

DIFICULTADES PRACTICAS Y SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO (*)

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO

SUMARIO: I. LA DIFUSA ACTITUD CRÍTICA FRENTE AL RECURSO DE AMPARO.—II. LOS PROBLEMAS PRÁCTICOS DEL RECURSO DE AMPARO.—III. EN PARTICULAR, LA CUESTIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—IV. LA INACABADA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA DEL RECURSO DE AMPARO.—V. LAS AMBIGÜEDADES DEL PROPUESTO REFORZAMIENTO EN CLAVE OBJETIVA DEL RECURSO DE AMPARO.—VI. ¿POR QUÉ EL RECURSO DE AMPARO ES UN ELEMENTO ESENCIAL DEL SISTEMA ESPAÑOL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL?

I. LA DIFUSA ACTITUD CRITICA FRENTE AL RECURSO DE AMPARO

En un simposio de constitucionalistas celebrado en Sevilla en septiembre de 1991, el Profesor Cruz Villalón, hoy Magistrado del Tribunal Constitucional, presentó una ponencia sumamente crítica sobre la situación actual del recurso de amparo (1). No puede decirse que las circunstancias de base hayan cambiado en los dos años transcurridos desde entonces. Habida cuenta de la estatura intelectual del ponente y de la fuerza de sus argumentos, que son compartidos por muchos otros especialistas, merece la pena proceder a un reexamen del significado del recurso de amparo.

El escepticismo de Cruz Villalón hacia la virtualidad del recurso de amparo deriva en parte, por supuesto, de lo que él denomina su «crisis funcional». La

El presente estudio aparecerá, asimismo, en el libro-homenaje dedicado al Prof. Alberto Predieri.

(*) Principales abreviaturas utilizadas: CE, Constitución española; LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial; LOTC, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.

(1) P. CRUZ VILLALÓN: «El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador», en VV. AA.: *Los procesos constitucionales (Segundo Simposio de Derecho Constitucional)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 117 y sigs.

multiplicación del número de recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional no sólo ha conducido a una dilatación del tiempo de tramitación y resolución de los mismos, que puede desnaturalizar su propia finalidad, sino indirectamente también a un retraso en los demás procesos constitucionales y hasta en la justicia ordinaria. Pero su distanciamiento del recurso de amparo no se debe únicamente al modo en que éste ha venido siendo utilizado en la práctica. Aduce también razones teóricas acerca de la posición del recurso de amparo en el sistema español de justicia constitucional concentrada y, más en general, en el ordenamiento instaurado en 1978 por la Constitución.

En apretada síntesis, cabe afirmar que su posición parte de un presupuesto explícito: el recurso de amparo «no es un elemento típico de la justicia constitucional, sino más bien una *singularidad* de determinados ordenamientos (Alemania, Austria, Suiza)» (2). Sobre esta base, hace Cruz Villalón una doble propuesta, consistente en que: *a*) debe haber «menos amparo frente al juez, más amparo frente al legislador» (3), y *b*) se ha de reforzar la dimensión objetiva del recurso de amparo, es decir, su función de «defensa objetiva del ordenamiento» (4). Este alegato a favor de una configuración del recurso de amparo en la que prime la tutela de la faceta objetiva o institucional de los derechos fundamentales se basa, siempre según Cruz Villalón, en un superamiento de las razones históricas que empujaron al constituyente a introducir esta vía procesal privilegiada, las cuales, a su juicio, habrían sido la desconfianza hacia una judicatura escasamente imbuída de los valores constitucionales y la falta de un cuerpo jurisprudencial capaz de servir de guía a la justicia ordinaria en materia de derechos fundamentales (5). Cuál deba ser el camino a seguir para lograr esta reconducción del recurso de amparo no resulta con claridad de las palabras de Cruz Villalón.

El Profesor Pérez Tremps, a la sazón Letrado del Tribunal Constitucional, se hizo cargo en el mismo simposio de la ponencia relativa a los aspectos procesales del recurso de amparo, compartiendo la idea de que debería prevalecer en éste la función de tutela de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales (6). No obstante, se pronuncia expresamente contra cualquier eventual reforma, legislativa o constitucional, que limitara la legitimación activa de los particulares para interponer el recurso de amparo (7). Hay que entender, pues, que la pre-

(2) *Ibid.*, pág. 117. Subrayado en el original.

(3) *Ibid.*, pág. 117.

(4) *Ibid.*, pág. 118.

(5) *Ibid.*, pág. 117.

(6) P. PÉREZ TREMPs: «El recurso de amparo constitucional: aspectos procesales», en VV. AA.: *Los procesos constitucionales...*, págs. 123 y sigs.

(7) *Ibid.*, pág. 131.

conizada reconfiguración en clave objetiva del recurso de amparo habría de llevarse a cabo mediante un nuevo enfoque de la práctica del Tribunal Constitucional, particularmente en el trámite de admisión. Más allá de las concretas opciones para la articulación de este giro, diáfananamente expuestas por Pérez Tremps, es llamativo que la mayor parte de los constitucionalistas intervinientes en el mencionado simposio de Sevilla se mostraran, explícita o implícitamente, de acuerdo con los dos ponentes (8). Ello es, sin duda, sintomático de una cierta desafección hacia el recurso de amparo entre los especialistas en la justicia constitucional.

II. LOS PROBLEMAS PRACTICOS DEL RECURSO DE AMPARO

Dejando para más adelante los argumentos teóricos avanzados por Cruz Villalón —y es difícil evitar la impresión de que incluso las críticas teóricas al recurso de amparo están, en alguna medida, condicionadas por su aplicación práctica—, está fuera de discusión que la principal causa de preocupación radica en el excesivo uso y, a veces, en el abuso que se ha venido haciendo del recurso de amparo. No es infrecuente oír que éste se ha convertido en una especie de ‘última instancia’ en manos de litigantes con escasos escrúpulos, a veces incluso en asuntos que, por su naturaleza o su cuantía, no tendrían acceso al recurso de casación. Ello ha provocado una insoportable carga de trabajo en el Tribunal Constitucional, cuyas consecuencias han sido apuntadas anteriormente.

A este respecto, dos extremos han de ser mencionados, siquiera incidentalmente. Por una parte, a crear este estado de cosas no ha sido del todo ajeno el legislador: la atribución al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo, de una función revisora de las resoluciones judiciales en materia contencioso-electoral ciertamente no ha contribuído a aliviar la situación (9). Por otra, no cabe ignorar que la mera existencia de una posibilidad de acceso direc-

(8) VV. AA.: *Los procesos constitucionales...*, págs. 136 y sigs. Que ello es expresión de un estado de ánimo más general lo demuestran, por ejemplo, las opiniones de F. Rubio Llorente, R. Gómez Guillamón, R. Fernández Montalvo, J. L. Gil Ibáñez, M. A. Aparicio Pérez y F. Jiménez Conde, recogidas en la sección «Tema para debate: Problemas del recurso de amparo» del *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 2, 1990, págs. 155 y sigs.

(9) El Tribunal Constitucional ha proclamado que este recurso de amparo especial no deja de ser un genuino recurso de amparo, en el que, por consiguiente, no cabe invocar cualesquiera vulneraciones de la legalidad electoral, sino únicamente violaciones de derechos fundamentales; doctrina que está claramente expuesta en las SSTC 79/1989, 105/1991, 106/1991 y 108/1991. En la práctica, no obstante, no siempre le ha sido posible deslindar ambos tipos de cuestiones. Como ejemplo de esta dificultad, pueden verse las SSTC 24 a 27/1990 y 131/1990.

to de los particulares al Tribunal Constitucional determina su utilización y, en consecuencia, un nivel de asuntos necesariamente distinto del que existe en los órganos de justicia constitucional de países donde no se da tal posibilidad. Habla por sí solo el hecho de que, en Alemania, la *Verfassungsbeschwerde* haya conducido al Tribunal Constitucional Federal a una sobrecarga similar (10).

Con todo, nadie duda de que la principal causa de este problema es otra: el artículo 24 CE. Rosa Lapuente, en un excelente trabajo empírico sobre el recurso de amparo, aporta y sistematiza las cifras. Basten tres datos: *a*) el número de recursos de amparo presentados ante el Tribunal Constitucional ha ido creciendo ininterrumpidamente, de 218 en el año 1980 a 2.893 en el año 1990; *b*) en los recursos de amparo terminados por sentencia entre 1981 y 1990, el artículo 24 CE había sido invocado en un 56,22 por 100 de los casos, y *c*) de los 2.893 recursos de amparo presentados en 1990, 2.293 invocaban el artículo 24 CE, y si a éstos se añaden los 907 en que se invocaba el artículo 14 CE, sólo quedan 492 —es decir, un 21,45 por 100 de los casos— en que el derecho fundamental cuya protección se impetraba no fuera la tutela judicial efectiva o la igualdad ante la ley (11).

Como es notorio, ante esta situación, el legislador se ha limitado hasta ahora a una leve reforma, introducida por la Ley Orgánica 6/1988, en virtud de la cual se añade una nueva causa de inadmisibilidad del recurso de amparo:

“Que el Tribunal Constitucional hubiera ya desestimado en el fondo un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o un recurso de amparo en supuesto sustancialmente igual, señalando expresamente en la providencia la resolución o resoluciones desestimatorias” [art. 50.1.d) LOTC].

Sería interesante disponer de un estudio empírico que mostrara hasta qué punto el Tribunal ha hecho uso en los últimos años de esta facultad de inadmisión *per curiam* o si, por el contrario, ha continuado utilizando la genérica causa de inadmisibilidad consistente en «que la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional» [art. 50.1.c) LOTC]. Se trataría, en otras palabras, de saber cuál es el grado de control del Tribunal Constitucional sobre sus propios precedentes y, en especial, sobre aquéllos relativos al artículo 24 CE; cuestión que, sin duda, no es ajena al problema provocado por un empleo abusivo del recurso de amparo.

(10) Un esclarecedor análisis, con datos estadísticos, de la situación de la *Verfassungsbeschwerde* en Alemania puede hallarse en D. P. KOMMERS: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham/London, 1989, págs. 31-34.

(11) R. LAPUENTE ARAGO: «Las dificultades del recurso de amparo en cifras»: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 2, 1990, págs. 141 y sigs. También aporta información estadística P. PÉREZ TREMPs: «El recurso...», págs. 134-135.

Entretanto, el propio Tribunal Constitucional, tal como le autoriza el artículo 95.4 LOTC, ha empezado a imponer multas a recurrentes en amparo que litigan con temeridad (12). Es un primer paso, si bien la cuantía permitida de las multas no debe hacer abrigar esperanzas de que este instrumento, por sí solo, pueda servir para hacer frente a la situación. Sin embargo, con un esfuerzo de flexibilidad e imaginación, tal vez el Tribunal podría ya ahora hacer algo más. Por ejemplo, sustituir, al menos en los casos más dudosos, el trámite de alegaciones por la vista oral (art. 52.2 LOTC) y poner de relieve a los recurrentes la posible debilidad de sus argumentos (art. 84 LOTC). El efecto disuasorio de la temeridad no es la menor de las ventajas de la oralidad sobre la escritura. Esta última proporciona un incentivo a los osados: cuando un Abogado ha de enfrentarse en persona a seis Magistrados no actúa igual que cuando da un escrito al Procurador para que lo presente en el registro del Tribunal.

Hasta aquí, cuanto se ha hecho o se podría hacer de inmediato. Las propuestas de reforma, en cambio, suelen insistir sobre la necesidad de desarrollar la previsión del artículo 53.2 CE. Según este precepto constitucional, el principal mecanismo a disposición de los particulares para la protección de sus derechos fundamentales debería ser «un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» accionable ante los Tribunales ordinarios, con respecto al cual el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional posee un inequívoco carácter subsidiario (13). El desarrollo provisional que al artículo 52.3 CE dio la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, es claramente insatisfactorio y, desde luego, no ayuda a liberar de trabajo al Tribunal Constitucional (14). Aunque la cuestión del desarrollo del artículo 53.2 CE sea bien conocida, no está de más hacer aquí dos observaciones.

(12) SSTC 16/1990, 101/1990, 104/1990, 208/1990, 72/1991, 98/1991 y 214/1991. Un primer criterio jurisprudencial se desprende ya de estas resoluciones: la interposición del recurso de amparo es abusiva y debe sancionarse con imposición de multa por temeridad o mala fe cuando de los propios autos del Tribunal *a quo* —o, en su caso, del expediente administrativo— resulta evidente su improcedencia, o cuando el recurrente ha ocultado o ignorado circunstancias relevantes para la admisibilidad que pueden inferirse directamente de los autos o del expediente.

(13) Algunos autores llaman al procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 CE ‘recurso de amparo ordinario’, al que se contrapondría el ‘recurso de amparo constitucional’ o recurso de amparo por excelencia.

(14) Un excelente y exhaustivo análisis, teórico y práctico, de la Ley 62/1978 fue presentado en julio de 1991, como trabajo de habilitación en un concurso de cátedra en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, por el Profesor M. CARRILLO bajo el título *La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario (La garantía contencioso-administrativa)*. Desgraciadamente, no ha sido aún publicado.

Por una parte, el mencionado procedimiento preferente y sumario en ningún caso podría sustituir por completo al recurso de amparo, ya que la Constitución garantiza, al menos, tanto la existencia misma de éste último cuanto que a través de él puedan hacerse valer los derechos a que se refiere el artículo 53.2 CE, esto es, los declarados en los artículos 14 a 29 CE y la objeción de conciencia al servicio militar. Ciertamente, se podría reformar la Constitución a fin de restringir el recurso de amparo, sin que ello requiriese del procedimiento especialmente agravado del artículo 168 CE, ya que esta disposición constitucional no contempla el recurso de amparo, sino tan sólo los derechos fundamentales susceptibles de tutela mediante el mismo. Aun así, como se intentará mostrar más adelante, una reforma que restringiera el recurso de amparo incidiría sobre un aspecto no secundario del sistema de garantías constitucionales en su conjunto.

Por otra parte, está la sugerencia de que la reforma procesal para dar actuación al procedimiento preferente y sumario vaya acompañada de una reforma orgánica: la creación de órganos judiciales ordinarios, o al menos de una nueva Sala del Tribunal Supremo, con jurisdicción especializada. Frente a ello es sumamente convincente el rechazo del propio Cruz Villalón: «la constitucionalidad debe ser patrimonio de todos los Tribunales de Justicia por igual. Es bastante un ‘Tribunal Constitucional’» (15). Y ello, entre otras razones, porque, por su naturaleza misma, los derechos fundamentales y, más en general, la entera Constitución inciden sobre todos los sectores del ordenamiento jurídico, de suerte que es difícil que se susciten litigios constitucionales en estado puro. Los derechos fundamentales se ejercen dentro de relaciones con las Administraciones públicas o en cuanto sujeto pasivo del *ius puniendi* —por dejar de lado la espinosa cuestión de la eficacia de aquéllos en las relaciones jurídico-privadas (16)—, de modo que es razonable que su tutela corresponda primariamente al Juez contencioso-administrativo o penal que conozca de la causa.

(15) P. CRUZ VILLALÓN: «El recurso...», pág. 119.

(16) Aunque en algunas ocasiones, contra el inequívoco tenor literal del artículo 41.2 LOTC, el Tribunal Constitucional ha admitido el recurso de amparo contra actos privados, el problema de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales es, a juicio de quien esto escribe, primariamente sustantivo; es decir, se trata de dilucidar si, cuáles y hasta qué punto los derechos fundamentales rigen en las relaciones privadas. Sólo entonces se estará en condiciones de valorar si hay una laguna de protección jurisdiccional en el mencionado artículo 41.2 LOTC; laguna que, por lo demás, sería fácil de colmar por vía legislativa. Sobre esta cuestión, sigue siendo útil el estudio de J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

III. EN PARTICULAR, LA CUESTION DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A la vista de lo anterior, hay un aspecto de toda la discusión acerca de la virtualidad y eventual reforma del recurso de amparo que no deja de ser sorprendente: se aprecia cierta inconsistencia entre el diagnóstico y el tratamiento propuesto. En efecto, si el problema emana de la tutela judicial efectiva y, en menor medida, de la igualdad ante la ley, ¿por qué habría que transformar, con respecto a toda la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o del Título I de la Constitución, el recurso de amparo en un mecanismo de tutela de la faceta objetiva de los derechos fundamentales? Cuando existe un 21,45 por 100 de supuestos en que, con independencia de cualquier otra consideración, no se produce una alegación ritual de las genéricas cláusulas de los artículos 14 y 24 CE, ¿es razonable proponer drásticas reformas del recurso de amparo en su conjunto? Si hubiera habido una quinta parte de justos en Sodoma, ¿habría caído sobre ella la ira del Señor? Todo ello, por no formular otro interrogante: ¿es seguro que una actuación del procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 CE paliaría el problema del excesivo número de recursos de amparo relativos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad ante la ley?

A este último propósito, es necesario hacer dos observaciones. Por un lado, estos dos derechos fundamentales, probablemente en mayor medida que los demás, no suelen plantear cuestiones sobre el modo en que la ley es aplicada, sino directa o indirectamente sobre la ley misma; cuestiones que, con o sin desarrollo del artículo 53.2 CE, acabarían por llegar antes o después al Tribunal Constitucional. Por otro lado, conviene señalar que cualquier futura actuación del procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 CE difícilmente será de alguna utilidad con respecto al excesivo número de recursos de amparo fundados en el artículo 24 CE, ya que las reales o presuntas violaciones de éste se suelen producir, por definición, en el seno de un proceso en curso y han de denunciarse en los correspondientes recursos [art. 44.1.c) LOTC]. Aunque es teóricamente posible la tutela del artículo 24 CE a través de dicho procedimiento preferente y sumario, como muestra la experiencia de la provisional Ley 62/1978 (Disp. Trans. 2.^a2 LOTC), su virtualidad práctica en este terreno es limitada.

Todo el mundo, en definitiva, está de acuerdo en que el lastre principal radica en el artículo 24 CE; pero nadie parece proponer una solución práctica que diferencie entre los recursos de amparo fundados en dicho precepto constitucional y los demás. En el origen de esta insatisfactoria situación, aunque no se suele decir públicamente, se halla la excesiva generosidad con que el propio Tribunal Constitucional ha configurado el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. Es discutible si la intención del constituyente al aprobar el primer

apartado del artículo 24 CE era tan sólo consagrar un derecho de acceso a los Tribunales o, dicho negativamente, un derecho a no sufrir una denegación de justicia. Está fuera de duda, en cualquier caso, que por vía del artículo 24 CE la jurisprudencia constitucional ha acabado por constitucionalizar múltiples aspectos del Derecho procesal (17). A ello hay que añadir las garantías recogidas en el Título VI de la Constitución que el Tribunal Constitucional ha vinculado directamente al artículo 24 CE, convirtiéndolas así en derechos fundamentales susceptibles de protección mediante el recurso de amparo (18). No es de extrañar, por consiguiente, que tantos litigantes prueben fortuna con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Así, pues, es claro que una verdadera solución de las dificultades prácticas creadas por el recurso de amparo exige enfrentarse específicamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, a menos que se esté dispuesto a aplicar una cura que restrinja las posibilidades de tutela de otros derechos fundamentales que en nada han contribuido al deterioro de la situación.

A este respecto, el primer dato a tomar en consideración debería ser, probablemente, la amplitud misma de la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24 CE y, por ende, su conocimiento por parte de los operadores jurídicos, incluido el propio Tribunal Constitucional. No debe malinterpretarse la anterior afirmación: las grandes líneas de la construcción que el Tribunal ha hecho del derecho a la tutela judicial efectiva son bien conocidas; pero es tal la plétora de detalles y matices de la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24 CE que uno está tentado de preguntarse si habrá alguien que la tenga toda ella en la cabeza. Y no hay que olvidar, como saben perfectamente los juristas de *common law*, que el funcionamiento y la utilidad prácticos de un cuerpo jurisprudencial se juega precisamente en los detalles y matices.

La conclusión es clara: hay que hacer fácilmente cognoscible y manejable la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24 CE. Para ello, el enfoque dogmático tradicional es de escasa utilidad. No se necesita una monografía o un tratado, sino una obra de consulta, periódicamente puesta al día, donde estén sistematizadas todas las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la materia, incluidos los autos de inadmisión. Se trataría, en otras palabras, de hacer lo que en la cultura jurídica norteamericana se solía llamar un *restatement*, es decir,

(17) Véase E. ALONSO GARCÍA: «El artículo 24.1 de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales y acceso a los Tribunales», en *Estudios sobre la Constitución española (Hom. al Prof. Eduardo García de Enterría)*, vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 973 y sigs.

(18) En este sentido, meramente a título de ejemplo, pueden citarse la publicidad de las actuaciones judiciales (STC 30/1982), la motivación de las sentencias (STC 116/1986), la gratuidad de la justicia (STC 138/1988) o la reserva de ley del artículo 117.3 CE (STC 95/1988).

una exposición sistemática y exhaustiva del estado de la jurisprudencia en un dado sector (19). Aunque nada impide que esta tarea sea acometida de forma privada, una iniciativa de patrocinio y supervisión por parte del propio Tribunal Constitucional, que indudablemente dispone del personal más cualificado para este empeño, dotaría de mayor autoridad a la obra.

Que los Jueces y litigantes conocieran con precisión, en cada caso concreto, las exigencias del artículo 24 CE ayudaría a hacer disminuir el número de recursos de amparo, permitiéndoles dar fiel cumplimiento a lo ordenado por el artículo 5.1 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 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.”

Aunque es razonable cuestionarse si ello sería suficiente, es dudoso que pueda y deba hacerse mucho más (20). Queda aún, sin embargo, la propuesta de convertir el recurso de amparo, mediante una adecuada política jurisprudencial,

(19) Véase G. GILMORE: *Le grandi epoche del diritto americano* (trad. it.), Giuffrè, Milán, 1988, págs. 43 y sigs.

(20) En principio, nada impediría un desarrollo específico del artículo 24 CE mediante el instrumento de la ley orgánica, ya que el artículo 81 CE habla de «desarrollo de los derechos fundamentales», entre los que sin duda se halla el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero ello habría de superar un doble obstáculo. Por una parte, está la prohibición de leyes meramente interpretativas de la Constitución, que deriva de la STC 76/1983, dictada en el ‘caso LOAPA’. Véase P. CRUZ VILLALÓN: «¿Reserva de Constitución?»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, págs. 185 y sigs. Para evitar esta prohibición bastaría que esa eventual ‘ley orgánica de garantías procesales’ no mostrara intención alguna de imponer una determinada interpretación del artículo 24 CE, especialmente frente al Tribunal Constitucional, ciñéndose a codificar la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero ello, naturalmente, no podría impedir que los particulares —o los Jueces, a través de la cuestión de inconstitucionalidad— plantearan nuevos supuestos al Tribunal o, incluso, que le solicitaran una reconsideración de ciertos aspectos de su jurisprudencia. Por otra parte, como consecuencia de lo anterior, la efectividad de dicha ley orgánica estaría subordinada a su periódica revisión y puesta al día; lo que implicaría evidentes dificultades prácticas.

Una solución de tipo procesal tampoco parece prometedora. En concreto, se trataría de vincular la vía judicial de tutela de los derechos fundamentales, previa al recurso de amparo (art. 53.2 CE, arts. 43 y 44 LOTC), a la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 24 CE; y ello, en relación tanto con el procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 CE cuanto con la vía judicial ordinaria. Podría, así, hacerse depender la admisibilidad del recurso de amparo del hecho de que, en la vía previa, los Tribunales ordinarios hubieran desestimado la invocada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sobre la base de una consideración de la jurisprudencia constitucional al respecto. No obstante, un deber de todos los Juzgados y Tribunales de fallar de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existe ya, en virtud del anteriormente

en un mecanismo de protección de la faceta objetiva de los derechos fundamentales.

IV. LA INACABADA CONSTRUCCION TEORICA DEL RECURSO DE AMPARO

Como paso preliminar al examen de los argumentos teóricos a favor de una configuración en clave objetiva del recurso de amparo, es preciso hacer una constatación: los problemas prácticos del recurso de amparo derivan también de una insuficiente comprensión de cuál es su significado dentro del sistema español de justicia constitucional. Ni la jurisprudencia constitucional ni la doctrina parecen tener una visión de conjunto, tendencialmente coherente, del recurso de amparo. A este respecto, no deja de ser significativo que, a pesar de su importancia central para el funcionamiento de la justicia constitucional, el recurso de amparo no haya sido aún objeto en España de un estudio monográfico exhaustivo (21).

Sobre la base sustancialmente de las previsiones de los artículos 53.2 CE y 41.3 LOTC, es pacífico que el recurso de amparo se articula en torno a dos principios inspiradores: *a*) como sugiere el artículo 53.2 CE mediante el inciso «y, en su caso», el recurso de amparo es una vía procesal de tutela de los derechos fundamentales subsidiaria de la protección dispensada por los Tribunales ordinarios, a quienes corresponde primariamente esa misión, y *b*) el recurso de amparo está destinado únicamente a la protección de los derechos fundamenta-

transcrito artículo 5.1 LOPJ. Es más, el artículo 5.4 LOPJ prevé la posibilidad de recurso de casación en todos los casos en que se alegue una «infracción de precepto constitucional». Lo que sucede es que no resulta justificable limitar el acceso al recurso de amparo y, por tanto, a un mecanismo para restaurar el disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva simplemente porque los Tribunales ordinarios no hayan aplicado con rigor la jurisprudencia constitucional. El problema se revela, de nuevo, de adecuado conocimiento de ésta última.

(21) Las dos principales monografías son las de J. L. CASCAJO CASTRO y V. GIMENO SENDRA: *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, y de F. CORDÓN MORENO: *El proceso de amparo constitucional*, La Ley, Madrid, 1987. Ambas obras son estimables; pero, aparte del paso del tiempo, distan de ser exhaustivas. La primera es un estudio de tipo introductorio, mientras la segunda se concentra sobre todo en los aspectos puramente procesales. Digno de mención es, asimismo, el volumen de M. SÁNCHEZ MORÓN: *El recurso de amparo constitucional (Características actuales y crisis)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987; pero se trata de un estudio, relativamente breve, cuya finalidad principal parece haber sido preparar la mencionada reforma de la LOTC en 1988. Hay también contribuciones de dimensiones más reducidas, como la de M. ARAGÓN REYES: «Consideraciones sobre el recurso de amparo»: *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 1, 1988, págs. 22 y sigs.

les, por lo que queda vedado al Tribunal Constitucional conocer de cuestiones de legalidad ordinaria conexas, tal como se desprende del tenor literal del citado artículo 41.3 LOTC:

“En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.”

Ocurre, sin embargo, que dista de ser diáfano cómo hayan de concretarse en la práctica estos dos principios inspiradores. Ambos dan lugar a múltiples problemas interpretativos, que ponen de manifiesto la mencionada falta de una visión de conjunto o, si se prefiere, la inacabada construcción teórica del recurso de amparo. Algunos ejemplos pueden ser ilustrativos de las vacilaciones de la jurisprudencia constitucional.

En efecto, las dos principales áreas en que el recurso de amparo plantea graves dificultades interpretativas son el objeto de protección y el fallo de la sentencia estimatoria. Si bien ambas tienen algo que ver con el carácter subsidiario del recurso de amparo, las mayores dificultades surgen con respecto a la relación de éste con la legalidad ordinaria.

1. Por lo que se refiere al objeto de protección del recurso de amparo, está, ante todo, la cuestión de si todas las declaraciones recogidas entre los artículos 14 y 29 CE son susceptibles de hacerse valer por esta vía procesal; es decir, ¿son amparables las garantías institucionales por el mero hecho de hallarse consagradas en esa parte del texto constitucional? El caso más notorio es la autonomía universitaria proclamada en el artículo 27.10 CE. Aquí los problemas proceden de un errado punto de partida, desde el momento en que la STC 26/1987, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, configuró la autonomía universitaria como un derecho fundamental. Esta forzatura —piénsese que el titular del derecho en cuestión es una evanescente entidad: la ‘comunidad académica’— ha dado pie a varios recursos de amparo, interpuestos por ciertas Universidades con las más diversas pretensiones (22).

Una cuestión parcialmente similar viene dada por la carencia de un recurso específico, similar al previsto por el artículo 93.I.1 de la Ley Fundamental de Bonn, para la protección de las atribuciones de las fracciones y los miembros de los órganos constitucionales y, en particular, de las asambleas legislativas. Como es sabido, en España, el Tribunal Constitucional admite que el recurso de amparo se utilice para colmar esta laguna siempre que la atribución vulnerada forme par-

(22) SSTC 55/1989, 130/1991, 187/1991 y 215/1991. Véase, asimismo, F. B. LÓPEZ-JURADO: *La autonomía de las Universidades como derecho fundamental: la construcción del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

te del derecho fundamental al ejercicio de las funciones inherentes al cargo público, es decir, siempre que exista una relación directa con el artículo 23 CE (23). He aquí, de nuevo, una fuente de posible confusión con la legalidad ordinaria, dentro de la que cabe incluir a estos efectos los reglamentos parlamentarios.

Con todo, es más serio el problema de si existen derechos no expresamente previstos en los artículos 14 a 29 CE que, no obstante, resultan susceptibles de tutela a través del recurso de amparo. Ello se plantea en dos tipos de supuestos. Por un lado, en los casos de derechos fundamentales *per relationem*, es decir, cuando el Tribunal Constitucional estima que determinadas normas constitucionales recogidas fuera de la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o del Título I complementan alguno de los derechos en ésta reconocidos y merecen ser protegidas mediante recurso de amparo. El ejemplo típico, como ya se ha indicado, es una vez más el enriquecimiento del contenido del artículo 24 CE con normas y principios procedentes del Título VI de la Constitución; normas y principios con respecto a los cuales no siempre queda acreditada en la jurisprudencia constitucional la necesidad o conveniencia de salvaguardia por medio del recurso de amparo.

Por otro lado, está el supuesto de los llamados derechos fundamentales de configuración legal, esto es, derechos fundamentales cuyo concreto contenido no puede ser perfectamente determinado sin hacer referencia a la correspondiente legislación de desarrollo. El mejor ejemplo al respecto viene dado, probablemente, por los diversos derechos consagrados en el artículo 23 CE. En materia tanto de sufragio activo y pasivo cuanto de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, obvias exigencias de organización y procedimiento hacen que se trate de derechos fundamentales no susceptibles de ejercicio en ausencia de un adecuado desarrollo por parte del legislador. Pues bien, sucede que el Tribunal Constitucional ha otorgado a algunas de estas normas legales de desarrollo la cualidad de partes integrantes del derecho fundamental en cuestión, si bien al solo efecto de que su vulneración sea susceptible de ser invocada en el recurso de amparo (24). Aunque esta creación jurisprudencial de los derechos fundamentales de configuración legal está plenamente justificada —de lo contrario, por ejemplo, el artículo 23 CE quedaría en la práctica privado de la posibilidad de tutela por vía del recurso de amparo—, dos extremos no deben ser aquí pasados por alto: a) como demuestra la ya apuntada experiencia

(23) A este respecto, pueden consultarse, entre otras, las SSTC 118/1988, 161/1988, 23/1990, 205/1990 y 119/1991.

(24) Pueden verse, como ejemplos recientes, las SSTC 23/1990 y 205/1990. Sobre los problemas relacionados con el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, véase P. CRUZ VILLALÓN: «Derechos fundamentales y legislación», y J. JIMÉNEZ CAMPO: «El legislador de los derechos fundamentales», ambos ahora en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1993, págs. 405 y sigs. y 425 y sigs., respectivamente.

de la jurisprudencia constitucional en materia electoral, queda automáticamente difuminada la línea divisoria entre cuestiones relativas a los derechos fundamentales y cuestiones de legalidad ordinaria, de modo que cuanto más amplíe el Tribunal la esfera de los derechos fundamentales de configuración legal más ensanchará el ámbito del recurso de amparo y, sobre todo, más posibilidades creará de intrusión en el terreno de la justicia ordinaria, y *b*) los derechos fundamentales de configuración legal no son tales frente al legislador, que es libre de modificar el referido desarrollo legal siempre que respete los límites fijados por el artículo 53.1 CE. No son, así, idénticas las normas de referencia en los procesos de inconstitucionalidad y en el recurso de amparo.

2. Por lo que se refiere, en cambio, al fallo de la sentencia estimatoria del recurso de amparo, los interrogantes suscitados por el carácter subsidiario y la no injerencia en cuestiones de legalidad ordinaria son aun más complejos (25). ¿En qué puede consistir el otorgamiento del amparo? ¿Cuándo debe el Tribunal Constitucional devolver la causa al órgano judicial *a quo* y cuándo debe, por el contrario, dictar una resolución definitiva sobre el fondo? A decir verdad, la jurisprudencia constitucional no es convincente sobre la primera cuestión y parece carecer de criterio con respecto a la segunda.

Comenzando por el fallo que otorga el amparo, el artículo 55.1 LOTC permite al Tribunal Constitucional conceder remedios de índole declarativa y anulatoria, así como proceder al «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación». En la práctica, el fallo de la inmensa mayoría de las sentencias de amparo estimatorias consiste en la anulación de actos lesivos de derechos fundamentales y sólo en algunos casos se limita al reconocimiento de la titularidad o de la legitimidad del ejercicio de aquéllos. El problema surge cuando estos dos tipos de remedios son insuficientes para satisfacer la verificada violación de un derecho fundamental, es decir, cuando el único posible remedio es la indemnización. Tal es paradigmáticamente el caso, no infrecuente, de la constatación de dilaciones indebidas en la administración de la justicia cuando el proceso ya ha terminado. Es sabido que una jurisprudencia constitucional constante niega que, como parte del amparo, el Tribunal Constitucional pueda conceder indemnizaciones; y ello, en sustancia, sobre la base de tres argumentos: *a*) específicamente con respecto a los supuestos de dilaciones indebidas, la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, prevista en el artículo 121 CE, ha de hacerse valer

(25) De esta cuestión se ocupó X. PIBERNAT DOMENECH: «Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, 1990, págs. 143 y sigs.

necesariamente a través del procedimiento establecido en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ; b) la indemnización en vía de amparo es contraria al artículo 58 LOTC, y c) el artículo 55.1 LOTC no prevé la indemnización como un posible contenido del amparo (26).

Estos argumentos no son sólidos. Ante todo, la idea de que el artículo 293 LOPJ exige que la solicitud de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sea dirigida al Ministerio de Justicia y sea tramitada según las normas comunes del procedimiento administrativo es de dudosa aplicabilidad al Tribunal Constitucional, especialmente cuando ese funcionamiento anormal ha vulnerado un derecho fundamental susceptible de amparo, ya que el Tribunal Constitucional está sujeto únicamente a la Constitución y a su propia Ley Orgánica (art. 1 LOTC). Esta objeción, además, no sería válida cuando el daño no tiene su origen último en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, es decir, cuando se trata de violaciones de derechos fundamentales distintos de la tutela judicial efectiva. En segundo lugar, es cierto que el artículo 58 LOTC atribuye a los Tribunales ordinarios la competencia para «resolver sobre las peticiones de indemnización de los daños causados como consecuencia de la concesión o denegación de la suspensión» del acto impugnado en el recurso de amparo; pero una interpretación extensiva del mismo, en virtud de la cual quedara absolutamente vedado al Tribunal Constitucional la concesión de cualesquiera indemnizaciones, requiere de un razonamiento analógico que nunca ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional. Por último, el argumento de que el artículo 55.1 LOTC no prevé un remedio resarcitorio es, en el mejor de los casos, equívoco, porque la expresión «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho» parece dotar al Tribunal Constitucional de plena jurisdicción en materia de protección de derechos fundamentales —el tenor literal del artículo 55.1.c) LOTC no es muy distinto del que usa, a fin de dar cobertura a la tutela indemnizatoria, el artículo 42 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— y, sobre todo, porque la indemnización es la única manera efectiva conocida por el ordenamiento de aproximarse al restablecimiento de un derecho en su integridad cuando los demás remedios no son viables. No es en absoluto claro, por consiguiente, que el artículo 55.1 LOTC no permita al Tribunal Constitucional el otorgamiento de indemnizaciones o, al menos, declarar la existencia de una lesión como base firme y vinculante para una ulterior acción indemnizatoria por las vías ordinarias.

Por otra parte, en cuanto a la cuestión de los efectos sobre el litigio de fondo de una sentencia de amparo estimatoria, el Tribunal Constitucional suele adop-

(26) Así se pronuncian, entre otras, las SSTC 37/1982, 36/1984, 5/1985, 83/1989 y 85/1990.

tar una de estas tres alternativas: a) anular el acto impugnado y devolver la causa al órgano judicial *a quo*, para que éste resuelva de nuevo de conformidad con lo dispuesto, en materia de derechos fundamentales, por la sentencia de amparo; b) anular el acto impugnado y resolver definitivamente sobre el fondo del asunto, y c) limitarse a anular el acto impugnado. La motivación del contenido del fallo suele ser sumaria y la práctica del Tribunal dista de ser uniforme, de modo que la jurisprudencia constitucional ofrece escasas indicaciones en este punto (27). Las dificultades parecen derivar del hecho de que, como consecuencia de la prohibición de conocer de cuestiones de legalidad ordinaria impuesta por el artículo 41.3 LOTC, el Tribunal Constitucional duda si debe asumir en el recurso de amparo una función meramente revisora o casacional. Esta última —y, por tanto, el deber de devolver la causa al Tribunal *a quo*— sólo debería existir cuando, junto a la invocada violación de un derecho fundamental, hay pretensiones conexas de legalidad ordinaria. Téngase presente, por lo demás, que éste suele ser el caso cuando de vulneraciones de los artículos 24 y 25 CE se trata, ya que los derechos fundamentales de índole procesal son instrumentales para la defensa de derechos e intereses sustantivos. No obstante, esta confusión pone de manifiesto, una vez más, hasta qué punto no es nítida la separación entre derechos fundamentales y legalidad ordinaria, ni es fácil de interpretar el carácter subsidiario del recurso de amparo.

(27) Un ejemplo extremo de todo ello puede encontrarse en la STC 82/1990, que se inserta dentro de la conocida doctrina jurisprudencial sobre la igualdad en la aplicación judicial de la ley. El recurrente había impugnado una sentencia desfavorable del hoy desaparecido Tribunal Central de Trabajo que se separaba, sin ofrecer justificación alguna, de otra dictada en un caso similar por el mismo órgano judicial unos días antes. Pues bien, el Tribunal Constitucional, una vez comprobada esta ilegítima disparidad de trato, reconoce el derecho del recurrente a no ser discriminado y anula la sentencia impugnada sin devolver la causa al Tribunal *a quo*, dotando así de firmeza a la resolución del Juez laboral de primera instancia, que coincidía con la otra sentencia del Tribunal Central de Trabajo usada como término de comparación. La STC 82/1990 motiva su peculiar fallo —con implícitas, aunque obvias, razones de economía procesal— en que el Tribunal Central de Trabajo retomó luego el criterio usado en la primera sentencia, de suerte que la impugnada hubiera quedado como «una resolución insólita respecto a una línea jurisprudencial opuesta».

Ya en fase de corrección de pruebas, en febrero de 1994, ha estallado una áspera controversia, porque la Sala Primera del Tribunal Supremo estima que la STC 7/1994 —que anula una sentencia dictada en casación y confirma, sin devolución de autos, la sentencia recurrida de la correspondiente Audiencia— invade la esfera jurisdiccional del Poder Judicial. Ello confirma, una vez más, hasta qué punto es urgente aclarar cuál deba ser, en cada tipo de supuestos, el contenido del fallo de las sentencias que otorgan el amparo; lo cual, si bien no evitaría todas las polémicas entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial, sí daría, al menos, una mayor certidumbre y racionalidad a las relaciones entre ambos.

V. LAS AMBIGÜEDADES DEL PROPUESTO REFORZAMIENTO EN CLAVE OBJETIVA DEL RECURSO DE AMPARO

Llegados a este punto, resulta ya posible examinar la propuesta, hecha por Cruz Villalón y otros, de transformar el recurso de amparo en un mecanismo destinado preferentemente a la tutela de la faceta objetiva de los derechos fundamentales. Pues bien, a este respecto, es preciso poner de relieve que en la argumentación que sirve de base a dicha propuesta cabe detectar, al menos, cuatro puntos ambiguos:

1. Por lo que hace a las razones que impulsaron al constituyente a introducir el recurso de amparo, es escasamente discutible la explicación histórica de Cruz Villalón. Es claro, en particular, que el recurso de amparo es un medio para evitar que la efectividad del modelo concentrado de justicia constitucional dependa del espíritu de colaboración de los Jueces ordinarios, como sucede allí donde aquél se basa únicamente sobre la cuestión de inconstitucionalidad. Italia es, entre los ordenamientos que siguen el modelo concentrado de justicia constitucional, el mejor ejemplo de esto último. Sería posible discutir si, bien a través del recurso individual (*Verfassungsbeschwerde*, recurso de amparo, etc.), bien a través de la cuestión de inconstitucionalidad, al final los Tribunales Constitucionales europeos tienden a conocer y decidir sobre problemas de derechos fundamentales muy similares. Es probable que, al menos a grandes rasgos, la respuesta haya de ser afirmativa; lo que proporcionaría un argumento a favor de la propuesta de reforzamiento en clave objetiva del recurso de amparo.

Ahora bien, más allá de la similitud de los grandes problemas en sede de derechos fundamentales y de la indudable circulación de ciertas soluciones —no hay que olvidar, a este respecto, la labor unificadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, la legitimidad y la efectividad de la justicia constitucional, como las de cualquier otra actividad jurisdiccional, se juega también en una articulación procesal satisfactoria. Toda jurisdicción cumple una función pacificadora y es crucial, por tanto, que sus destinatarios la perciban como justa; y, para ello, es indispensable que tengan la oportunidad de ser oídos.

La regulación de la cuestión de inconstitucionalidad en España, a diferencia de la italiana, no permite a las partes del proceso *a quo* comparecer ante el Tribunal Constitucional. Este proceso constitucional queda, así, absolutamente mediatizado por los Jueces ordinarios; lo que contribuiría a explicar el escaso número de cuestiones de inconstitucionalidad que se plantean en España. Es comprensible que, en la medida en que pueden escoger, los particulares prefieran el recurso de amparo (28).

(28) En D. P. KOMMERS: *The Constitutional Jurisprudence...*, pág. 32, se pone de relieve cómo un fenómeno similar ocurre en Alemania: en el año 1987, se presentaron ante el Tribunal

A lo anterior, hay que añadir que la jurisprudencia constitucional ha negado la admisibilidad del recurso de amparo contra la negativa de los Tribunales ordinarios a plantear la cuestión de inconstitucionalidad (29). El juicio de relevancia previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE) corresponde exclusivamente a los Tribunales ordinarios, sin que parezca haber fiscalización alguna de sus decisiones en este ámbito (30). Se ha abusado, así, de la gran ventaja de la cuestión de inconstitucionalidad —esto es, el filtro judicial, que evita que lleguen al Tribunal Constitucional asuntos irrelevantes— y se ha cerrado la puerta a una vía parcialmente alternativa al recurso de amparo. Quienes defienden la primacía de la protección de la faceta objetiva de los derechos fundamentales deberían reconsiderar críticamente la actual configuración legal y jurisprudencial de la cuestión de inconstitucionalidad.

2. En cuanto a la afirmación de que el recurso de amparo no es un «elemento típico» del modelo concentrado de justicia constitucional, de la ponencia de Cruz Villalón no resulta con nitidez si esta aseveración ha de entenderse en sentido descriptivo o en sentido prescriptivo; pero, en ambos supuestos, es difícil de compartir.

Si se entiende en sentido descriptivo, es claro que la mayor parte de los ordenamientos actuales con un sistema de justicia constitucional de tipo concentrado poseen un instituto similar al recurso de amparo. Sólo Italia y Portugal —el caso francés de control previo de constitucionalidad, por razones obvias, no

Constitucional Federal 3.358 recursos individuales, que representan más del 90 por 100 de los casos llegados a aquél, y sólo 74 cuestiones de inconstitucionalidad. El citado autor pone en relación la popularidad de la *Verfassungsbeschwerde* con la escasez de cuestiones de inconstitucionalidad; escasez que, a su parecer, deriva de la mentalidad judicial dominante, marcada por el legalismo, el conservadurismo y los celos competenciales.

En honor a la verdad, hay que dejar constancia de que, mediante Ley de 11 de agosto de 1993, se han endurecido en clave objetiva —esto es, en razón del interés general para el desarrollo de la jurisprudencia constitucional— las condiciones de admisibilidad de la *Verfassungsbeschwerde* ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, otorgando a éste un más amplio margen de discrecionalidad al respecto.

(29) Como muestras recientes, cabe citar las SSTC 21/1991 y 22/1991.

(30) Una posible vía de control de las decisiones judiciales de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad podría venir dada, quizá, por el ya citado artículo 5.4 LOPJ, que abre el recurso de casación a todo supuesto de «infracción de precepto constitucional». Sin entrar aquí en las dudas interpretativas que esta disposición suscita desde el punto de vista del monopolio del Tribunal Constitucional en materia de invalidación de las leyes, se podría detectar en el artículo 5.4 LOPJ una finalidad similar a la del artículo 177 Tratado CEE, es decir, que los órganos judiciales contra cuyas decisiones no cabe recurso tienen el deber de formular la cuestión.

Por otra parte, la STC 98/1991 ha aclarado en parte el significado del artículo 5.4 LOPJ: la infracción de precepto constitucional como fundamento del recurso de casación no significa necesariamente que se haya creado un cauce de casación específico, sino que es posible interponer el mencionado recurso por los motivos casacionales ordinarios. Lo decisivo, en otras palabras, es que en presencia de una vulneración de la Constitución no puede inadmitirse el recurso de casación.

puede entrar en esta comparación— carecen de él. Si la tipicidad ha de apreciarse en términos empíricos, ¿cuál es, entonces, la regla y cuál la excepción? Aún en sentido descriptivo, podría entenderse que la noción de elemento típico hace referencia al núcleo histórico del modelo o, incluso, sólo al diseño teórico kelseniano (31). Pero, si ello fuera así, la tipicidad consistiría exclusivamente en la facultad, centralizada en un único órgano, de enjuiciar la validez constitucional de las leyes; es decir, desde un punto de vista histórico y comparado, la variedad de vías de acceso a los diferentes Tribunales Constitucionales haría dudar de si los concretos tipos de procesos de control de constitucionalidad de las leyes, en especial la cuestión de inconstitucionalidad, son un elemento típico del modelo concentrado de justicia constitucional.

Si la afirmación, por el contrario, se entiende en sentido prescriptivo, se corre el riesgo de incurrir en la falacia naturalista; riesgo particularmente presente cuando, para valorar el propio ordenamiento, se usan argumentos de índole comparada. Aun admitiendo que el recurso de amparo no sea un elemento típico del modelo concentrado de justicia constitucional, de ello no se seguiría que no sea un elemento básico del sistema español de justicia constitucional. No ser un elemento típico del modelo concentrado de justicia constitucional, en otras palabras, en ningún caso justificaría una restricción del recurso de amparo.

3. Pasando al argumento de que hay demasiado amparo frente al Juez y demasiado poco frente al legislador, el propio Cruz Villalón advierte contra una fácil malinterpretación de sus palabras: todo recurso de amparo, salvo el dirigido contra actos sin fuerza de ley de las asambleas legislativas (art. 42 LOTC), se interpone contra una resolución judicial. Cuando la invocada violación de un derecho fundamental es imputable a la Administración, porque es preciso agotar las vías judiciales procedentes (art. 43 y Disp. trans. 2.^a LOTC); cuando tiene su origen directo en un acto judicial (art. 44 LOTC), porque no podría ser de otra manera. Asimismo, es probable que detrás del mencionado argumento se oculte la consciencia de que, en bastantes casos, la causa última de la interposición del recurso de amparo no radica en una defectuosa aplicación de la legalidad por parte de la Administración o de los Tribunales, sino en la legalidad misma, que es coyuntural, fragmentaria, incoherente y confusa. A pesar de todo ello, decir que hay demasiado amparo frente al Juez y demasiado poco frente al legislador no deja de ser equívoco, por dos motivos.

Por un lado, la insistencia de Cruz Villalón en que existe una laguna en materia de recurso de amparo contra leyes y actos con fuerza de ley es excesi-

(31) A la vista del monumental estudio de P. CRUZ VILLALÓN: *(La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad [1918-1939])*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987), es legítimo pensar que tal vez era ésta la idea de la tipicidad que el autor tenía en mente.

va (32). Cabe, desde luego, el recurso de amparo contra los actos de ejecución de las leyes, siempre que violen alguno de los derechos fundamentales comprendidos entre los artículos 14 y 29 CE; y ello, por más que el deber de la Sala que conoce del recurso de amparo de elevar *a posteriori* la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Pleno (art. 55.2 LOTC) carezca de sentido y fuera preferible el planteamiento *a priori* de la cuestión (33). En puridad, la laguna sólo existe con respecto a las leyes autoaplicativas, contra las que el ordenamiento español no otorga cauce jurisdiccional alguno (34). Ocurre, sin embargo, que el único supuesto genuino de leyes autoaplicativas son las leyes singulares o de caso único, es decir, el supuesto en que el legislador se subroga en el papel de la Administración decidiendo inmediatamente sobre las situaciones jurídicas subjetivas de los particulares; y, a decir verdad, salvo el polémico ‘asunto Rumasa’, la experiencia constitucional española desde 1978 no ha deparado más casos de esta naturaleza. No puede decirse que el legislador español tenga inclinación a invadir la función administrativa. Así las cosas, la laguna no es particularmente grave y el problema de las leyes autoaplicativas debería discutirse, más bien, en sede de validez constitucional sustantiva (35).

(32) P. CRUZ VILLALÓN: «El recurso...», págs. 120-122.

(33) Véase I. BORRAJO INIESTA: «Amparo frente a leyes»: *Revista de Administración Pública*, núm. 98, 1982, págs. 167 y sigs. Conviene indicar, por otro lado, que el Tribunal Constitucional no siempre es respetuoso del deber que le impone el artículo 55.2 LOTC. Así, por ejemplo, la STC 32/1990, tras otorgar el amparo a cierta central sindical, dictó el siguiente fallo: «reconocer el derecho de la recurrente a no ser discriminada en su derecho de libertad sindical en la composición de la Comisión Nacional de Elecciones Sindicales, y en concreto, a no ser excluida de la misma por el mero hecho de no reunir los mínimos de representatividad previstos en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical»; y después se limita a anular el correspondiente acto administrativo y las sentencias que lo confirman, sin elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad. Esto es una irregularidad patente y, además, da alas a las extralimitaciones de los Tribunales ordinarios que inaplican leyes so pretexto de inconstitucionalidad.

(34) Es muy ilustrativa, en este orden de consideraciones, la secuencia procesal del ‘asunto Rumasa’ y en particular las actuaciones judiciales que condujeron a la STC 166/1986, la cual resolvió la cuestión de inconstitucionalidad contra la ley expropiatoria: la cuestión de inconstitucionalidad fue planteada dentro de un proceso interdictal iniciado por el expropiado, con respecto al cual, como es obvio, la validez constitucional de la ley expropiatoria era determinante; pero lo interesante aquí es que el Juez *a quo* admitiera la demanda, forzando todas las normas legales que prohíben los interdictos contra el Estado excepto en los supuestos de vía de hecho (arts. 38 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo). Dado que es absurdo sostener que cuando el Estado actúa legislativamente hay una vía de hecho, no cabe por menos de concluir que la admisión de la acción interdictal no fue sino un expediente empleado por el órgano judicial para subsanar la falta de vías de protección frente a las leyes autoaplicativas y hacer llegar el caso al Tribunal Constitucional.

(35) No obstante, es preciso señalar que, como sostuvo convincentemente J. R. PARADA VÁZQUEZ: «Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas»: *Revista de Administración Pública*

Conviene repetir que no hay más leyes autoaplicativas que las leyes singulares o de caso único, para estar precavidos contra un falso problema: no son leyes autoaplicativas ni causan, en consecuencia, indefensión las leyes prohibitivas y, en concreto, las leyes que definen conductas ilícitas. La verificación de que se ha cometido un hecho ilícito y la imposición de la correspondiente sanción exigen siempre de un acto, administrativo o judicial, de aplicación de la ley. Cosa distinta es que haya quien estime que la prohibición misma viola algún derecho fundamental y, para ponerse a reparo de posibles sanciones, prefiera una declaración de inconstitucionalidad inmediata. Pero aquí la cuestión no es la falta de mecanismos procesales para la salvaguardia de los derechos fundamentales, sino la pretensión de los particulares de impugnar en abstracto una ley en vez de ejercer sus derechos a su propio riesgo y ventura (36). Si está

ca, núms. 100-102, vol. II, 1983, págs. 1139 y sigs., el gran argumento contra la constitucionalidad de las leyes de caso único no es el principio de igualdad —las circunstancias pueden justificar un trato diferenciado—, sino precisamente la falta de cauce de protección jurisdiccional y, por consiguiente, la indefensión en que dejan a sus destinatarios. Así, el problema de constitucionalidad sustantiva se resolvería en un problema de vías de impugnación. Así lo demuestra, por lo demás, el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia *Ruiz Mateos c. España*, de 23 de Junio de 1993, haya apreciado una violación del derecho a ser oído (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), ya que la configuración de la cuestión de inconstitucionalidad en España no permitió a las partes del proceso *a quo* comparecer ante el Tribunal Constitucional. Véase *supra*, nota 34. Problema diferente es hasta qué punto la doctrina sentada en esta resolución sería aplicable a las cuestiones de inconstitucionalidad que no versan sobre leyes autoaplicativas. Con todo, existe, tal vez, otra razón por la que las leyes de caso único han de reputarse inconstitucionales, a saber, el hecho de que obvian las garantías procedimentales, previas a cualquier decisión de naturaleza administrativa, impuestas por el artículo 105 CE.

(36) Ello no equivale a desconocer la necesidad, en determinadas circunstancias, de medidas cautelares en materia de ejercicio de derechos fundamentales. Un caso ilustrativo, si bien no versa sobre leyes autoaplicativas, se halla en la STC 123/1990. Estima ésta el recurso de amparo interpuesto por ciertos trabajadores que habían sido sancionados por incumplimiento, en el curso de una huelga, del decreto de servicios mínimos; decreto que, posteriormente, fue invalidado por excesivo. Surge aquí, como se desprende de un voto particular del Magistrado Rubio Llorente, la difícil cuestión de la relación entre la obligatoriedad y ejecutividad de los actos administrativos y el ejercicio de los derechos fundamentales. La argumentación del Magistrado disidente no es del todo convincente: decir que el derecho de huelga es un derecho de ejercicio colectivo y que, en consecuencia, los excesos en su limitación no justifican el incumplimiento individual de lo ordenado por la autoridad gubernativa implica perder de vista que la autotutela administrativa —por cierto, no constitucionalizada— desplaza el juicio sobre la legitimidad del ejercicio de los derechos fundamentales a un momento ulterior y, en esa medida, condiciona dicho ejercicio. En tanto en cuanto el ordenamiento español aún no posee un sistema de adecuadas técnicas de tutela inhibitoria y cautelar de los derechos fundamentales, aceptar ese desequilibrio en favor de la Administración parece inadecuado. Es por ello paradójicamente más garantista el razonamiento latente en el cuerpo de la STC 123/1990, en el sentido de que quien infringe una orden administrativa lo hace a su riesgo y ventura, es decir, a expensas de lo que después decidan los Tribunales sobre la

convencido de la superioridad de su derecho fundamental, un ciudadano libre y responsable debe ejercerlo a pesar de la ley; si no está convencido, debe acatar la decisión del legislador democrático. La solución contraria no sólo entraría en colisión con el requisito de que el recurso de amparo, al igual que la cuestión de inconstitucionalidad, derive de un litigio real, sino que minaría la presunción de actuación conforme a la Constitución de que goza el legislador. No otra es la buena razón que subyace a la limitación a ciertos órganos constitucionales de la legitimación para interponer el recurso directo de inconstitucionalidad [artículo 162.1.a) CE].

Por otro lado, cuando se aboga por más amparo frente al legislador, es inexcusable tomar en consideración una circunstancia de extrema importancia: aunque ambos son manifestaciones de la justicia constitucional —es decir, de hacer cumplir jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución—, la estructura del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes es diferente de la estructura del juicio sobre la conculcación de derechos fundamentales; y no cabe olvidar que la finalidad institucional del recurso de amparo no es tanto hacer realidad aquél, sino éste último. Es preciso tener presente, en particular, que, para determinar si se ha violado o no un derecho fundamental, no basta enjuiciar la conformidad de la ley con la Constitución. Hay que considerar el entero proceso de creación-aplicación del Derecho en el caso concreto, pues lo verdaderamente relevante para el ejercicio de los derechos fundamentales es el modo en que se llega a la concreta decisión última que incide sobre ellos; y esto comprende tanto el desarrollo normativo de los correspondientes preceptos constitucionales, cuanto las operaciones administrativas y judiciales de aplicación del Derecho. Como muestra la experiencia de los llamados derechos fundamentales de configuración legal, anteriormente mencionada, las normas de referencia respectivas del recurso de amparo y de los procesos de inconstitucionalidad no son enteramente coincidentes: en el recurso de amparo, el Tribunal Constitucional no puede por menos de ser, en cierta medida, un Juez que aplica leyes.

El propio Tribunal Constitucional es consciente de esta diversidad del recurso de amparo con respecto a los procesos de inconstitucionalidad, como lo prueba su asentada doctrina jurisprudencial de que no es admisible el recurso de amparo contra el exceso de amparo otorgado por los Tribunales ordinarios (37).

validez del acto administrativo. El único medio de evitar esta incertidumbre es, como queda dicho, un adecuado sistema de medidas cautelares.

Ello también sería predicable del supuesto de leyes autoaplicativas, aunque con una precisión: a diferencia de lo que ocurre con los actos de la Administración, sí está constitucionalizada la presunción de validez y la ejecutividad de la ley. Eventualmente, pues, los requisitos para otorgar medidas cautelares contra una disposición con fuerza de ley habrían de ser más exigentes.

(37) Fundamental a este respecto es la STC 86/1985.

Esta desigualdad de armas de los particulares sobre los poderes públicos sólo se explica, en efecto, por la distinta finalidad institucional del recurso de amparo: éste no existe para preservar la pureza y correcta aplicación del sistema normativo, sino para proteger los derechos fundamentales de los particulares; y, si éstos obtienen más de lo que por sus derechos fundamentales debería corresponderles, no es misión del recurso de amparo restablecer el equilibrio perdido. Al igual que ocurre con la configuración legal y jurisprudencial de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes patrocinan un reforzamiento en clave objetiva del recurso de amparo también deberían reconsiderar críticamente la jurisprudencia constitucional sobre el exceso de amparo.

4. En fin, la ambigüedad más importante: ¿en qué consiste la dimensión objetiva del recurso de amparo? Aquí, el equívoco procede de la confusión de los planos sustantivo y procesal. Desde un punto de vista sustantivo, la idea, tan cara a los alemanes, de que los derechos fundamentales poseen una dimensión objetiva o institucional es, ante todo, un hecho: en una sociedad liberal-democrática, los derechos fundamentales no son sólo facultades de libertad y participación dejadas en manos de los ciudadanos, sino también un sistema de valores inspirador de la convivencia. Cuestión distinta y más problemática es cuál deba ser la construcción jurídico-constitucional de la faceta objetiva de los derechos fundamentales: ¿hasta qué punto debe llegar la definición de los valores o bienes jurídicos encarnados en la declaración constitucional de derechos, abstracción hecha de las concretas situaciones subjetivas en que se hallan los particulares?; ¿debe quedar la faceta subjetiva —esto es, las pretensiones de ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los particulares— supeditada a la faceta objetiva? Aunque no es éste el lugar adecuado para examinar el tema, conviene señalar que la jurisprudencia constitucional, aun reconociendo repetidamente que los derechos fundamentales constituyen también un 'orden jurídico objetivo', no parece haber hecho excesivo uso *more germanico* de esta idea, que es objeto, en cambio, de un vivaz debate doctrinal (38).

Ahora bien, cualquiera que sea el mérito sustantivo de la idea de faceta objetiva de los derechos fundamentales, es el plano procesal el que resulta relevante en sede de recurso de amparo. Aquí, el interrogante es más bien si, como pro-

(38) Este problema, por lo demás, no es ajeno al vivo debate doctrinal sobre la identidad o la diferencia entre derechos fundamentales y garantías institucionales en el Derecho español. Véase J. M. BAÑO LEÓN: «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 155 y sigs.; P. CRUZ VILLALÓN: «Forma y evolución de los derechos fundamentales»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, págs. 35 y sigs.; A. JIMÉNEZ BLANCO: «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución española...*, vol. II, págs. 635 y sigs.

ponen Cruz Villalón y Pérez Tremps, el recurso de amparo debe ser puesto prioritariamente al servicio de una definición de los valores encarnados en la Sección 1.^a del Capítulo 2.^o del Título I de la Constitución, más que a disposición de quienes piden justicia en materia de derechos fundamentales. La propuesta dista de ser clara, por dos motivos.

Por una parte, no se dice cómo habría de lograrse esta reconducción del recurso de amparo hacia una tutela de la faceta objetiva de los derechos fundamentales. ¿Hay que entender que el Tribunal Constitucional debería seguir una política jurisprudencial restrictiva que le condujera a admitir tan sólo aquellos recursos de amparo que, a su juicio, suscitaran cuestiones importantes para la definición del mencionado orden de valores? Los obstáculos con que ello tropezaría habida cuenta de la actual configuración del recurso de amparo en la LOTC son de secundaria importancia, ya que siempre cabría persuadir al legislador para que llevase a cabo la oportuna reforma. Se trataría de dotar al Tribunal Constitucional de un instrumento similar al *certiorari*, de que dispone el Tribunal Supremo norteamericano. Pero es aquí donde surge el verdadero problema: el *certiorari*, en virtud del cual el Tribunal Supremo norteamericano escoge los casos de que va a conocer según su importancia innovadora para el desarrollo del Derecho, puede funcionar únicamente sobre la base de la regla del precedente; es decir, exige que en los supuestos no novedosos los Tribunales inferiores se ajusten escrupulosamente a los precedentes por aquél sentados con anterioridad. El Tribunal Supremo norteamericano puede concentrarse en una tarea de vanguardia, en la que sin duda pesan consideraciones sobre la trascendencia objetiva o institucional de determinados casos, porque los demás órganos judiciales conocen y aplican su jurisprudencia.

No es ésta la situación en España; y ello, no tanto porque no exista la regla del *stare decisis* —la jurisprudencia constitucional es absolutamente vinculante para los Tribunales ordinarios, según el ya citado artículo 5.1 LOPJ— cuanto porque, como demuestra palmariamente la experiencia del derecho a la tutela judicial efectiva, la jurisprudencia constitucional no es bien conocida y aplicada. Como consecuencia, el mecanismo de cierre del sistema, que permite que la elaboración jurisprudencial de la faceta objetiva de los derechos fundamentales sea al final respetada, es paradójicamente el recurso de amparo. En los sistemas de justicia constitucional de tipo concentrado carentes de recurso de amparo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional queda a la merced de la ciencia y la buena voluntad de los Tribunales ordinarios; pero, en España, la jurisprudencia constitucional ha obviado esta deficiencia, al sentar que el respeto del sistema de fuentes establecido por parte del Juez forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y es, por tanto, susceptible de ser tutelado mediante el recurso de amparo. Y, como parte integrante del sistema de fuentes establecido, el Tribunal

Constitucional ha incluido sus propias sentencias interpretativas de la constitucionalidad de las leyes, por lo que procede otorgar el amparo por violación del artículo 24 CE cuando se apartan de ellas los Tribunales ordinarios (39).

Por otra parte, en íntima conexión con lo que se acaba de decir, a la propuesta de Cruz Villalón también le falta claridad en la medida en que no explica por qué un fortalecimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales ha de realizarse a través de una selección de los casos por parte del Tribunal Constitucional. En otros términos, no explica por qué una vigorosa construcción del orden objetivo de los valores que subyace a los derechos fundamentales debería ser el producto consciente y deliberado de una iniciativa positiva del Tribunal Constitucional, en vez de emerger espontáneamente de una jurisprudencia constitucional cuidadosa y coherente que se va elaborando al hilo de los recursos de amparo que, para salvaguardar sus propios intereses, interponen los ciudadanos. La analogía de esta disyuntiva con la de la organización económica es evidente: más que de las decisiones de una pretendidamente omnisciente autoridad central, el orden puede surgir mejor de una multitud de iniciativas individuales acerca de los propios intereses. Es aquí, en definitiva, donde las teorías, sustantivas y procesales, de la dimensión objetiva o institucional de los derechos fundamentales empiezan a despertar sospechas, porque no pueden disimular cierta inclinación estatista y antiindividualista o, si se prefiere, cierta vocación hacia el despotismo ilustrado (40). Por más que quie-

(39) Sobre la inclusión del respeto hacia el sistema de fuentes establecido en el derecho a la tutela judicial efectiva, el pronunciamiento básico es la STC 33/1988. Que cuando el Juez se aparta de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional se produce una violación del artículo 24 CE está dicho en las SSTC 11/1989 y 106/1989.

(40) La mejor prueba de los excesos e imprevisibles resultados a que puede conducir un recurso de amparo volcado sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales viene dada por la STC 67/1991. Que de ello era consciente el Tribunal lo muestra el hecho de que el recurso de amparo fue avocado por el Pleno. Brevemente expuestos, los hechos son como sigue: el Juez de Vigilancia Penitenciaria competente autoriza el tratamiento médico forzoso de ciertas reclusas en huelga de hambre reivindicativa y éstas recurren en amparo por presunta violación del artículo 15 CE ante el Tribunal Constitucional, el cual —sobre la base de su inequívoca doctrina en la materia, recogida en las SSTC 120/1990 y 137/1990— inadmite el recurso por Auto de 13 de noviembre de 1990. Trasladadas de prisión y dependientes, por tanto, de un diferente Juzgado de Vigilancia, las reclusas solicitan de nuevo no ser objeto de tratamiento forzoso que se interfiera en su huelga de hambre; y esta vez obtienen resolución favorable, que es confirmada, tras la apelación del Ministerio Fiscal, por la correspondiente Audiencia Provincial. Es contra estas dos decisiones contra las que el Ministerio Fiscal interpone recurso de amparo, por violación del derecho a la tutela judicial efectiva ínsita en la modificación que, a su juicio, los actos impugnados operan sobre resoluciones judiciales firmes. El Tribunal otorga el amparo. Pues bien, sin entrar en la cuestión de la firmeza de las resoluciones originarias —que es menos clara de lo que la STC 67/1991 hace ver—, no se alcanza a comprender qué legitimación ostenta el Ministerio Fiscal en este recurso de

nes las sostienen estén animados por un noble espíritu liberal, dichas teorías incentivan el riesgo de confundir el orden objetivo de valores instaurado por la declaración constitucional de derechos con el orden imperante de valores sociales. Los derechos fundamentales existen para que los ejerzan los ciudadanos, sobre todo cuando son disidentes y marginados, a quienes la sociedad misma no protege suficientemente; y no corresponde al Tribunal Constitucional decir cómo hay que ejercer los derechos fundamentales, sino tutelarlos y, eventualmente, fijar sus límites.

VI. ¿POR QUE EL RECURSO DE AMPARO ES UN ELEMENTO BASICO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL?

Si resulta lícita una observación moderadamente cínica, a veces se tiene la impresión de que quien ha de trabajar sobre la jurisprudencia constitucional española no puede evitar la envidia hacia sus colegas italianos, por no hablar de los franceses, que tienen que vérselas con un número de sentencias notablemente menor. Es más fácil ser un constitucionalista, teórico o práctico, en un país sin recurso de amparo. Pero, por desgracia, no debe ser ésta la principal consideración a la hora de evaluar las virtudes del recurso de amparo y de determinar su significado constitucional dentro del ordenamiento español. A la vista de cuanto se lleva dicho hasta aquí, cabe afirmar que el recurso de amparo resul-

amparo, ni quién es el titular del derecho violado. No cabe duda de que el artículo 46 LOTC confiere al Ministerio Fiscal la facultad de interponer autónomamente el recurso de amparo, sustituyendo a la persona afectada; pero parece que violación concreta de un derecho y, por tanto, persona afectada debe siempre haber. De lo contrario, se convertiría al Ministerio Fiscal en una especie de paladín objetivo de la legalidad constitucional en materia de valores incorporados a los derechos fundamentales; lo que no casa bien con la finalidad del recurso de amparo, fijada en los artículos 53.2 y 161.1 CE. La única solución es, así, pensar que el Ministerio Fiscal actuaba en defensa del derecho fundamental del Estado, en su condición de Administración penitenciaria, a la tutela judicial efectiva; y esto ni es fácil de sostener —de ser así, para evitar confusiones y abusos sobre la legitimación activa privilegiada, no debería haber interpuesto el recurso de amparo el Ministerio Fiscal, sino la Abogacía del Estado— ni, por supuesto, lo dice la STC 67/1991. Tal vez, habría sido menos problemático enfocar este caso desde el punto de vista de la obligación derivada del artículo 24 CE de respetar el sistema de fuentes establecido (STC 23/1988), del que, por mandato del artículo 5.1 LOPJ, forma parte la jurisprudencia constitucional, diáfana en este caso; y ello, aunque tampoco de este modo quedaría del todo claro por qué el Estado debe ser protegido por vía de amparo. No deja de ser irónico que, con respecto a los mismos hechos, este cauce privilegiado de tutela de los derechos fundamentales haya sido cerrado a los particulares y abierto, con éxito, al poder público.

ta ser un elemento, si no típico en una perspectiva comparada, sí básico dentro del sistema español de justicia constitucional. Cuatro órdenes de razones abonan esta aseveración.

Ante todo, el recurso de amparo, al igual que sus equivalentes en otros ordenamientos, es el mecanismo que en el modelo concentrado de justicia constitucional permite que el carácter normativo de la Constitución se traduzca en la existencia de genuinos derechos subjetivos accionables por los particulares sin necesidad de intermediación alguna. Ello no es necesario en el modelo difuso de justicia constitucional, ya que, a efectos de su justiciabilidad, la Constitución no presenta diferencias con respecto a los demás tipos de normas. Es invocable, como fuente de derechos subjetivos, en cualquier proceso y puede y debe ser aplicada por todos los Tribunales. La supremacía constitucional, de este modo, consiste en la mera superioridad jerárquica y la consiguiente prioridad aplicativa de la Constitución. En el modelo concentrado de justicia constitucional puro o típico, en cambio, la Constitución sólo es justiciable en cuanto canon de validez de las normas con fuerza de ley, para lo que existen cauces procesales específicos (recurso de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad). La supremacía constitucional no se manifiesta como prioridad aplicativa de la Constitución en cualesquiera procesos, sino como límite frente al legislador que ciertos órganos del Estado pueden hacer valer ante el Tribunal Constitucional. De aquí, que los derechos fundamentales, entendidos como derechos proclamados en el texto constitucional, vean disminuida o neutralizada su condición de derechos subjetivos, para transformarse en valores objetivos que circunscriben las posibles opciones legislativas. Incluso admitiendo que, en la lógica de dicho modelo puro o típico, quepa hacer derivar ciertos derechos directamente de la Constitución, su justiciabilidad última —excepto en los raros supuestos en que un derecho fundamental no se haya visto afectado por desarrollo legislativo alguno (41)— no depende de la sola voluntad de sus titulares, sino de una iniciativa judicial. Esta es precisamente la insuficiencia que viene a subsanar el recurso de amparo: respetando el criterio de procesos específicos para la justiciabilidad de la Constitución propio del modelo concentrado de justicia constitucional, otorga un *agere licere* autónomo a los ciudadanos para impetrar la tutela de los derechos que la propia Constitución les ha reconocido.

En segundo lugar, el recurso de amparo es el instrumento que permite al Tribunal Constitucional ejercer un control efectivo sobre el modo en que los Tribunales ordinarios aplican el sistema de fuentes establecido y, en particular,

(41) Un buen ejemplo de ello sería el derecho de huelga, recogido en el artículo 40 de la Constitución italiana, que por la oposición de los sindicatos no ha sido jamás objeto de desarrollo legislativo. Véase V. CRISAFULLI y L. PALADIN: *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padua, 1990, págs. 279 y sigs.

imponer la observancia de la jurisprudencia constitucional como única vía posible para lograr una interpretación uniforme de la Constitución. Ya se ha visto cómo, en el modelo concentrado de justicia constitucional puro o típico, la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional queda, en gran medida, a merced de los Tribunales ordinarios. No cabe descartar, por ello, episodios de rebelión judicial frente al Tribunal Constitucional. Habida cuenta de la anteriormente mencionada jurisprudencia constitucional sobre la aplicación del sistema de fuentes establecido —que incluye las sentencias interpretativas del propio Tribunal Constitucional— como parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, hay que concluir que es la existencia del recurso de amparo la que aborta cualquier tentación de rebelión judicial frente al Tribunal Constitucional.

En tercer lugar, el recurso de amparo es el cauce a través del cual el Tribunal Constitucional puede convertirse en el centro de unificación, en clave de fiscalización de la interpretación conforme a la Constitución, del entero proceso de creación-aplicación del Derecho. A diferencia de los ordenamientos de *common law*, los ordenamientos de *civil law* se caracterizan por poseer una Administración de Justicia dividida en órdenes jurisdiccionales diferenciados, de donde surgen a menudo líneas jurisprudenciales dispares sobre cuestiones fundamentales (42). Si a ello se añade la creciente complejidad del sistema normativo, se corre el riesgo de perder el mínimo de unidad y coherencia necesario para que cualquier ordenamiento jurídico funcione satisfactoriamente. Por ello, es sin duda correcta la caracterización de la Constitución como nuevo Derecho común; caracterización que, en la cultura jurídica decimonónica, correspondía a los códigos y, en especial, al Código Civil (43). Pues bien, si la instancia unificadora ya no son los códigos sino la Constitución, su cauce procesal ya no es el recurso de casación sino el recurso de amparo. Por medio de éste, pueden llegar al Tribunal Constitucional, en la práctica, todo género de casos con relevancia constitucional.

Por último, la razón más importante por la que el recurso de amparo es un elemento básico del sistema español de justicia constitucional tal vez radique en que el modelo concentrado de justicia constitucional puro o típico ha dejado de ser consistente con las características estructurales de los ordenamientos contemporáneos. En efecto, el esquema austríaco-kelseniano, en virtud del cual el

(42) Según M. CAPPELLETTI: *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Clarendon Press, Oxford, 1989, págs. 142 y sigs., precisamente la existencia de órdenes jurisdiccionales diferenciados y la consiguiente ausencia de un único órgano judicial supremo es una de las causas históricas del nacimiento del modelo concentrado de justicia constitucional.

(43) Véase R. FERNÁNDEZ CARVAJAL: «Notas sobre el Derecho constitucional como nuevo 'Derecho común'»: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, 1989, págs. 37 y sigs.

control de la constitucionalidad se ejerce exclusivamente sobre las normas con fuerza de ley, era consistente con un tipo de ordenamiento en que la ley ocupaba una posición central e incontestada; máxime cuando las normas legales eran relativamente escasas, estables y bien sistematizadas. El modelo concentrado de justicia constitucional puro o típico, en otros términos, representaba probablemente el modo más adecuado de dotar de supremacía normativa a la Constitución en la Europa surgida de la codificación. Pero, en una época de descodificación y, más aun, de deslegalización de los ordenamientos jurídicos, así como de creciente relevancia práctica de la creación judicial de Derecho, simplemente no es realista intentar proteger la supremacía normativa de la Constitución tan sólo a través del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley.

Baste un dato a este respecto. A veces, se oye decir que en Italia la cuestión de inconstitucionalidad hace frente, en la práctica, a los mismos problemas que el recurso de amparo en España; pero se omite siempre cualquier reflexión sobre el papel real que desempeña el legislador en cada uno de ambos ordenamientos. En 1992, las disposiciones estatales con rango de ley aprobadas en Italia fueron 431, mientras las de naturaleza reglamentaria fueron 147; durante el mismo año, en España, las instituciones centrales del Estado aprobaron 50 disposiciones con fuerza de ley y 400 decretos (44). Aun tomando en consideración que el grado de descentralización política en España es netamente superior al de Italia, no se explicaría la diferencia, pues la *ratio* entre leyes y reglamentos estatales tiende a reproducirse en las Comunidades Autónomas (45). Ello

(44) En Italia, la distribución según tipos normativos fue en 1992 la siguiente: 179 leyes, 139 decretos-leyes, 113 decretos legislativos, 51 decretos del Presidente de la República (reglamentos aprobados por el Gobierno), 6 decretos del Presidente del Consejo de Ministros, 90 decretos ministeriales. Ello arroja, tomando como total de la actividad normativa estatal, la cifra de 578 disposiciones, una *ratio* del 74,57 por 100 de disposiciones con fuerza de ley frente a un 25,57 por 100 de disposiciones reglamentarias. Debe tenerse presente que, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 400/1988, reguladora de la actividad normativa del Gobierno, es un requisito de validez para las disposiciones normativas gubernamentales su intitulación como *regolamento*. En consecuencia, aquellos decretos en que tal denominación no figura han de ser considerados simples actos administrativos.

En España, la distribución según tipos normativos fue en 1992 la siguiente: 10 leyes orgánicas, 35 leyes, 4 decretos-leyes, 1 decreto legislativo, 400 decretos. Ello arroja, tomando como total de la actividad normativa estatal la cifra de 450 disposiciones —lo que puede ser algo exagerado, ya que el tipo 'decreto' cubre tanto disposiciones reglamentarias cuanto actos administrativos singulares, si bien quedaría compensado por la no inclusión de reglamentos de rango inferior—, una *ratio* del 11,1 por 100 de disposiciones con fuerza de ley frente a un 88,9 por 100 de disposiciones reglamentarias.

(45) Tomando como ejemplo la actividad normativa, en 1992, de dos Comunidades Autónomas de vía rápida, los datos son como sigue: en Andalucía se aprobaron 4 leyes y 77 decretos,

pone de manifiesto algo que era sabido: indiferente a algunas rigurosas construcciones jurisprudenciales y dogmáticas, el ámbito real y efectivo de la reserva de ley en España es más bien restringido y la actividad normativa llevada a cabo por las Administraciones públicas de ningún modo responde a los criterios del constitucionalismo clásico (46). Como es obvio, la actividad creadora de los Jueces es mucho más difícil de cuantificar.

Si la observación que se acaba de hacer es correcta, la conclusión es clara: hoy día, la batalla por la supremacía constitucional se juega también en sede reglamentaria y judicial. El principio de constitucionalidad ya no se agota en el control de la *interpositio legislatoris*. Frente al clásico Derecho constitucional de la ley, se alza en la actualidad el reto de un Derecho constitucional de los derechos fundamentales; y frente a la tradicional lucha por la observancia objetiva de la Constitución y la pureza del sistema normativo, se presenta el desafío de dotar a los ciudadanos de remedios efectivos contra las violaciones de sus derechos fundamentales. El recurso de amparo es el proceso constitucional adecuado a esta nueva tarea (47).

En cierta ocasión, Oliver Wendell Holmes dijo que la Constitución de los Estados Unidos, tal como había sido hasta entonces entendida, podría sobrevivir sin la facultad del Tribunal Supremo de declarar la invalidez de leyes federales, mas no sin la de declarar la invalidez de leyes y disposiciones de los Estados (48). Análogamente, yo creo que la Constitución española, tal como ha sido aplicada hasta ahora, sería reconocible sin el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad; pero no sería la misma sin el recurso de amparo.

lo que arroja una *ratio* del 4,94 por 100 de disposiciones con fuerza de ley y 95,06 por 100 de reglamentos; y en Cataluña se aprobaron 3 leyes, 1 decreto legislativo y 173 decretos, lo que da una *ratio* del 2,26 por 100 de disposiciones con fuerza de ley y 97,74 por 100 de reglamentos. Es evidente, pues, que más del 90 por 100 de las normas, estatales y autonómicas, que gobiernan a los ciudadanos que residen en Andalucía o Cataluña son de naturaleza reglamentaria.

(46) En este orden de ideas, es sumamente esclarecedor el estudio de J. M. BAÑO LEÓN: *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Civitas, Madrid, 1991.

(47) Es ésta la razón por la que quien esto escribe no puede estar de acuerdo con F. RUBIO LLORENTE: «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa»: *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, 1992, págs. 9 y sigs., cuya última tesis versa precisamente acerca del recurso de amparo. Si bien es mucho más matizado que los demás autores que se han interesado por los problemas del recurso de amparo, también él cree que hay demasiado amparo contra el Juez y que la jurisdicción constitucional debería servir, ante todo, para fiscalizar al legislador.

(48) Véase F. H. EASTERBROOK: «The Influence of Judicial Review on Constitutional Theory», en B. MARSHALL (ed.): *A Workable Government? (The Constitution After 200 Years)*, Norton & Co., New York/London, 1987, pág. 180.

