES

1. *Consideración previa*

Cuatro son las modificaciones de la regulación de los magistrados del Tribunal Constitucional contenida en los artículos 16 a 26 de la LOTC. Las tres primeras afectan al artículo 16 y se refieren al procedimiento de elección de los magistrados constitucionales que corresponde efectuar al Senado, a la comparecencia de los candidatos a magistrados propuestos por el Congreso y por el Senado ante las correspondientes Comisiones parlamentarias, y a la duración del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal. La cuarta de las modificaciones afecta al artículo 20 y aparentemente no presenta ninguna importancia, aunque, como veremos, no deja de tener cierta trascendencia para los letrados «de carrera» del Tribunal.

Seguidamente se analizarán esos cambios, pero antes conviene advertir que las modificaciones del artículo 16 LOTC relativas al procedimiento de elección de los magistrados por el Senado y a la duración del mandato de Presidente y Vicepresidente no figuraban en el proyecto de ley, habiéndose introducido a lo largo de la tramitación parlamentaria tras una fuerte confrontación política que ha desembocado finalmente en la impugnación de tales previsiones ante el propio Tribunal Constitucional (35).

Como contrapartida, ha decaído la previsión del proyecto de ley que tenía por objeto dar intervención al Congreso de los Diputados en el proceso de selección de los magistrados que han de nombrarse a propuesta del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial (36). Sin perjuicio de lo que más adelante se mantendrá a propósito de este tipo de comparecencias, en este caso se trataba de una previsión problemática que, además de no poder condicionar la propuesta final de los referidos órganos constitucionales, suscitó la objeción del Consejo General del Poder Judicial, al considerarla una interferencia del

(35) Recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 27 de julio de 2007 por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario popular contra el segundo párrafo del apartado 1 y apartado 3 del artículo 16 LOTC.

(36) Su tenor literal era el siguiente: «Previamente a la formalización de la propuesta, el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial pondrán en conocimiento del Congreso de los Diputados el nombre de las personas que se pretenda sean objeto de aquella, a fin de que pueda disponer su comparecencia, a los solos efectos de información pública, ante la Comisión correspondiente de la Cámara en los términos que prevea su Reglamento». Se suavizó así la inicial redacción del anteproyecto de ley, en el que no se puntualizaba que la comparecencia lo sería «a los solos efectos de información pública».

poder legislativo en el procedimiento de selección de los candidatos que le corresponde proponer sin contar para ello con cobertura constitucional ninguna (37).

Tampoco han prosperado, en fin, las modificaciones de los artículos 19 y 22. A la modificación del artículo 22 ya me he referido, al tratar de la defensa de la posición institucional del Tribunal Constitucional. En cuanto a la del artículo 19, la modificación consistía en declarar incompatible el cargo de magistrado constitucional con la pertenencia a partidos políticos o sindicatos (ya que la actual incompatibilidad se limita al «desempeño de funciones directivas») y, asimismo, en prohibir a quienes hubieran sido magistrados constitucionales su actuación ante el Tribunal Constitucional como abogados (38).

2. *El procedimiento de elección por el Senado*

Al apartado 1 del artículo 16 LOTC se ha añadido el siguiente párrafo 2.º:

«Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara».

Como ya he dicho, esta previsión no figuraba en el proyecto de ley. Sin embargo, un hecho sobrevenido de especial significación, la aprobación de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, parecía obligar a que quienes habían defendido su aprobación, apoyaran también alguna de las enmiendas que al proyecto de ley formularon, entre otros, los grupos parlamentarios vasco y catalán. En efecto, tanto razones políticas, como, incluso, jurídicas, hacían presagiar que una previsión semejante se incorporaría a la LOTC, dado que el artículo 180 del nuevo Esta-

(37) *Vid.* su Informe de fecha 13 de octubre de 2005 al anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la LOTC (versión de 25 de agosto de 2005), pág. 27: «... las opiniones o juicios, ya sean positivos o negativos, que salgan de tal Comisión, suponen en todo caso una interferencia del Poder Legislativo en el procedimiento de selección de las personas a proponer por este Consejo, que tiene plena capacidad para discernir sobre la idoneidad de los candidatos y si cumplen con los requisitos para desempeñar el cargo».

(38) Téngase en cuenta que el artículo 81.3 LOTC ya establecía —y se mantiene en los mismos términos— que «estarán inhabilitados para actuar como Abogado ante el Tribunal Constitucional quienes hubieren sido Magistrados o Letrados del mismo». Ahora bien, como quiera que en el proyecto de ley el apartado 3 de dicho artículo 81 quedaba suprimido, la prohibición referida a los magistrados pasaba a localizarse sistemáticamente en el nuevo apartado 3 del artículo 16. Sin embargo, ambas modificaciones quedaron rechazadas, manteniéndose la redacción inicial de dichos artículos.

tuto de Autonomía de Cataluña ya había dispuesto que «la Generalitat participa en los procesos de designación de Magistrados del Tribunal Constitucional [...] en los términos que dispongan las Leyes o, en su caso, el ordenamiento parlamentario». Razones políticas, obviamente, por pura coherencia. Pero también razones jurídicas. Y es que, reiterando ahora lo ya dicho en otra ocasión (39), en tanto que la referida previsión estatutaria siga vigente (40), la misma vincula —en el grado que sea, pero vincula— al legislador estatal.

Fácilmente se comprende, por tanto, que encontrándose la LOTC en trámite de reforma, difícilmente podía soslayarse la exigencia estatutaria, al menos por parte de quienes la habían apoyado. Máxime cuando en el propio proyecto de ley de reforma de la LOTC se preveía —aunque finalmente no ha prosperado— el supuesto denominado de inconstitucionalidad de la ley por «insuficiencia normativa» (41). Ciertamente, en fin, el referido precepto estatutario está cuestionado ante el propio Tribunal (42), pero tal circunstancia en nada obliga al legislador a abstenerse de su fiel observancia.

(39) En mi trabajo «Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española», en vol. col. *El futuro de la justicia constitucional*, op. cit., pág. 61.

(40) Esa y otras previsiones posteriores, como la del artículo 224 del Estatuto de Autonomía de Andalucía tras su reforma por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, aunque adopte una formulación más genérica: «La Junta de Andalucía participa en los procesos de designación de los órganos constitucionales en los términos que dispongan las leyes o, en su caso, el ordenamiento parlamentario». También, más genéricamente aún, artículo 89.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, tras su reforma por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril: «La Comunidad Autónoma participará en los procesos de designación de los miembros de las instituciones, organismos y empresas públicas del Estado con el alcance y en los términos establecidos por la legislación estatal».

(41) Con ese supuesto se trataba de habilitar expresamente al Tribunal para modular los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, no por lo que establece, sino por lo que omite; es decir, por ser insuficiente su contenido para poder considerarla ajustada a la Constitución, aunque ello no determine necesariamente, en términos materiales, la inconstitucionalidad de lo que establece. He tratado de esta cuestión en mi trabajo «El futuro de la justicia constitucional...», *cit.*, págs. 52 y sigs.

(42) Recurso de inconstitucionalidad planteado el 31 de julio de 2006 por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados. En dicho recurso se mantiene que la participación de la Generalitat en los procesos de designación de magistrados del Tribunal Constitucional «... implica la imposición de un mínimo regulatorio a la legislación estatal que, cualquiera que sea su contenido, se pretende que respete tal principio participativo. Sin embargo, dicha participación es inaplicable al caso porque, considerando la regulación de los órganos constitucionales a que se refiere, no puede ser decidida unilateralmente en un Estatuto, ni puede tener carácter bilateral: la extensión de la misma facultad a las demás Comunidades Autónomas determinaría que el Estado no tendría ninguna posibilidad de disponer sobre la composición de tales órganos constitucionales. Por lo demás, insistimos, la participación territorial en tales órganos, desnaturaliza su configuración constitucional».

Todo queda pendiente, pues, de cómo se resuelvan los recursos de inconstitucionalidad contra el artículo 180 del Estatuto de Cataluña y contra este párrafo 2.º del artículo 16.1 de la LOTC, si bien, aunque la relación entre una y otra previsión es evidente, no creo que la inconstitucionalidad de la primera debiera conllevar necesariamente la de la segunda. Que la elección por el Senado de los magistrados constitucionales que le corresponde designar siga uno u otro procedimiento, desde una estricta perspectiva constitucional admite diversas posibilidades y no cabe descartar, por tanto, la constitucionalidad de la previsión de la LOTC que, en los términos referidos, da entrada a la participación de las Comunidades Autónomas en dicho procedimiento de elección. Cuestión distinta es que esa participación se imponga desde los Estatutos de Autonomía, dada la singularidad jurídica de dichas normas (43).

En todo caso, la efectividad de la participación de las Comunidades Autónomas a través de sus Asambleas Legislativas en la selección de los candidatos entre los que el Senado habrá de designar a los que proponga como magistrados constitucionales, exige la previa reforma del Reglamento del Senado, a fin de concretar el procedimiento y forma de llevar a cabo esa selección previa (44). Una reforma que, más allá de la complejidad que pueda presentar, habrá de llevarse a cabo con gran rapidez si se pretende tener dispuesto el

(43) Adentrarnos ahora en esta cuestión nos llevaría demasiado lejos. Baste decir que la esencia misma del recurso de inconstitucionalidad planteado contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña parte de un determinado entendimiento de la naturaleza y función constitucional de las normas estatutarias que la reforma estatutaria cuestionada no habría respetado. Ese entendimiento parecía, por lo demás, perfectamente asentado en la doctrina y con firme apoyo en la propia jurisprudencia constitucional. Entre otras muchas explicaciones, todas en el mismo sentido, sirva la siguiente de M. ARAGÓN REYES: «La construcción del Estado autonómico», en *Revista General de Derecho Constitucional*, IUSTEL, monográfico titulado «Reforma de los Estatutos de Autonomía y pluralismo territorial», 2006, pág. 34: «Los Estatutos, que han de atribuir y, por lo mismo, concretar (delimitándolas) las competencias autonómicas, no pueden atribuir ni concretar (delimitando su alcance) las competencias del Estado, que únicamente provienen de la Constitución, y en cuya concreción pueden participar otras normas estatales infraconstitucionales (diversas leyes orgánicas e incluso ordinarias, así como otras normas reguladoras de las condiciones básicas o de las bases a que tanto alude el art. 149.1 CE) pero nunca los Estatutos, en cuanto que tal operación de concreción requiere la permanente disposición estatal sobre ella (por ser consecuencia necesaria de la «propiedad» del Estado sobre el título constitucional atributivo y requisito indispensable, además, para dotar de generalidad, y de adecuación a las cambiantes exigencias de la realidad, a la aludida concreción de la competencia estatal), condición que no se cumple en los Estatutos, en cuanto que (además de no ser cada uno de aplicación «general» para todo el territorio, aunque ese argumento no resulte el decisivo) se trata de normas (y ése es el argumento principal) que no son unilateralmente disponibles por el Estado».

(44) Concretamente, habrá que reformar los artículos 184 y siguientes del Reglamento del Senado, Texto Refundido aprobado el 3 de mayo de 1994.

marco regulador necesario para hacer efectiva la próxima renovación, en el mes de diciembre, de los cuatro magistrados constitucionales que corresponden de designar al Senado.

3. *La comparecencia de los candidatos a magistrados propuestos por el Congreso y por el Senado ante las correspondientes Comisiones parlamentarias*

La segunda modificación presenta mucha menos importancia. En realidad, consiste en establecer una exigencia —la comparecencia de los candidatos a magistrados propuestos por el Congreso y el Senado ante las correspondientes Comisiones— que, de acuerdo con lo dispuesto en las normas reglamentarias de las Cámaras, ya viene observándose en las últimas designaciones.

El nuevo apartado 2 del artículo 16 LOTC dice así:

«Los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado deberán comparecer ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos».

Inicialmente, el proyecto de ley —lo he advertido más arriba— preveía la comparecencia tanto para los magistrados del turno de las Cámaras legislativas, como para los del turno del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial. En realidad, si algún sentido tenía la reforma en este particular extremo era precisamente para establecer la comparecencia de los candidatos a magistrados cuya designación corresponde al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial. Rechazada esta medida, el trámite de comparecencia que ahora se prevé para los candidatos propuestos por el Congreso y el Senado nada nuevo añade. El artículo 185 del Reglamento del Senado (Texto Refundido aprobado el 3 de mayo de 1994) ya dispone que la Comisión de Nombres podrá acordar la comparecencia de los candidatos a fin de solicitarles aclaraciones «sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o sus méritos personales». Y por Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 25 de mayo de 2000 igualmente se ha dispuesto que «la Comisión Consultiva, a iniciativa propia o a petición de un Grupo Parlamentario, podrá acordar la comparecencia personal de los candidatos ante ésta».

Este trámite parece inspirarse en el sistema de designación de los jueces del Tribunal Supremo norteamericano, que, previamente a su designación por el Presidente de los Estados Unidos, han de comparecer ante el Senado,

pudiendo éste vetar su nombramiento. Sin embargo, ese modelo responde a una lógica distinta de la que preside la designación de los magistrados constitucionales españoles y del propio estatuto de éstos, que, sobre todo, no son designados con carácter vitalicio. Por tanto, el trámite de comparecencia parlamentaria ahora previsto para nada garantiza un control efectivo de las designaciones y, sobre todo, no evita el conocido problema de la *lottizzazione*. Un fenómeno que, sin embargo, podría cuando menos dificultarse —sobre todo en relación con los magistrados designados a propuesta de las Cámaras legislativas— si la elección se llegara a desvincular de la regla de la renovación por terceras partes cada tres años.

Es verdad que esa regla, prevista ahora en el artículo 16.3 de la LOTC y que no ha sido objeto de modificación, es repetición prácticamente literal del artículo 159.3 de la Constitución. Sucede, no obstante, que también la Constitución establece en el mismo artículo 159.3 (y reitera el mismo artículo 16.3 LOTC) que la duración del mandato de los magistrados constitucionales será de nueve años, lo que plantea el conocido problema de finalizaciones anticipadas del mandato (dimisiones, fallecimientos) que dan lugar a la correspondiente sustitución del magistrado por el tiempo que le resta de mandato. Con ello, el nuevo magistrado no desempeñará en ningún caso el cargo por un período de nueve años, ya que, o bien lo será por un plazo inferior o, de ser de aplicación la regla del artículo 16.4 LOTC y ser nuevamente nombrado, por un plazo superior a los nueve años.

Esa contradicción interna del artículo 159.3 de la Constitución, que se reproduce en el artículo 16.3 de la LOTC (45), se ha resuelto, pues, a favor de la preeminencia de la regla de la renovación por terceras partes cada tres años frente a la regla de la duración del mandato por nueve años. No obstante, bien pudiera también haberse resuelto en sentido contrario, invirtiendo esa preeminencia a favor de la garantía del plazo de nueve años (46), lo cual conllevaría

(45) Esa es la calificación que da E. ESPÍN TEMPLADO: «Comentario al artículo 16», en vol. col. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pág. 301.

(46) Aunque se ha mantenido que la solución más coherente y la querida por el constituyente es la que ha prevalecido, anteponiendo la regla de la renovación por tercios a la de la duración del mandato (en este sentido, E. ESPÍN TEMPLADO, *cit.*, págs. 301-302), no alcanzo a comprender la razón en que tal juicio se sustenta. En todo caso, debe tenerse en cuenta que cuando se produce un retraso en la renovación imputable a las Cámaras, al Gobierno o al Consejo General del Poder Judicial, en la práctica se ha impuesto la regla de que el *dies a quo* para la siguiente renovación, una vez transcurridos tres años, será la fecha en que efectivamente se produjo la renovación y no la fecha en que debió producirse. Con ello se trata de garantizar que, por razón de esos retrasos en las renovaciones, los magistrados no desempeñarán el cargo por un plazo inferior a nueve años. Se concilia así el mantenimiento del plazo (aunque mínimo) de nueve

un efecto secundario de importancia. Concretamente, que el sistema de selección en bloque de cuatro magistrados se fuera diluyendo con el tiempo, lo que posiblemente coadyuvaría a atajar el indicado problema de la *lotizzazione* (47). Es en ese caso, además, cuando pudiera tener importancia la comparecencia parlamentaria, a los efectos, en su caso, del veto de la persona nominada. Sin embargo, en la reforma proyectada se ha marginado por completo esta cuestión.

4. *La duración de los cargos de Presidente y Vicepresidente*

Tampoco el proyecto de ley preveía ninguna modificación que afectara a la duración del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal. El artículo 160 de la Constitución establece que el nombramiento del Presidente lo será «por un período de tres años». Y la LOTC únicamente añadió, en lo que ahora interesa, que el nombrado, una vez expirado el período de tres años, «podrá ser reelegido por una sola vez» (artículo 9.3). Sin embargo, la Comisión Constitucional del Congreso modificó el artículo 16.3 LOTC, que, sin experimentar ya cambio alguno, ha pasado a tener la siguiente redacción:

«La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se hará nueve años, renovándose el Tribunal por terceras partes cada tres. A partir de ese momento se producirá la elección del Presidente y Vicepresidente de acuerdo con lo previsto en el artículo 9. Si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados».

años con la renovación por terceras partes. Sin embargo, la renovación por tercios no permite garantizar la duración del mandato de magistrado constitucional por nueve años cuando concurre cualquiera de las causas de cese anticipado, antes del transcurso del referido plazo. Para solventar el problema, la LOTC dispuso (ahora artículo 16.4) que «ningún magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años». De esta forma, queda ratificado que podrá haber magistrados cuya designación no durará nueve años, lo que, más allá del inicial régimen transitorio que dispuso la disposición transitoria novena de la Constitución para las dos primeras renovaciones del Tribunal, supone desconocer el taxativo mandato del artículo 159.3 de la misma Constitución.

(47) Ya mantuve esta misma opinión en el debate que siguió a la conferencia de J. AROZAMENA SIERRA, «Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional: balance de quince años», en vol. col. *La jurisdicción constitucional en España*, TC-CEC, Madrid, 1995, pág. 63.

La novedad consiste en que el plazo de tres años queda automáticamente prorrogado hasta el momento en que se produzca la renovación y toma de posesión de los nuevos magistrados. Se trata de garantizar, por tanto, que la expiración del mandato del Presidente y Vicepresidente coincida con la renovación trienal del Tribunal, a fin de que todos los magistrados tengan ocasión de participar en la elección. En la medida en que el criterio que se desprende de la Constitución es que cada tres años se renueve parcialmente la composición del Tribunal y que el nuevo Tribunal elija nuevo Presidente y Vicepresidente, es evidente que, para que el mandato del Presidente y Vicepresidente dure estrictamente tres años, la renovación deberá producirse tempestivamente, sin retraso alguno. Porque, si hay retraso en la renovación, o se prorroga el mandato hasta la toma de posesión de los nuevos magistrados o, en caso contrario, estos no participarán en la elección del Presidente y Vicepresidente.

En realidad, la regla que ahora se sanciona coincide con una reiterada práctica del Tribunal, forzada por los frecuentes retrasos en las renovaciones, sobre todo del Congreso y del Senado (48). Esa práctica ha consistido, precisamente, en que, expirado el plazo de tres años, Presidente y Vicepresidente se han mantenido en el ejercicio del cargo hasta la renovación del tercio de magistrados correspondiente, al que precisamente ambos han pertenecido. Sólo en una ocasión no se actuó de esa manera, procediéndose a la nueva elección de Presidente y Vicepresidente una vez cumplido el plazo de tres años sin esperar a que se produjera la renovación, que se retrasó ocho meses.

(48) Excepcional ha sido que no haya habido retraso en la renovación de los magistrados. Lo hubo ya en la primera renovación, pues se realizó el 24 de octubre de 1983, transcurridos tres años desde el inicial nombramiento por el Congreso, el Senado y el Gobierno, el 14 de febrero de 1980 (aunque los designados por el CGPJ fueron nombrados el 7 de noviembre de 1980). Pero el mayor retraso se produjo en la séptima renovación, la correspondiente al Senado, que se produjo el 16 de diciembre de 1998, cuando se debía haber realizado en marzo de ese mismo año. Nueve meses de retraso que motivó alguna protesta del Presidente A. Rodríguez Bereijo. En las demás renovaciones, el retraso ha oscilado entre 1 y 5 meses. De todas formas, ante esos retrasos, se ha impuesto de hecho la regla de que el *dies a quo* para el cómputo de los tres años para proceder a la renovación sea el del nombramiento de los magistrados que cesan por el transcurso de nueve años. En las seis primeras renovaciones (siempre con algún retraso, aunque poco significativo, de uno o dos meses, salvo en la segunda renovación, que alcanzó ocho meses, y en la quinta, que se retrasó cinco meses), las mismas se produjeron al cumplirse los tres años desde el inicial nombramiento en febrero de 1980. Sin embargo, como ya he señalado, en la séptima renovación se produjo un importante retraso (nueve meses, ya que se produjo en diciembre de 1998, cuando debía haberse procedido a la misma en marzo), lo que determinó que, a partir de ese momento, el *dies a quo* para el cómputo de los tres años se considere que es el del efectivo nombramiento de los magistrados que han de ser renovados.

Así sucedió, en efecto, con el segundo nombramiento de Presidente y Vicepresidente, que se realizó el 30 de julio de 1983 (el precedente se había producido el 4 de julio de 1980), y, por tanto, antes de que se renovase el turno de magistrados designados por el Congreso, que debía haberse producido en febrero y que, sin embargo, se retrasó hasta octubre del mismo año. Pero, en los demás casos, la elección ha quedado pospuesta a que previamente se haya producido la renovación del Tribunal, prorrogándose el mandato. Tal sucedió con el segundo mandato como Presidente de F. Tomás y Valiente y Vicepresidente F. Rubio Llorente, que se extendió de marzo de 1989 a julio de 1992, y con los mandatos del Presidente A. Rodríguez Bereijo y Vicepresidente J. Gabaldón (abril 1995-diciembre 1998). Asimismo, ya ha excedido el plazo de tres años la actual presidencia de M.^a E. Casas y vicepresidencia de G. Jiménez Sánchez, por cuanto fueron nombrados el 15 de junio de 2004 (49).

Pues bien, esta práctica es la que ahora que se eleva a rango de norma. Seguramente de una manera innecesaria y, en todo caso, en unos términos que no parecen los más adecuados desde una estricta perspectiva técnico-jurídica. Porque, si el legislador ha considerado conveniente reducir las facultades interpretativas del propio Tribunal, cerrando toda posibilidad a que en la elección del nuevo Presidente y Vicepresidente participen los magistrados del turno saliente, pendientes de ser renovados y, por tanto, en funciones, tal como

(49) De ahí que por parte del grupo parlamentario popular del Congreso, el diputado Astarloa Huarte-Mendicoa, refiriéndose al nuevo artículo 16.3 en el debate del Pleno del Congreso de los Diputados, afirmase que «... la ley contiene una sorpresa de última hora que la convierte en la ley Casas, porque por una enmienda presentada directamente en Comisión, sin conocimiento previo de nadie, se modifica el mandato legal de la actual presidenta y se blinda sine die. El Gobierno no quiere elecciones y me temo que prejuzga, sorprendentemente, deslegitimando gravemente al Tribunal Constitucional y a la propia presidenta, que puede ser una aliada segura para evitar que prosperen los diversos recursos que se han interpuesto en esta legislatura. Es una pura manipulación oportunista y demuestra el tratamiento instrumental e irrespetuoso que el PSOE da a la justicia, cuyos nombramientos y funcionamiento son cambiados sobre la marcha para propiciar su control» (*vid.* Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, sesión plenaria núm. 222 celebrada el 15 de marzo de 2007, VIII Legislatura, año 2007, núm. 240, pág. 12140). La respuesta del diputado Jáuregui Atondo, del grupo socialista, fue contundente: «Se ha dicho que esta ley tiene un nombre, y es, en mi opinión, una injuria. Porque lo que hemos hecho al elevar la posibilidad de que el presidente y el vicepresidente del tribunal se elijan como consecuencia de la renovación por tercios del tribunal, es simplemente aplicar una norma que en la práctica se estaba utilizando siempre [...]. De manera que lo que hemos hecho ha sido elevar a rango legal algo que era una práctica habitual en el tribunal y que es una regla buena que permite elegir al presidente y el vicepresidente quienes componen el tribunal y no quienes cesan por poco tiempo en el mismo» (págs. 12142-12143).

dispone el artículo 17.2 LOTC, hubiera bastado precisar en este mismo artículo que también el Presidente y Vicepresidente continuarán en funciones en el ejercicio del cargo hasta que se produzca la renovación del Tribunal y toma de posesión de los nuevos magistrados.

En definitiva, la previsión del artículo 16.3 LOTC no puede entenderse sin más como una ampliación *ope legis* de la duración del mandato de tres años. Una ampliación que, entendida como tal, difícilmente tendría encaje constitucional, dados los taxativos términos del artículo 160 de la Constitución. De lo que se trata, sencillamente, es de atender a situaciones que, debiendo ser excepcionales —y lo serían si los órganos constitucionales que tienen la atribución de designar a los magistrados constitucionales cumplieran debidamente con su obligación de hacerlo en los plazos previstos—, tienen pleno encaje en la situación de «prórroga en funciones» (50). Desde esta perspectiva, me parece que cualquier reproche a que con ello se incumple la regla constitucional de que el Presidente «será nombrado ... por un período de tres años» carece de justificación. Como carecería de toda justificación mantener el mismo reproche cuando el período de tres años de mandato no se llega a cumplir precisamente por idéntica causa, el retraso en la renovación de los magistrados constitucionales (51).

(50) Debe tenerse en cuenta, además, que, dada la práctica que viene observando el Tribunal, el Presidente y Vicepresidente «en funciones» son, a la vez, magistrados también «en funciones», a la espera de que sean designados y tomen posesión quienes han de sucederles. Y ello porque, con excepción de la elección de los dos primeros Presidentes, la designación siempre ha recaído en uno de los magistrados del turno saliente, es decir, en uno a los que le resta tres años de permanencia en el cargo. Concretamente, durante los doce primeros años de funcionamiento del Tribunal, dos fueron sus Presidentes (1980-1986, M. García Pelayo; 1986-1992, F. Tomás y Valiente). Sin embargo, a partir de ese momento la Presidencia la han ostentado nada menos que cinco magistrados (1992-1995, M. Rodríguez-Piñero; 1995-1998, A. Rodríguez Bereijo; 1998-2001, P. Cruz Villalón; 2001-2004, M. Jiménez de Parga; y desde 2004, M.^a E. Casas Baamonde). Por tanto, la Presidencia del Tribunal ha pasado a recaer sistemáticamente en alguno de los magistrados que se encuentran en el último tercio de su mandato, imponiéndose de hecho la imposibilidad de la reelección. Una práctica cuando menos discutible, máxime al no poderse afirmar que la inicialmente seguida de mandatos de seis años fuera negativa. A ello debe sumarse el hecho de que también el cargo de Vicepresidente viene recayendo en uno de los magistrados «salientes», con lo que está inédita la fórmula de que para la Presidencia se haya designado a quien hubiera sido previamente Vicepresidente.

(51) El retraso provoca en ocasiones la necesidad de prorrogar el mandato, pero en otras provoca el efecto contrario, la reducción del período de tres años. Baste recordar que el segundo mandato del Presidente M. García-Pelayo y del Vicepresidente J. Arozamena no llegó a los tres años (julio 1983-marzo 1986), dado que el 21 de febrero de 1986 hubo renovación del Tribunal. Lo mismo sucedió con los mandatos del Presidente M. Rodríguez-Piñero y Vicepresidente L. López Guerra, en el quinto Tribunal (julio 1992-abril 1995), que tampoco llegaron a los tres años,

5. *La situación de servicios especiales de los funcionarios designados magistrados constitucionales*

La última de las modificaciones del capítulo relativo a los magistrados del Tribunal Constitucional afecta al artículo 20 LOTC y se debe, en principio, a una razón meramente técnica. Consiste sencillamente en actualizar la situación administrativa de «excedencia especial» a la equivalente de «servicios especiales», que corresponderá a los miembros de la carrera judicial y fiscal y, en general, a los funcionarios públicos nombrados magistrados.

Sin embargo, la intrascendencia de la modificación deja de ser tal si se repara que la misma situación de servicios especiales se hace extensiva a los letrados del Tribunal. El pase a la situación de servicios especiales queda referido, en efecto, no sólo a los magistrados constitucionales, sino también a los letrados del Tribunal, lo que, desde una estricta consideración sistemática, resulta impropio. Pero es que, además, esa situación funcional alcanza a todos los letrados y no sólo a los letrados en régimen de adscripción temporal, tal como hasta la fecha ha sucedido. De manera que también los letrados de carrera del Tribunal gozan de la situación de servicios especiales en el puesto de trabajo funcional que desempeñan en el momento de su nombramiento como letrados del Tribunal Constitucional, introduciéndose así una llamativa excepción en el régimen general de las situaciones administrativas funcionariales.

En todo caso, cualquier duda que pudiera suscitar el tenor literal del artículo 20, que se refiere indiferenciadamente a «letrados» del Tribunal, queda aclarada por la nueva redacción dada al artículo 97, y es que, al referirse tanto a los letrados seleccionados mediante concurso-oposición entre funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho, de acuerdo con el reglamento del Tribunal, como a los de libre designación por el mismo Tribunal en régimen de adscripción temporal entre abogados, profesores de Universidad, magistrados, fiscales o funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en Derecho, añade que «los nombrados quedarán en su carrera de origen en situación de servicios especiales por todo el tiempo en que presten sus servicios en el Tribunal».

así como con los mandatos del Presidente P. Cruz Villalón y Vicepresidente C. Viver Pi-Sunyer (diciembre 1998-noviembre 2001) y con los del Presidente M. Jiménez de Parga y Vicepresidente T. Vives (noviembre 2001-junio 2004).

V. LA REDISTRIBUCIÓN DE FUNCIONES ENTRE EL PLENO, LAS SALAS Y LAS SECCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La distribución de funciones entre el Pleno, las Salas y las Secciones del Tribunal Constitucional es objeto de algunas modificaciones de cierto alcance. Afectan a los artículos 8 y 10 LOTC y pueden sistematizarse de la siguiente forma.

1. *Atribuciones del Pleno y de las Salas*

El inicial artículo 10, apartado *a*) LOTC, [que establecía que «el Tribunal en Pleno conoce (...) de los recursos y de las cuestiones de inconstitucionalidad»] ha quedado desdoblado en tres nuevos apartados *a*), *b*) y *c*) que atribuyen al Pleno, respectivamente, el conocimiento «de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tratados internacionales», «de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes y demás disposiciones con valor de ley, excepto los de mera aplicación de doctrina, cuyo conocimiento podrá atribuirse a las Salas en el trámite de admisión» y «de las cuestiones de constitucionalidad que reserve para sí, debiendo las demás deferirse a las Salas según un turno objetivo».

En realidad, la novedad sustantiva de tal modificación consiste en posibilitar que las Salas puedan conocer de los recursos de inconstitucionalidad y de las cuestiones ahora llamadas de «constitucionalidad». Ahora bien, esa posibilidad no queda ceñida a los referidos procesos constitucionales, sino que se extiende, asimismo, a los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí, a las impugnaciones previstas en el apartado 2 del artículo 161 de la Constitución, y a los conflictos en defensa de la autonomía local. Así resulta de lo previsto en el número 2 del mismo artículo 10, que dispone que «en los casos previstos en los párrafos *d*), *e*) y *f*) del apartado anterior, en el trámite de admisión la decisión de fondo podrá atribuirse a la Sala que corresponda según un turno objetivo, lo que se comunicará a las partes».

Con independencia de que no se comprende la singularidad de que, sólo para el caso de los recursos de inconstitucionalidad, la atribución de su conocimiento a las Salas quede condicionado a que se trate de asuntos «de mera aplicación de doctrina», debiendo indicar el Pleno a la Sala correspondiente «la doctrina constitucional de aplicación» [apartado *b*) del artículo 10.1], ya que ese condicionamiento no se prevé para los demás supuestos y, en especial, para las cuestiones de inconstitucionalidad, respecto de los cuales la decisión

del Pleno queda totalmente incondicionada (52), con independencia de ello, digo, la opción de que las Salas puedan conocer y resolver tales procesos, hasta ahora en el ámbito exclusivo del Pleno del Tribunal, no deja de ser discutible. Seguramente la finalidad que se persigue es la de liberar al Pleno de una excesiva carga para facilitar la más rápida resolución de los procesos de control de las leyes y conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Pero, aunque no deja de ser dudoso que con tal medida ese objetivo vaya a lograrse, ya que, lo diré una vez más, doce son al fin de cuentas los magistrados que, bien en Pleno, en Sala o en Sección, han de resolver el cúmulo de asuntos de competencia del Tribunal, los riesgos que para la propia coherencia y consistencia de la doctrina del Tribunal conlleva esa «desconcentración» de funciones no son pocos. Tanto el control de constitucionalidad de leyes, como, incluso, la resolución de las disputas competenciales, son, en fin, funciones de especial relevancia que parece lógico reservar en exclusiva al Pleno del Tribunal. Por ello, el acierto de la medida prevista no deja de ser, cuando menos, discutible (53).

2. *Atribuciones de las Secciones*

Al artículo 8 LOTC, que pasa a ser artículo 8.1, se ha añadido la expresión «o propuesta, según proceda» y se sustituye el término «recursos» por «procesos constitucionales». De este modo, a las Secciones del Pleno y de las Salas, compuestas por sus respectivos Presidentes o quienes les sustituyan y dos magistrados, les corresponde «el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de procesos constitucionales».

La introducción del término «propuesta» determina que, en determinados asuntos, las Secciones no resolverán por sí mismas, sino que se limitarán a

(52) Aunque el apartado 1.c) del artículo 10 no establece, en efecto, condicionamiento alguno a la decisión que pueda adoptar el Pleno, parece claro que en algún caso la cuestión no podrá deferirse a la Sala: así, lógicamente, cuando se trate de una autocuestión de inconstitucionalidad, planteada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55.2, al que, como ya hemos visto, también se ha dado nueva redacción.

(53) No faltaron críticas en la doctrina al analizar el anteproyecto de ley, que preveía ya, en los términos en que finalmente se ha aprobado, esa desconcentración de funciones. Por todos, P. CRUZ VILLALÓN: «Acotaciones al proyecto de reforma ...», *cit.*, pág. 75: «Concluyendo con la descentralización, y en particular la de los procesos de declaración de inconstitucionalidad, más allá de los reparos que en sí mismo suscite, se ha optado por una fórmula excesivamente flexible y abierta. Hay razones para que el legislador sea más taxativo respecto de quién deba en definitiva controlar la constitucionalidad de la ley».

proponer a quién corresponda la decisión que proceda. Tal es el caso de los asuntos de competencia del Pleno, pues con arreglo al nuevo número 2 del mismo artículo 8, «se dará cuenta al Pleno de las propuestas de admisión o inadmisión de asuntos de su competencia». Y, como ya hemos visto, también la resolución sobre la admisión o inadmisión de los recursos de amparo puede corresponder a las Salas en lugar de a las Secciones «cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría [en la Sección], no alcance la unanimidad», pues, en ese caso, «la Sección trasladará la decisión a la Sala respectiva» (artículo 50.2). De ahí que el artículo 50.3 puntualice que las providencias de inadmisión serán adoptadas por las Secciones o por las Salas.

Así pues, la modificación supone que a las Secciones del Pleno y de las Salas ya no siempre se les atribuye la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los distintos procesos constitucionales. Sin embargo, el alcance de la reforma en este extremo es mínimo, por cuanto, según práctica asentada del Tribunal, la decisión sobre la admisión de los asuntos de competencia del Pleno viene siendo adoptada por el Pleno y, respecto de los recursos de amparo, las Salas desde hace tiempo también intervienen cuando se trata de admitirlos a trámite. Bien pudiera decirse que la reforma viene a consagrar legislativamente los criterios que ha adoptado el propio Tribunal.

En efecto, en los asuntos de Pleno, la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad está bajo el control directo del propio Pleno, el cual, no se olvide, cuenta con la facultad de avocación del artículo 10.k) [ahora 10.n)] LOTC (54). Y en los recursos de amparo, la decisión sobre la admisión de los mismos se ha desplazado a las Salas o, en todo caso, éstas han pasado a ejercer un control efectivo de las mismas (55), para lo cual alguna cobertura daba

(54) Vid. G. VALENCIA MARTÍN: «Comentario al artículo 10», en vol. col. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., págs. 207-208, que, en relación con la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los asuntos de competencia del Pleno, afirma: «En efecto, la admisión a trámite se decide por la correspondiente Sección mediante providencia (...), pero el primer punto del orden del día de los Plenos jurisdiccionales consiste en la dación de cuenta por los Presidentes de Sección de las providencias, entre ellas, naturalmente, las de admisión de recursos, lo que implica (cuando menos) un refrendo de las mismas y evita que surjan disparidades de criterio». Y añade: «En cambio, las eventuales decisiones de inadmisión inicial mediante Auto (...), aunque inicialmente eran tomadas también por las propias Secciones, ya desde fechas tempranas vienen siendo adoptadas por el Pleno, en uso sin duda de la facultad de avocación del artículo 10.k) de la Ley Orgánica, aunque no se mencione en las resoluciones».

(55) También G. VALENCIA MARTÍN: «Comentario...», *cit.*, pág. 210, se ha referido a la «(...) consagración de una práctica, inspirada en el modelo alemán, que implica el ejercicio por las Salas de la competencia para decidir sobre la admisión de recursos de amparo, o al menos pone en sus manos el control efectivo de las admisiones. Así, en la Sala Segunda la admisión ya no es decidida en Sección, sino por la propia Sala, con invocación expresa en cada caso del artículo

el artículo 11.2 de la LOTC, al disponer que «también conocerán las Salas [además de los asuntos que, atribuidos a la justicia constitucional, no sean competencia del Pleno: es decir, los recursos de amparo] de aquellas cuestiones que, habiendo sido atribuidas al conocimiento de las Secciones, entiendan que por su importancia deba resolver la propia Sala».

Mayor trascendencia presentan, por todo ello, las previsiones del mismo artículo 8, inciso final del apartado 2 y apartado 3. De una parte, en los asuntos de competencia del Pleno, con ocasión de su admisión «el Pleno podrá deferir a la Sala que corresponda el conocimiento del asunto de que se trate, en los términos previstos en esta ley», lo que remite, pues, a lo dispuesto en el ya citado artículo 10.1.b) y c) y 2. Y de otra, se prevé que «podrá corresponder también a las Secciones el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les defiera en los términos previstos en esta ley».

A la atribución a las Salas del conocimiento de determinados asuntos de competencia del Pleno ya me he referido con anterioridad, por lo que me limitaré ahora a insistir en la posibilidad que se abre a que el conocimiento de los recursos de amparo también se pueda deferir a las Secciones.

Como ya he dicho, se trata de una medida que, junto a la relativa a la nueva configuración del trámite de admisión del recurso de amparo constitucional, pretende agilizar la resolución de los recursos de amparo. No otra era la justificación de idéntica previsión contenida ya en el borrador de reforma de la LOTC de mayo de 1998 y puesta en práctica desde 1985 en el Tribunal Constitucional Federal alemán, si bien sólo en los casos en los que el recurso esté manifiestamente fundado «porque el Tribunal Constitucional ya haya decidido la cuestión de Derecho Constitucional que en el mismo se plantee». Sin embargo, aunque también las Salas hayan de seguir similar criterio a la hora de deferir a las Secciones los correspondientes asuntos (artículo 52.2 LOTC), lo que puede amortiguar los riesgos de progresiva disgregación de la doctrina

lo 11.2 de la Ley Orgánica, de modo que las admisiones han pasado a ser providencias de Sala, en tanto que las resoluciones de inadmisión (providencias o autos) siguen siendo de Sección. La Sala Primera también ha adoptado esta práctica, pero de forma diferente, limitándose a ejercer un control efectivo de las admisiones (sin avocación formal de la competencia) mediante un procedimiento de dación de cuenta similar al que tiene lugar en asuntos de Pleno, de modo que en esta Sala las admisiones siguen siendo formalmente providencias de Sección». Añade el referido autor que «esta práctica reciente (en sus dos modalidades, ambas perfectamente compatibles con la Ley Orgánica) representa, en primer término, una medida saludable de coordinación de los criterios de admisión dentro de cada Sala, pero también permite introducir criterios de admisión más estrictos (a falta de una reforma de las causas de inadmisión), pues, una vez avocada la competencia, ya no basta el voto favorable de la mayoría de los miembros de una Sección, sino de la Sala (art. 90.1 LOTC)».

constitucional, debo reiterar que, aun en el supuesto de que con esa intervención de las Secciones pueda aligerarse algo la resolución de los amparos admitidos a trámite, el problema de fondo al que se enfrenta el Tribunal —concretamente, las graves distorsiones que el incesante incremento del número de recursos de amparo está generando en el normal desarrollo del conjunto de funciones que le han sido asignadas— en forma alguna se resolverá.

VI. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Las modificaciones relativas a los procesos de constitucionalidad de normas con rango de ley, que en el proyecto de ley alcanzaban a los efectos de las sentencias dictadas en dichos procesos y a la cuestión de inconstitucionalidad, tras la tramitación parlamentaria han quedado circunscritas a esta última (56).

Como es notorio, en la inicial configuración de la cuestión de inconstitucionalidad no se previó que las partes del proceso con motivo del cual se suscita la cuestión pudieran personarse y ser parte en el proceso constitucional. El artículo 37.2 LOTC nada dispuso al respecto y la jurisprudencia constitucional, descartando toda interpretación extensiva, ha venido considerando que sólo los órganos taxativamente enumerados en el referido artículo 37.2 de la LOTC podían considerarse legitimados para comparecer en las cuestiones de inconstitucionalidad.

Esta posición de la jurisprudencia constitucional se ha mantenido con carácter general tras la STEDH de 23 de junio de 1993 (*Ruiz Mateos c. España*), que, como también se recordará, consideró que al afectado directamente por una ley singular se le había vulnerado el derecho a un juicio justo (artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) al no habersele dado oportunidad de intervenir en la cuestión de inconstitucionalidad contra dicha ley planteada. Así,

(56) Ha quedado suprimida, en efecto, la proyectada modificación del artículo 39 LOTC (ya en el informe de la Ponencia del Congreso), que, en relación con los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, venía a consagrar legislativamente la asentada doctrina jurisprudencial que, desde la importante STC 45/1989, de 20 de febrero, ha modulado la regla que vincula la inconstitucionalidad a la declaración de nulidad con efectos *ex tunc*. Además, junto a la inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad diferida, el proyecto de ley preveía, asimismo, otro supuesto de modulación de la señalada regla, por cuanto establecía que «cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia» y «si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia». Analicé ambas previsiones en mi trabajo «Reflexiones sobre el futuro de la justicia constitucional española», en vol. col. *El futuro de la justicia constitucional*, op. cit., págs. 52 y sigs.

en el ATC 378/1993, de 21 de diciembre, se rechazó que esa sentencia del Tribunal Europeo obligase con carácter general a una rectificación de la interpretación dada al artículo 37.2 de la LOTC. Y es que, tal como se dijo en el FJ. 4 del posterior ATC 349/1995, de 21 de diciembre, «la Sentencia del TEDH no afecta a la doctrina de este Tribunal acerca del art. 37.2 LOTC, cuya regulación acepta, exigiendo tan sólo la audiencia de quienes pudieran resultar directamente afectados en sus derechos e intereses preexistentes por una ley que carezca de la nota de generalidad que es inherente a la mayoría de las leyes».

Pues bien, esta situación queda corregida al introducirse un nuevo apartado 2 (pasando el inicial a ser apartado 3) en el artículo 37, en el que se establece que «publicada en el *Boletín Oficial del Estado* la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el proceso judicial podrán personarse ante el Tribunal dentro de los quince días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros quince días». Se opta, pues, por extender la posibilidad de personación con carácter general, independientemente del tipo de ley o norma con rango de ley cuestionada, lo que me parece una decisión acertada al zanjar definitivamente el problema de determinar cuando se trata de una ley singular a los efectos de permitir la personación y formulación de alegaciones.

Por otra parte, también se modifica el apartado 2 del artículo 35 y se añade al mismo un nuevo apartado 3.

Dada la doctrina del Tribunal, la modificación del apartado 2 resulta absolutamente intrascendente cuando añade la expresión «o la resolución jurisdiccional que procediese» por relación al momento en el que el órgano judicial puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad (en concreto, una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, «o la resolución jurisdiccional que procediese»). Baste recordar que, aun cuando el artículo 163 de la Constitución utiliza el término «fallo», el Tribunal, en reiterada doctrina, ha considerado que el término «fallo» equivale a cualquier decisión que, con independencia de su forma, ponga fin a un proceso o a un incidente que ha de ser resuelto de forma definitiva (por todas, STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ. 1). De manera que tempranamente quedó admitida la posibilidad de promover una cuestión aun cuando el proceso esté pendiente de la adopción de una resolución en forma de auto, incluso de naturaleza interlocutoria, o también, por ejemplo, cuando se trate de resoluciones que se hayan de dictar en ejecución de sentencia (57).

(57) Se trata de una precisión bien conocida. Una exposición completa y detallada puede verse en M. MEDINA GUERRERO: «Comentario al artículo 35», en vol. col. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., págs. 523 y sigs.

Asimismo, en ese mismo apartado 2, en cierto modo de manera redundante, se añade la expresión «o sobre el fondo de ésta» respecto de las alegaciones de las partes y del Ministerio Fiscal acerca de la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Tampoco resultaba necesaria la previsión del nuevo apartado 3, incorporada a lo largo de la tramitación parlamentaria (58). Según la misma, «el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad (59) originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. Producida ésta el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión». Aclarado ya desde el primer momento el efectivo alcance del inciso final del artículo 163 de la Constitución (los efectos del planteamiento de la cuestión ante el Tribunal «en ningún caso serán suspensivos»), era innecesaria la precisión que se hace en este apartado 3 del artículo 35.3 LOTC. Como ha señalado el Tribunal, «una vez admitida a trámite la cuestión y sometida así a la jurisdicción de este Tribunal, el órgano judicial pierde toda facultad de disposición sobre ella, quedando vinculado a lo que en definitiva resuelva la sentencia constitucional sobre la validez de la ley» (ATC 313/1996, de 29 de octubre). No otra cosa es lo que ahora se recuerda por este apartado 3 del artículo 35, si bien su tenor literal («suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial» y «el proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión») debe ser interpretado adecuadamente, excluyendo un entendimiento del mismo que impida al órgano judicial adoptar cualesquiera decisiones en el seno del proceso suspendido. Una vez más conviene recordar la propia doctrina del Tribunal, según la cual la admisión de una cuestión no significa que el órgano judicial que la promueve «... carezca de competencia para resolver aquellas otras incidencias ajenas a la determinación de la validez de la ley cuestionada» (ATC 349/1997, de 28 de octubre, f.j. 3). No parece, por tanto, que la norma pueda interpretarse en el sentido precisamente de excluir *a radice* esa posibilidad.

(58) Enmienda núm. 87 del grupo parlamentario socialista, aceptada por el informe de la Ponencia del Congreso (BOCG.CD, serie A, núm. 60-9, de 5 de diciembre de 2006).

(59) Obsérvese que, manteniéndose la inicial denominación de cuestión de inconstitucionalidad, la ley de reforma opta por la denominación de cuestión de constitucionalidad. Puestos a modificar, hubiera sido preferible unificar la denominación.

VII. OTROS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Aunque en el proyecto de ley se pretendían otros cambios, si bien de muy escaso alcance (60), en el texto final aprobado únicamente se ha mantenido la modificación del apartado 2 del artículo 73, en relación con los conflictos entre órganos constitucionales del Estado. La modificación se resume en establecer el plazo de un mes para, en caso de quedar frustrado el requerimiento, plantear el correspondiente conflicto ante el Tribunal, aprovechando, asimismo, para cambiar el tiempo de los verbos «afirmar» y «rectificar».

VIII. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Como consecuencia de la tramitación parlamentaria, se ha dado nueva redacción al artículo 40.2 LOTC (61). El cambio consiste en sustituir la expresión «recursos y cuestiones de inconstitucionalidad» por la de «procesos constitucionales». Así pues, la doctrina del Tribunal Constitucional a la que queda vinculada —y, en su caso, corregida— la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional, es la derivada de las sentencias y autos que resuelvan los «procesos constitucionales».

Quedan saldadas, de esta manera, las dudas que se habían planteado acerca de qué tipo de decisiones del Tribunal Constitucional son las que corrigen la jurisprudencia de los jueces y tribunales ordinarios. Como se ha señalado en la doctrina (62), no sólo las sentencias interpretativas desestimatorias en las que, además, la interpretación constitucional exigida se lleva al fallo corrigen la jurisprudencia de jueces y tribunales, sino que también producen ese efecto las sentencias interpretativas estimatorias y las que, no realizando propiamente una interpretación, inciden sobre el alcance de la norma, ampliando o reduciendo su ámbito de aplicación. Incluso, no cabe descartar el mismo efecto corrector derivado de la interpretación que el Tribunal realiza de los precep-

(60) Concretamente se modificaban los artículos 65.1, 72.3, 75.1 y 75 quinque.4, en todos los casos en lo relativo al plazo para dictar sentencia.

(61) Concretamente, la nueva redacción del artículo 40.2 de adoptó por la Comisión Constitucional del Congreso (BOCG.CD, serie A, núm. 60-10, de 9 de marzo de 2007), sin que en el debate consten los motivos (*vid.* Diario Sesiones, Comisión Constitucional, 5 de marzo de 2007, núm. 769).

(62) Ha resumido esta problemática A. J. GÓMEZ MONTORO en su «Comentario al artículo 40», en vol. col. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 627 y sigs.

tos constitucionales en directa relación con la determinación del alcance de las normas legales de desarrollo, lo que sucede sobre todo con las leyes de desarrollo de derechos fundamentales. Una interpretación —y es ahora lo que importa— que puede contenerse en cualquier tipo de sentencias o autos dictados por el Tribunal Constitucional, o lo que es lo mismo, dictados en cualesquiera procesos constitucionales y no sólo en los resolutorios de recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

En definitiva, en la LOTC se ha venido a precisar lo que ya estaba dicho con claridad en el artículo 5.1 de la LOPJ: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional *en todo tipo de procesos*».

IX. EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Diversas son las modificaciones que afectan a las disposiciones comunes sobre el procedimiento previstas en el Título VII LOTC. En líneas generales, se trata de cambios y añadidos de muy escaso alcance y trascendencia.

Se modifica, en primer lugar, el artículo 85. En el apartado 3 se dice que «el Pleno o las Salas podrán acordar la celebración de vista oral», lo que de hecho nada nuevo añade. Y en el apartado 2 se puntualiza que «los escritos de iniciación del proceso se presentarán en la sede del Tribunal Constitucional dentro del plazo legalmente establecido», aunque, asimismo, «... podrán también presentarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de interposición, en la secretaría del Tribunal Constitucional, o en la oficina o servicio de registro central de los tribunales civiles de cualquier localidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 135.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». De esta forma se cierra la posibilidad —de la que se ha hecho un uso desmedido— de presentar los escritos en el Juzgado de Guardia, incluso con anterioridad al día de vencimiento.

Por lo demás, la utilización, a los efectos de presentación de los escritos de cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos o telemáticos, queda condicionada a lo que el Tribunal determine reglamentariamente.

Se da, por otra parte, nueva redacción al apartado 2 del artículo 86, al que se añade un apartado 3. En relación con la publicación de las sentencias y declaraciones a que se refiere el Título VI, la modificación consiste en

habilitar expresamente al Tribunal para que, asimismo, pueda ordenar la publicación de sus autos en el *BOE* dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se hayan adoptado. Y en un nuevo apartado 3 se dispone que el Tribunal «podrá disponer que las sentencias y demás resoluciones dictadas sean objeto de publicación a través de otros medios», sin perjuicio de que pueda adoptar «... en su caso, las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución».

La modificación del artículo 88.1 consiste en ceñir la audiencia a las partes para el examen del expediente y demás documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional, al supuesto de que el recurso haya sido admitido a trámite, pues, como ya se justificó en el borrador de reforma de 1998, dicho examen «debe preverse tan sólo si el recurso ha sido ya admitido; no si la documentación se ha recabado, precisamente, para resolver sobre la admisión».

Asimismo, al apartado 2, inciso final, del artículo 90 se añade el término autos, en concordancia con la nueva redacción dada al artículo 86.2.

También en concordancia con la nueva redacción de los artículos 4.1 y 10.1.h), al artículo 92 se añade un párrafo segundo con la siguiente redacción: «Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano que las dictó». Cuestión a la que ya me referido con anterioridad.

Por último, se eleva la cuantía de las sanciones pecuniarias y multas coercitivas previstas en el artículo 95.3 y 4, pasando a ser de 600 a 3.000 euros.

X. EL PERSONAL AL SERVICIO DEL TRIBUNAL

Diversos retoques se efectúan, por último, en el Título VIII LOTC, relativo al régimen jurídico del personal al servicio del Tribunal.

1. *Letrados de carrera y en régimen de adscripción temporal*

Las modificaciones más significativas se localizan en la nueva redacción que se ha dado al artículo 97 LOTC. Su apartado 1 dice así:

«El Tribunal Constitucional estará asistido por Letrados que podrán ser seleccionados mediante concurso-oposición entre funcionarios públicos que

hayan accedido a un cuerpo o escala del Grupo A en su condición de licenciados en derecho, de acuerdo con el reglamento del Tribunal, o ser libremente designados en régimen de adscripción temporal, por el mismo Tribunal, en las condiciones que establezca el reglamento, entre abogados, profesores de universidad, magistrados, fiscales o funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del Grupo A en su condición de licenciados en derecho. Los nombrados quedarán en su carrera de origen en situación de servicios especiales por todo el tiempo en que presten sus servicios en el Tribunal Constitucional».

Así pues, se mantiene la dualidad existente desde la puesta en funcionamiento del Tribunal entre letrados de carrera y letrados en régimen de adscripción temporal, aunque ahora se da expresa cobertura legal a éstos. Mientras que los de carrera acceden en virtud de concurso-oposición, los de adscripción temporal son libremente designados «[...] en las condiciones que establezca el reglamento [del Tribunal]». Además, el acceso mediante concurso-oposición queda reservado exclusivamente a quienes previamente ostenten la condición de funcionarios públicos que hayan accedido a un cuerpo o escala del grupo A en su condición de licenciados en derecho, lo que no siempre sucede en el caso de los letrados en régimen de adscripción temporal, ya que el nombramiento puede recaer en quien no ostente dicha condición (concretamente, abogados). En todo caso, queda reflejada a nivel legal la estructura organizativa de los letrados al servicio del Tribunal que, desde el primer momento, se fijó por acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional en el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal.

A mi juicio, lo más significativo es que se opta por reservar el acceso en virtud de concurso-oposición a quienes ya ostentan la condición de funcionarios, lo que, sin perjuicio de que deba influir lógicamente en el tipo de concurso-oposición que a tal efecto se establezca, cierra el paso innecesariamente a otros posibles candidatos y con ello reduce de hecho las posibilidades de que pueda consolidarse un efectivo cuerpo de letrados de carrera del Tribunal. Todo ello permite pronosticar que, como ha sucedido hasta ahora, la mayoría de los letrados accederán en régimen de adscripción temporal, máxime a la vista de la nueva redacción dada a la disposición adicional primera, apartado 1. Aunque no se llega a declarar cuerpo a extinguir, el resultado final puede aproximarse, ya que se dispone que «el número de letrados seleccionados mediante concurso-oposición a los que se refiere el artículo 97.1 no podrá exceder de 16». Teniendo en cuenta que, en la actualidad, doce son los letrados de carrera (aunque cuatro de ellos se encuentran excedentes), sólo quedan como máximo cuatro plazas por cubrir. Una situación de manifiesta despro-

porción si se repara que, a finales de 2006, los letrados de adscripción temporal eran más de cuarenta (63).

Debe añadirse que el inciso final del apartado 1 del artículo 97 reitera lo ya establecido en el artículo 20, al disponer que «los nombrados [letrados] quedarán en su carrera de origen en situación de servicios especiales por todo el tiempo en que presten sus servicios en el Tribunal Constitucional». Una previsión que, como ya he señalado, alcanza sin distinción a todos los letrados, tanto a los de carrera como a los de adscripción temporal, cuando lo lógico es que hubiese quedado ceñida a éstos últimos.

Por último, el apartado 2 del mismo artículo 97 modula la prohibición de que quienes hayan sido letrados del Tribunal puedan actuar ante éste, ya que dicha prohibición se limita a los tres años inmediatamente posteriores al cese en sus funciones.

2. Otras modificaciones

La modificación del artículo 96.1 consiste en sustituir el inciso «los Oficiales, los Auxiliares y los Agentes» por «los demás funcionarios que sean adscritos al Tribunal Constitucional». Una sustitución que guarda directa relación con la nueva redacción dada al artículo 15 LOTC, sustituyendo el inciso final en el que se decía que el Presidente del Tribunal «insta del Ministerio de Justicia la convocatoria para cubrir las plazas de Secretarios, Oficiales, Auxiliares y Subalternos», por la siguiente redacción: «El Presidente del Tribunal Constitucional [...] convoca los concursos para cubrir las plazas de funcionarios y los puestos de personal laboral [...]».

Por otra parte, la nueva redacción que también se da al apartado 3 del mismo artículo 96 resulta tan innecesaria como inexplicable, por cuanto consiste en añadir la palabra «funciones» al inicio del precepto («Los cargos y funciones relacionados en este artículo son incompatibles ...») cuando, en todo caso, debiera haber dicho «funcionarios».

Absolutamente intrascendentes me parecen, asimismo, las modificaciones del artículo 98, relativo al nombramiento del Secretario General del Tribunal, y del artículo 99, en relación con sus competencias y funciones. Y también la del artículo 100, relativa al número de secretarios de justicia

Por último, la modificación del artículo 102 viene a confirmar la existencia de personal laboral al servicio del Tribunal. Aunque el inicial artículo 102

(63) Concretamente, cuarenta y uno, según los datos de la Memoria del Tribunal correspondiente al año 2006. En estos momentos (septiembre 2007), seguramente la cifra será superior.

LOTIC ya se remitía al Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional en orden a la fijación de las condiciones necesarias para el acceso a los puestos de oficiales, auxiliares, agentes y demás personal, y dicho Reglamento ha previsto que «el Presidente, a propuesta de la Junta de Gobierno, podrá autorizar la contratación de personal en régimen laboral en los casos previstos en este Reglamento» (artículo 59.1), correspondiendo a la relación de puestos de trabajo determinar los puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por personal laboral [artículo 61.2.g)], la nueva redacción del artículo 102 consolida definitivamente esa opción por el régimen laboral al añadir lo siguiente: «Podrá [el Tribunal Constitucional], asimismo, contratar personal en régimen laboral para el desempeño de puestos que no impliquen participación directa ni indirecta en el ejercicio de las atribuciones del Tribunal Constitucional, y cuyas funciones sean propias de oficios, auxiliares de carácter instrumental o de apoyo administrativo. La contratación de este personal laboral se realizará mediante procesos de selección ajustados a los principios de igualdad, mérito y capacidad».

XI. APOSTILLA FINAL

A la vista del contenido de la reforma, resulta más que dudoso que pueda hacerse efectivo su objetivo central de «reordenar la dedicación que el Tribunal otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional». Más aún, no creo que sea excesivamente arriesgado afirmar que las dificultades de funcionamiento del Tribunal no desaparecerán y hasta es posible que se acentúen. Y es que la cuestión clave para corregir esa situación, la imprescindible reforma del recurso de amparo, se aborda de una manera muy limitada e insuficiente para lograr que cese, o cuando menos remita, el flujo incesante de recursos que llegan al Tribunal.

En líneas generales, con la excepción de los supuestos ya señalados, las modificaciones efectuadas no parecen objetables. En no pocos casos se limitan a incorporar doctrinas y prácticas del propio Tribunal firmemente asentadas y en otros son meros retoques sin mayor trascendencia ni alcance. Sin embargo, el reto fundamental que en estos momentos plantea la justicia constitucional no pasa tanto por la mejora y perfeccionamiento técnico-jurídico de la vigente norma reguladora, como por afrontar con decisión una operación reformadora de mucho mayor calado que, modificando sustancialmente la situación a la que se ha llegado, logre reequilibrar las funciones asignadas al Tribunal Constitucional. Y es aquí cuando la reforma aprobada defrauda. Diagnosticado correctamente el problema, los remedios que prevé resultan decepcionantes por cuanto de poco servirán para resolverlo.

Esta reforma de la LOTC, con apariencia de profundidad, en realidad se ha quedado en muy poco. Cuestiones de mucha mayor trascendencia, que por el propio proyecto de ley deberían haber sido tomadas en consideración, fueron de entrada descartadas, con lo que quedó garantizado que cualesquiera enmiendas que las plantearan —y las han planteado— difícilmente podrían prosperar. Piénsese, entre otras, por ejemplo, en la conveniencia de reintroducir el recurso previo de inconstitucionalidad al menos para determinadas Leyes Orgánicas, o en otorgar legitimación a los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas para impugnar las leyes, actos y disposiciones con fuerza de ley emanados de las respectivas Asambleas legislativas, e, incluso, para ampliar esa legitimación a determinado número de miembros de dichas Asambleas; piénsese en la conveniencia de reconocer legitimación activa a las Comunidades Autónomas para poder plantear conflictos negativos de competencias frente al Estado cuando éste impide con su inactividad que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sin menoscabo alguno sus propias competencias; o en la desastrosa regulación del conflicto en defensa de la autonomía local, que necesita de una profunda revisión; también, en fin, por no alargar más el repertorio, en la necesaria reconsideración de la remisión sin más, por vía de supletoriedad, a la LOPJ y a la LEC en materia de recusación y abstención de los magistrados constitucionales, que, en mi opinión, al conocer de los procesos constitucionales de control abstracto de la ley, no deberían estar sujetos a las mismas causas que rigen en el sistema judicial.

En resumidas cuentas, si de la reforma del amparo no cabe esperar gran cosa, y las demás innovaciones son en la mayoría de los casos de escasa relevancia, quizá hubiera sido mejor dejar por el momento las cosas como estaban. Porque, fallido el intento, no es improbable que tarde en plantearse otra oportunidad. Esperemos que cuando se llegue a plantear no sea ya demasiado tarde.

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la ley de reforma del Tribunal Constitucional aprobada el pasado mes de mayo. Con ella se trata de dar respuesta a diversos problemas que están condicionando gravemente su normal funcionamiento y afectando al desarrollo de su principal función, el control de constitucionalidad de las leyes. Tras un detallado análisis del contenido de la ley, que básicamente se centra en el recurso de amparo, la defensa de la jurisdicción constitucional, el procedimiento de designación de los magistrados constitucionales y la duración del mandato del Presidente y Vicepresidente del Tribunal, así como en la redistribución de competencias entre el Pleno, Salas y Secciones, sin perjuicio de otras modificaciones menores, el autor llega

a la conclusión de que es probable que la reforma sea insuficiente para alcanzar los objetivos perseguidos, lo que, en ese caso, definitivamente obligará a adoptar con urgencia nuevas reformas más decididas y drásticas ante los serios riesgos de deterioro a los que en la actualidad se enfrenta la justicia constitucional.

PALABRAS CLAVE: cuestión de inconstitucionalidad, magistrados constitucionales, procesos constitucionales, recurso de amparo, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

In this article we analyse the Act that reforms the Constitutional Court, which was passed in May in order to solve several problems that were seriously damaging its normal functioning and the development of its main function, that is, to control the accordance of the law with the Constitution. After a detailed examination of the Act, which basically concerns not only the Appeal of fundamental rights, the defence of the constitutional jurisdiction, the procedure for the appointment of the magistrates of the Constitutional Court and the length of the term of office of the President and Vice-president of the Court, but also the redistribution of competences amongst the Plenum, the Chambers and the Sections, apart from other minor modifications, the author concludes that the reform is probably insufficient to achieve the intended objectives, which in this case, will definitely compel to undertake urgently new reforms more resolute and drastic in order to deal with the danger of impairment which seriously affects the Constitutional Court nowadays.

KEY WORDS: consultation on unconstitutionality, judges of the constitutional court, constitutional trials, recurso de amparo (appeal), Constitutional Court.