

EL RECURSO DE AMPARO Y LA REFORMA PEYORATIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES: EL DENOMINADO «CONTRA-AMPARO»

FRANCISCO CAAMAÑO DOMINGUEZ

*«I stand amid the roar,
Of a surf-tormented shore, ...»*

(E. A. Poe)

A César Bobis, *in memoriam*.

SUMARIO: I. EL «CONTRA-AMPARO»: ALGUNAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES: 1. *El «contra-amparo» no es falta de legitimación, pero se relaciona con ella.* 2. *El «contra-amparo» no es carencia de objeto del proceso, pero advierte sobre la naturaleza inversa de la pretensión:* a) *El «contra-amparo» como elección entre las alternativas opuestas que se proyectan en el juicio de igualdad.* b) *La naturaleza sinalagmática del derecho a la tutela judicial.* 3. *El «contra-amparo» no es colisión de derechos fundamentales, aunque lo aparenta.* 4. *El «contra-amparo» como «falta de jurisdicción o competencia».* 5. *El Tribunal Constitucional no es, en el proceso de amparo, el intérprete último de las interpretaciones de los derechos fundamentales.*—II. EL «CONTRA-AMPARO» ORDINARIO: JANO, LOS DERECHOS Y LOS JUECES.

Fútil sería reproducir aquí una muy conocida proposición del *Tratado lógico-filosófico* de Wittgenstein; por eso, trasmutándola y haciéndola mía, lo mejor es callarse.

Sin embargo, la seguridad que muestra la filosofía neoempírica sobre la inexistencia de hechos no representables a través del lenguaje —toda proposición es la representación de un hecho, de modo que un concepto sin palabra es un «no concepto»— tiene particulares proyecciones en el ámbito del lenguaje normativo, en el que suele asumirse como concepto cierto y funcionalmente operativo significados construidos sobre representaciones lógicas que incurrir en palmaria contradicción, esto es, auténticos imposibles conceptuales erigidos sobre núcleos de significados antagónicos. El ejemplo «soberanía popular» es del todo expresivo como quebranto de la lógica del lenguaje (1).

(1) En efecto, sostener, en el ámbito normativo, que en una sociedad políticamente organizada hay alguien que ostenta el poder constituyente originario —como lo es el pueblo para el

En el caso del «contra-amparo», tengo todavía la duda acerca de si es un concepto en gestación, un significado en busca de palabra, o una palabra en la procura de un cierto estatuto científico (un pre-concepto).

El objeto de estas páginas no es otro que el de intentar desvelar esa aporía, mediante un acercamiento a lo que es, o pueda ser, esa cifrada expresión, cuyo origen —si no me equivoco— debe situarse en la práctica interna de nuestro Tribunal Constitucional al tener que decidir, tanto en el trámite de admisión como en el de sentencia, sobre el «contenido» [art. 50.1.c) LOTC] y la oportunidad de estimación de las quejas de amparo ante él interpuestas.

Cierto es, en lo que me consta, que en ninguno de sus pronunciamientos aparece explícitamente la expresión que *era* básicamente un término de trabajo, un *topoi* simplificador, a modo de contrapunto conceptual, cuyo entendimiento, lejos de ser unívoco, se asemejaba más al de una palabra-comodín con la que llamar la atención sobre la existencia de efectos inversos en la pretensión perseguida por el demandante de amparo.

La anterior utilización en pasado del verbo ser se justifica por el hecho de que el «contra-amparo» ha abandonado esa indefinición coloquial para trasladarse al terreno del debate científico. Su primera aparición —casi de incógnito para los constitucionalistas, por razones de contexto— se debe, sin embargo, a Enrique Alonso García, en su comentario a la STC 52/1987, publicado en la *Revista Española de Derecho del Trabajo* (núm. 29, 1987, págs. 129-140), y cuya versión última puede encontrarse en la obra colectiva *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social* (1987) (2), por la que cito. Para este autor:

constitucionalismo democrático— supone desconocer la lógica del lenguaje jurídico. Como ha demostrado G. CARRIÓ (*Sobre los límites del lenguaje normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973) atribuir una competencia ilimitada y absoluta a un poder constituyente originario es inconcebible, puesto que el concepto de competencia funciona con un trasfondo de incompetencia. La idea, pues, de un poder o de una competencia originaria sin reglas de la que derive es algo así —añade este autor— como un hijo sin padre, puesto que competencia o poder son términos que implican la existencia de normas que confieren facultades, y el adjetivo «originario» está precisamente destinado a negar la existencia de tales normas (págs. 48 y sigs.). Pero, además, aun admitiendo que el poder originario sea extranormativo seguiría existiendo una norma previa al poder originario por la que se operaría la conversión de lo meramente fáctico en poder jurídico, a no ser que se quisiese incurrir en la falacia ya denunciada por Hume de derivar una prescripción de premisas puramente descriptivas. El concepto «poder constituyente originario» es, así, autocontradictorio para la lógica del lenguaje normativo. A partir de esta misma reflexión de Carrió véase el interesantísimo análisis de C. SANTIAGO NINO: *La validez del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, págs. 41-67.

(2) MANUEL ALONSO OLEA (edit.), Civitas, Madrid, 1988.

«(...) no existe legitimación suficiente para pretender lo que podría denominarse el “contra-amparo”, es decir, no existe acción judicial (entendida como derecho público subjetivo) a que el TC declare que una resolución judicial ha hecho una interpretación de algún derecho fundamental que va claramente más allá de lo que la propia Constitución impone.

Ello deja en manos de los Tribunales ordinarios una enorme potestad de “elevación de los mínimos” de protección de los derechos fundamentales, elevación de los mínimos que, aunque choque con otros principios constitucionales, no es revisable por el TC.

Naturalmente, existe una excepción: cuando la protección que se otorga al derecho fundamental de una de las partes llega a ser hasta tal modo extensiva de la interpretación correcta del derecho constitucional que, de hecho, se infringe a su vez un derecho fundamental, distinto y contrapuesto al anterior, de otras (típico contrapeso, por ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho al honor o a la intimidad, o entre el derecho a la defensa en juicio y el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas..., etc.)» (3).

Más recientemente, el «contra-amparo» vuelve a reaparecer en un imprescindible trabajo del profesor y magistrado Pedro Cruz Villalón, publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* bajo el título «Sobre el amparo» (4). En este estudio aflora, como cara oculta del amparo, nuestro concepto, que el autor define en los siguientes términos:

«... acaso el elemento más característico de la jurisdicción de amparo en lo que tiene de jurisdicción, es decir, de aplicación del derecho a supuestos singulares, y más concretamente de “jurisdicción de apelación”, sea su incapacidad para operar como “jurisdicción de casación” en materia de “derecho de los derechos fundamentales”, es decir, de operar como recurso “en interés de ley”, en este caso, de Constitución. Ciertamente que puede serlo, pero sólo parcialmente, sólo en la medida en que otorgue o deniegue el amparo denegado por la jurisdicción ordinaria. La correcta aplicación del derecho de los derechos fundamentales sólo puede reclamarla quien entienda que no se ha reconocido el derecho subjetivo reconocido en la norma (“amparo”), no quien entienda que se ha reconocido el derecho que no que se contiene en la norma («contra-amparo») (5).

Posteriormente, se añade que:

(3) *Op. supra cit.*, págs. 105-106. Véase también en la misma obra su comentario a la STC 136/1987, págs. 283-291, en el que nuevamente se aborda el tema del «contra-amparo».

(4) *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto, 1994, págs. 9-23.

(5) *Ibidem*, pág. 14.

«La vertiente objetiva del recurso de amparo (...) siempre será unilateral y limitada, en la medida en que sólo puede ser unidireccional, sólo puede ir dirigida a otorgar o denegar los amparos denegados en las resoluciones judiciales precedentes. Nunca podrá ir dirigida a *denegar* los amparos otorgados “por exceso”. Esa es su limitación, y esa es su verdadera “gloria”. No hay más “contra-amparo” posible que en aquellos supuestos en los que, simultáneamente (como particularmente puede ocurrir con los derechos de los artículos 18.1, 20 y 24 CE), se procure el amparo de otro derecho fundamental, sin que sea suficiente la tutela de otro derecho subjetivo que, por respetable que sea, no tenga el carácter de derecho fundamental» (6).

El «contra-amparo» sale, en esta última ocasión, al encuentro del debate doctrinal como nuevo argumento jurídico a considerar en la controversia dogmática existente en torno a la dimensión objetiva o subjetiva de nuestro recurso de amparo constitucional (7). Aspecto este que, como se sabe, incide de manera frontal sobre la mayor o menor discrecionalidad del Tribunal Constitucional en la admisión a trámite de las demandas de amparo. El «contra-amparo» vendría a justificar la imposibilidad de un recurso de amparo predominantemente objetivo, ya que, por su naturaleza, sólo podría conducir a una «objetividad unidireccional» y, por tanto, necesariamente condicionada.

I. EL «CONTRA-AMPARO»: ALGUNAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES

Definido en esos términos el «contra-amparo» y dotado de un contenido concreto, no es tarea fácil exponer lo que pragmáticamente con él se significa, a lo que se añade el riesgo —en ciertas dosis siempre inevitable— de convertir los textos definidores —aquí deliberadamente fragmentados— en un pretexto para su comentario. Grave forma, probablemente, de hacer decir a su autores lo que estos nunca quisieron.

Permítaseme, por ello, abandonar transitoriamente las anteriores definiciones para buscarla por mis propios medios, con apoyo, fundamentalmente, en alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional y mediante una técnica indirecta de análisis basada en averiguar lo que el «contra-amparo» no es,

(6) *Ibidem*, pág. 15.

(7) De hecho, el citado estudio de Pedro Cruz Villalón tiene mucho de respuesta —como en el mismo se reconoce— al sugerente trabajo de L. M.^a Díez-PICAZO: «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», publicado en el número inmediatamente anterior de la *REDC*, págs. 9-37.

como paso previo para acercarme a su conocimiento. La razón de tan lábil método debe ser explicada: el «contra-amparo» se *afirma* como concepto *negando* el concepto («amparo») del que trae causa. Ello se debe a que el «contra-amparo» es una expresión de naturaleza descriptiva, por eso, a la pregunta ¿qué es?, se acostumbra a responder que el «contra-amparo» *es siendo*, mediante el socorrido relato, puramente narrativo, de un ejemplo. Aprender su significado dotándolo de una dimensión prescriptiva, como la han hecho los autores antes citados, es, por ello, un mérito en sí mismo que como tal ha de ser ahora subrayado, con independencia del acierto o del grado de operatividad jurídica que pueda atribuirse en un futuro a su definición.

1. *El «contra-amparo» no es falta de legitimación, pero se relaciona con ella*

La STC 67/1991 ha sido invocada como claro ejemplo de «contra-amparo» (8). Desde la óptica de la doctrina constitucional que a ella subyace no difiere sustancialmente de la STC 120/1990, cuyos contenidos confirma. Y, sin embargo, uno y otro caso son, en su tránsito procesal, completamente distintos.

En la STC 120/1990 unos reclusos en huelga de hambre solicitaron del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria competente que se les retirase la alimentación asistida que recibían en contra de su voluntad. Los órganos judiciales, en sus diversas instancias, desestimaron su pretensión, interponiéndose un recurso de amparo por considerar los actores que se vulneraban sus derechos a la libertad personal e ideológica (arts. 17 y 16 CE, respectivamente), así como a su integridad física y moral *ex* artículo 15 CE porque, a su juicio, la alimentación forzosa a la que se encontraban sometidos implicaba un trato degradante. Este era, sumamente expuesto, el objeto del recurso y el contenido de la pretensión.

Por su parte, en la STC 67/1991 se planteó el mismo problema ante el Tribunal Constitucional, aunque formulado de modo inverso. En esta ocasión, ante la solicitud de unas reclusas en huelga de hambre, los órganos judiciales accedieron a su petición, ordenando que se retirase la alimentación forzosa por medios externos. El Ministerio Fiscal, invocando el derecho a la vida del artículo 15 CE y la doctrina de la STC 120/1990, promovió un recurso de amparo

(8) Más concretamente, por el profesor Pedro Cruz Villalón, en su citado trabajo, pág. 15: «Si algo hay en esa sentencia es una preocupación exacerbada por un derecho fundamental, el derecho a la vida, enfrentado, sin duda, a otros derechos fundamentales, en forma, si se quiere, de “contra-amparo”...»

constitucional interesando la nulidad de las resoluciones judiciales por ser contrarias al contenido constitucionalmente declarado del mismo.

No es difícil constatar que, en su sustancia constitucional, la cuestión formulada era similar, por no decir idéntica a la anterior. Ahora bien, los términos en que se planteaba ante el Tribunal Constitucional eran completamente distintos, pues, sólo con una amplia dosis de imaginación, y con absoluto olvido del substrato subjetivo del amparo, era posible entender que se había conculcado el «derecho a la vida del Ministerio Fiscal». Acaso por ello, el Tribunal Constitucional, acogándose a la facultad que le otorga el artículo 84 LOTC, interesó del Ministerio Público que elevase un nuevo escrito de alegaciones sobre la eventual lesión del artículo 24.1 CE, en un intento por hacer viable y canalizar procesalmente su pretensión. De hecho, la demanda de amparo sería finalmente estimada, declarándose que las resoluciones recurridas eran contrarias a la tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

En lo que ahora interesa, tenemos, pues, que los órganos jurisdiccionales ampararon «por exceso» los derechos a la libertad personal e ideológica y el propio derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la CE; exceso de protección que conduciría, a su vez, a una lesión de *su* derecho a la vida en los términos de la STC 120/1990. Aplicando la definición de Pedro Cruz: mediante el recurso de amparo no pueden impugnarse los actos de los poderes públicos que ampararon «por exceso» los derechos fundamentales, a no ser que, como consecuencia de ese exceso, se vulnera otro derecho fundamental.

Este parece ser el caso. Pero, para llegar a ese resultado, el intérprete tiene necesariamente que desconocer la bilateralidad que caracteriza a todo proceso judicial, y articular la pretensión del recurrente como si se tratase de un monólogo interior; esto es, construir el amparo solicitado como un «contra-amparo», estableciendo una dialéctica circular entre la pretensión y su propia «contra-pretensión». En efecto, el verdadero debate constitucional de fondo (aunque, como queda dicho, el amparo se estimó por vulneración del artículo 24.1 CE) se suscitaba entre el derecho a la libertad personal e ideológica de las reclusas y su propio derecho a la vida, cuando ellas, sin embargo, estaban conformes con la resolución obtenida de los órganos judiciales, que estimaban plenamente acorde con sus pretensiones. Era el Ministerio Fiscal quien, aduciendo el derecho a la vida (¿de las reclusas?), pretendía la declaración de nulidad de unas resoluciones judiciales que ellas consideraban, no obstante, que les eran favorables.

Creo, como más adelante intentaré demostrar, que la STC 67/1991 no es propiamente un «contra-amparo», y que a la definición de Enrique Alonso y Pedro Cruz le falta una última apostilla. Según la misma, no hay más «contra-amparo» posible que en aquellos supuestos en los que el «exceso de protección»

genere, simultáneamente, la lesión de otro derecho fundamental. En mi opinión, ese «otro derecho fundamental» tiene que ser el de la contraparte en el proceso. De lo contrario, admitir que a través de este proceso constitucional es factible enfrentar los derechos fundamentales de una de las partes en el proceso (libertad personal e ideológica) con el otro «su» derecho fundamental a la vida, aunque invocado por la otra parte (Ministerio Fiscal), supone tanto como hacer del amparo un recurso al servicio de la protección objetiva de los derechos fundamentales, un recurso en interés de doctrina o, si se prefiere, un recurso sin partes, tal como originariamente bautizaron los clásicos al contencioso-administrativo.

Quiero con ello significar, que la construcción del amparo realizada en la STC 67/1991 como «contra-amparo», oculta lo que creo que es, en este caso, el verdadero corazón del problema: la legitimación del Ministerio Fiscal para invocar en amparo la lesión de un derecho fundamental ajeno —el de la contraparte— en contra de sus propios derechos fundamentales, aunque éstos fueran protegidos «por exceso». La indisponibilidad de los derechos fundamentales y su dimensión objetiva como principios que «prefiguran» toda la Constitución, no pueden conducir a una legitimación universal del Ministerio Público en la defensa de tales derechos. Una cosa es el «amparo» como recurso y otra (completamente distinta), el «amparo» de los derechos. Este último corresponde al legislador, a los miembros del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional (y no sólo a través del recurso de amparo, sino también de la cuestión o del recurso de inconstitucionalidad).

Los derechos fundamentales cuya existencia no depende, obviamente, del cauce extraordinario del recurso de amparo constitucional —aunque, como luego se podrá constatar, todavía hoy resulta obligado insistir en la evidencia—, como cualquier otro derecho, experimentan indudables condicionamientos cuando, parcelando sus magnitudes, los circunscribimos al exclusivo contexto de su traslación procesal porque, entonces, la máxima es: donde no hay acción, no hay derecho (*ubi remedi ibi ius*).

En esta limitada dimensión, los derechos se presentan, ante todo, como instrumentos reaccionales al servicio de la defensa jurídica de situaciones subjetivas y, por ello mismo, me parece que sus muchos condicionamientos procesales (objetivos y temporales —y no olvidemos que el plazo para recurrir en amparo es de caducidad—) sólo son constitucionalmente tolerables en la medida en que se reconozca al titular del derecho la libertad para poder disponer del proceso, sin que pueda oponerse a ello la irrenunciabilidad de los derechos, porque lo único a que se renuncia es a la acción (9).

(9) Por ese motivo en el proceso de amparo —a diferencia de lo que acontece en otros recursos jurisdiccionales— el recurrente es, en mi opinión «dueño del proceso» y, por tanto, el

Esta conexión entre «contra-amparo» y legitimación del Ministerio Fiscal en el proceso se constata con mayor claridad en la STC 148/1994, dictada por el Pleno del Tribunal. En esta ocasión, el Ministerio Público interpuso un recurso de amparo contra una sentencia penal en la que el órgano jurisdiccional, apreciando la existencia de dilaciones indebidas en el proceso *a quo*, acordó condenar al encausado y, a la vez, la inejecución de su pronunciamiento como modo de reparar la lesión del derecho fundamental vulnerado por la prolongación excesiva de la causa.

La doctrina constitucional en la materia era clara y conocida: la existencia de dilaciones indebidas no puede afectar a la realidad de la comisión del delito ni a las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal, por lo que no cabe derivar del retraso en la tramitación de la causa la consecuencia de la inejecución de una sentencia condenatoria (SSTC 381/1993 y 35/1994). Era evidente, pues, que el órgano judicial había amparado por exceso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Y, precisamente, frente a ese exceso reaccionaba el Ministerio Fiscal mediante la interposición de su demanda de amparo, argumentando que la inejecución de la condena penal no era un remedio legalmente previsto, ni constitucionalmente lícito, lo que vulneraba su derecho a la ejecución de lo juzgado *ex artículo 24.1 CE*.

Nuevamente convergen, al menos, en apariencia, los presupuestos del contra-amparo: un derecho protegido por exceso (el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas *ex art. 24.2*) frente otro derecho fundamental pretendidamente vulnerado por ese exceso de protección: el derecho a una tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE. La colisión sería resuelta por el Tribunal Constitucional desestimando la demanda de amparo, aunque sin plantearse expresa-

desestimamiento ha de ser siempre libre. Sólo hay acción de amparo en la medida en que el recurrente denuncia y sostiene la existencia de la lesión de sus derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional, pretendiendo la reparación de la misma. Si, por el contrario, encuentra una satisfacción extraprocésal de la vulneración padecida o, por cualquier otra razón, decide abandonar su acción judicial, la naturaleza del proceso constitucional de amparo —destinado, como veremos, al reconocimiento y a la reparación del derecho vulnerado, y no a determinar la correcta interpretación de los derechos fundamentales— impide que, de oficio, pueda el Tribunal ordenar su continuación, con el único y posible fin de elaborar «doctrina constitucional». En este particular ámbito de la defensa procesal de los derechos fundamentales, creo que sigue siendo válida, *mutatis mutandi*, la clásica máxima formulada por Carl Schmitt en defensa de la teoría liberal de los derechos fundamentales: «Lo que sea libertad es algo que, en último término, sólo puede ser determinado por quien haya de ser libre.» En todo caso, la plena libertad para desistir de la acción de amparo ha sido matizada, en ocasiones, por el Tribunal Constitucional (STC 2/1995; AATC 993/1987 y 33/1993) e, incluso, se ha defendido la conveniencia de rechazar en ciertos asuntos el desestimamiento solicitado. En este sentido, véase el voto particular formulado por el magistrado Rafael de Mendizábal Allende a la STC 2/1995.

mente el Pleno la posible falta de legitimación del Ministerio Fiscal que sólo sería tratada indirectamente en el voto particular suscrito por el magistrado Fernando García-Mon.

A su juicio, el Ministerio Público estaba legitimado a tenor del artículo 46.1.a) LOTC, sin embargo, la demanda no debía de haber prosperado porque el Ministerio Fiscal no era, ni podía ser, en cuanto tal, titular del derecho a la ejecución de lo juzgado, que correspondería, únicamente, a la víctima o a sus herederos quienes sí podrían reaccionar en amparo frente a la Sentencia que acordaba la inejecución de la pena.

Tal razonamiento que acaso pudiese formularse de otro modo (10), afirmando que la legitimación *ad procesum* no conduce necesariamente y *per se* a una legitimación *ad casum*, como lo tiene hecho el propio Tribunal Constitucional (STC 25/1989, AATC 100/1989 y 273/1990), no me resulta, sin embargo, del todo convincente. El Ministerio Fiscal como acusación pública había sido parte en el proceso *a quo* y como tal tenía materialmente derecho ex artículo 24.1 CE a obtener una resolución motivada y no arbitraria y, en principio, también —como cualquier otro ciudadano— a que la misma fuese ejecutada. Y, sin embargo, he de confesarlo, comparto la inquietud que late en el citado voto particular, y que creo que se manifiesta en el siguiente fragmento:

«El Ministerio Fiscal utiliza el recurso de amparo constitucional, remedio establecido para la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a su vulneración por los poderes públicos (arts. 53.2 CE y 41 LOTC) por entender que las Sentencias impugnadas no han respetado la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de lo juzgado. Se desnaturaliza así la finalidad del recurso de amparo cuya estimación hubiera conducido a la privación de libertad de unos ciudadanos por la única

(10) Admitir la legitimación del Ministerio Fiscal pero negarle la titularidad del derecho vulnerado desestimando por tal motivo la demanda, obliga a preguntarnos en qué supuestos puede el Ministerio Público interponer una demanda de amparo que pueda efectivamente prosperar por encontrarse en el caso previsto en el artículo 41.2 LOTC. De mantenerse esa tesis parece que únicamente podría recurrir en amparo cuando su vulnerasen sus derechos fundamentales ex artículo 24 CE, pues, en todos los demás supuestos, estaría defendiendo derechos fundamentales ajenos. Por lo demás, esa opción interpretativa mal se aviene con algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el que se declara que de los artículos 124, 162.1.b) de la CE y del artículo 46.1.b) de la LOTC cabe deducir que la legitimación del Ministerio Fiscal para recurrir en amparo se le reconoce en atención a su especial posición institucional, de forma que defiende derechos fundamentales de titularidad ajena, pero lo hace como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos (STC 86/1985). Por estas razones creo que resulta menos controvertido plantear el problema en términos estrictos de legitimación procesal, diferenciando entre las dos modalidades señaladas en el texto. .

razón de que el Ministerio Fiscal —a los poderes públicos— se le ha vulnerado el derecho fundamental que denuncia y del cual no es titular en el sentido exigible por las normas reguladoras del recurso de amparo.»

Dos son, en mi opinión, los asuntos de interés que subyacen en el texto transcrito. Por una parte, la específica problemática de la *reformatio in peius* penal, cuyo análisis (de especial interés en este contexto) excedería, con mucho, el objeto de este trabajo (11). Por otra, el de la legitimación de los poderes públicos y, en particular, la del propio Ministerio Fiscal en el proceso de amparo, que es la que directamente ahora nos ocupa.

A diferencia de lo que ocurre en la queja constitucional alemana, el Tribunal Constitucional español no ha dudado en admitir sin mayores dificultades la legitimación de los poderes públicos para interponer demandas de amparo (12). Muchas veces, esa legitimación era una consecuencia de su previa legitimación *ex legem* o *ad procesum* y otras por haberse vulnerado por los órganos judiciales derechos fundamentales de los que eran titulares, básicamente los de naturaleza procesal contenidos en el artículo 24 de la Constitución.

Sin embargo, tan amplia legitimación de los poderes públicos en general, y del Ministerio Fiscal en particular, corre el riesgo —como se advierte en el mencionado voto particular— de desnaturalizar el cauce procesal del recurso de amparo. Desde esta perspectiva, el «contra-amparo» puede servir como concepto dogmático-instrumental con el que perfilar el alcance efectivo de esa legitimación (13).

(11) No obstante, véase nota 26 *in fine* de este mismo trabajo.

(12) Sobre esta cuestión, véase F. RUBIO LLORENTE: «El recurso de amparo constitucional», en *La jurisdicción constitucional en España*, publicado por el CEC y el Tribunal Constitucional, Madrid, 1994, y también, J. R. REQUEJO PAGÉS: «El recurso de amparo constitucional en el ordenamiento español», en *Il Foro italiano* IV, 97, 1996, págs. 4-28, quien se hace eco de un recurso de amparo interpuesto por el Gobierno de los Estados Unidos y, finalmente, inadmitido por Auto de 31 de mayo de 1993.

(13) Una legitimación —ha escrito recientemente F. Rubio Llorente— que plantea problemas ciertamente delicados, «no sólo por la complejidad del concepto “interés legítimo” al que tal legitimación se anuda en la generalidad de los casos, sino también quizá incluso sobre todo, por la incidencia que sobre la naturaleza misma del recurso tiene la legitimación institucional del Defensor del Pueblo y del Ministerio Fiscal para pedir el amparo de derechos de los que, por definición, no son titulares» («El recurso de amparo constitucional», *op. supra cit.*, pág. 128). Pero los plantea no sólo en punto a definir en cada caso la legitimación del Ministerio Fiscal, sino también en relación con el concepto de «interés legítimo» a que se refieren los artículos 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC. En efecto, si sólo existe acción de amparo cuando se pretende la protección de un derecho fundamental vulnerado, es claro, que la legitimación para recurrir sólo pueden tenerla el titular del derecho fundamental sedicentemente lesionado o quienes de modo mediato participen en la vulneración de aquél («interés legítimo»). De este modo, «in-

En efecto, cuando a través de la demanda de amparo se persiga por el Ministerio Fiscal que el Tribunal Constitucional corrija la protección por exceso con la que los órganos judiciales ampararon el derecho fundamental de la otra parte en el proceso *a quo*, puede sostenerse que éste carece de legitimación *ad casum*, toda vez que ésta, según su propio concepto, ha de determinarse en función de las pretensiones deducidas y constituye una actitud específica surgida de la justificación necesaria para intervenir en un concreto litigio. Por ello

terés directo» *ex* artículo 28 LJCA e «interés legítimo» no son conceptos que se diferencien cuantitativamente, tal como parece entenderlo alguna jurisprudencia constitucional al perfilar a este último como dotado de una dimensión más amplia que el primero (SSTC 60/1982 y 91/1991, entre otras muchas). Antes al contrario, en mi opinión, entre uno y otro concepto existe una diferenciación netamente cualitativa [aunque se trata de un pronunciamiento aislado, parece compartir esta misma idea la STC 214/1993, FJ. 3.º]. Mientras que el «interés directo» en el ámbito de lo contencioso-administrativo debe construirse a partir de la naturaleza de este recurso como instrumento al servicio de la legalidad administrativa (y, por eso, un vecino ajeno a la relación existente entre la Administración y otro particular, puede tener interés directo en que se declare la nulidad de una licencia urbanística otorgada a favor de aquél, haciendo valer su interés en que se respete la legalidad urbanística), el «interés legítimo» que legitima procesalmente para interponer un recurso de amparo debe configurarse a partir de la naturaleza de este proceso constitucional como recurso de protección de derechos, y no —porque el amparo carece de esa funcionalidad— a partir de un falso entendimiento del amparo como recurso al servicio de la defensa de la «legalidad de los derechos fundamentales». No es, pues, el interés en la defensa del derecho de los derechos fundamentales lo que caracteriza a la acción de amparo, sino el interés mediato en que se repare la vulneración padecida por su titular (interés legítimo). Precisamente por ello, en el recurso de amparo no es posible la defensa de derechos de titularidad ajena, ni basta con haber sido parte en la vía judicial previa (SSTC 141/1985 y 11/1992; AATC 120/1980, 297/1982). Pues bien, si la legitimación en el proceso de amparo debe construirse a partir de su objeto —la eventual vulneración de un derecho fundamental— el concepto de «interés legítimo» sólo permite la legitimación en el proceso cuando: a) Se disfrute de un título legal previo para asumir procesalmente la representación del titular del derecho vulnerado (representación de un menor, de un incapaz: legitimación *ex lege* y excepcional del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo); b) Se participe mediatamente en la vulneración del derecho invocado en el proceso (la defensa por los hijos del honor del padre fallecido), y c) Eventualmente, porque se participa «moralmente» y como colectivo en la vulneración denunciada (*action class*). En los casos b) y c) esa «participación» exige, además —en mi opinión— tener una conexión o cualidad específica con el derecho pretendidamente lesionado (legitimación *ad casum*). Este *test* que se propone como fórmula para determinar en cada caso la existencia de ese «interés legítimo», y que se edifica a partir de la idea de «participar en la vulneración», coincidiría con la línea que apunta el propio Tribunal Constitucional en su STC 11/1992, FJ. 2.º: «El recurso de amparo, de acuerdo con la naturaleza de derechos de la personalidad que tienen los fundamentales garantizados por la Constitución, no es una nueva instancia jurisdiccional (STC 62/1982), ni se configura como un recurso de casación (STC 212/1992), sino que es un instrumento procesal dotado de sustantividad propia, para cuya utilización sólo vienen legitimadas las personas directamente afectadas...»

mismo, la falta de esta legitimación afecta al fondo del asunto y constituye un vicio insubsanable (14).

Pues bien, cuando el Ministerio Fiscal pretende, a través del recurso de amparo, la reforma peyorativa de la posición jurídica de un ciudadano por entender que los órganos judiciales han amparado por «exceso» sus derechos fundamentales en perjuicio de otro que invoca como propio, en mi opinión, no concurre esa «actitud específica surgida de la justificación necesaria para intervenir en un concreto litigio», pues, en este proceso constitucional esa justificación necesaria no puede desvincularse de la naturaleza de la acción de amparo como remedio del ciudadano frente a los poderes públicos, lo que imposibilita, por definición, que pueda ser utilizada por un poder público para «defenderse de un ciudadano» (15). Por consiguiente, la legitimación en amparo de los po-

(14) Justamente por ello, no basta con defender la legitimación universal del Ministerio Fiscal en el proceso de amparo, acudiendo al expediente de que éste cuenta con una *legitimitatio ex lege*. A mi juicio, ese sólo es el obligado punto de partida para analizar, en cada caso concreto, la problemática que esa legitimación plantea. De hecho, el propio Tribunal Constitucional se ha cuestionado en alguna ocasión la legitimación *ad casum* del Ministerio Fiscal para recurrir (STC 86/1985; al respecto, véase G. FERNÁNDEZ FARRERES: *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 237-239) y, en otras, ha advertido claramente sobre la inversión de los fines propios del recurso. Así, en la STC 309/1994 (FJ. 3.º) el Tribunal Constitucional se pronunció expresamente sobre esa indebida conversión del amparo en un recurso casacional que siempre acostumbra a operarse cuando el Ministerio Público persigue, mediante la interposición del recurso, no la reparación de la vulneración de un derecho fundamental, sino la correcta aplicación de su contenido constitucionalmente declarado. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, al igual que en la STC 148/1994, no se cuestiona expresamente la legitimación del Ministerio Fiscal como paso previo para entrar en el conocimiento del fondo del asunto. En mi opinión, y de acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, los recursos de esas características promovidos por el Ministerio Fiscal pueden ser rechazados por providencia de inadmisión, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50.1.a) LOTC en relación con los artículos 41.2 y 46.1.a) del mismo texto legal. Por otra parte, aquellos que defienden una legitimación «en todo caso» del Ministerio Público con apoyo en su legitimación *ex lege* para la defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público (art. 47.2 LOTC) tendrán que explicar por qué el Ministerio Fiscal defiende un derecho fundamental —el que le afecta como parte en el proceso *a quo*— y no el otro derecho fundamental también en juego, y cuya interpretación favoreció a la parte que obtuvo una resolución favorable a sus pretensiones. El problema no es de mera «esquizofrenia» sobre esa interesada parcelación de lo que sea interés público. A poco que uno profundice, podrá comprobar (y las sentencias aquí citadas son un buen ejemplo) que mediante su acción de amparo el Ministerio Fiscal persigue, en puridad, una prolongación del derecho punitivo del Estado. Sobre esta cuestión, véase AMPARO GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO: «Posición del Ministerio Fiscal y del Defensor del Pueblo en el proceso constitucional de amparo»; ponencia desarrollada en las Jornadas de estudio celebradas en el Tribunal Constitucional con motivo de la visita de los Letrados del Tribunal Constitucional Federal alemán, el día 4 de mayo de 1994, pendiente de publicación y que su autora generosamente me facilitó.

(15) En este sentido, coincido plenamente con E. Alonso García, cuando escribe: «Podría pretenderse que, a diferencia de lo que ocurre con las otras partes procesales, el Ministerio Fiscal,

deres públicos y, en particular, la del Ministerio Fiscal sólo será jurídicamente viable cuando no se pretenda cuestionar el «amparo» concedido por los órganos jurisdiccionales, aunque éste fuese otorgado por exceso mediante una interpretación extensiva del contenido constitucionalmente adecuado del derecho fundamental que resultase de aplicación. Lo contrario, conduce a una falsa dimensión objetiva del recurso de amparo que, en puridad, lo equipara a un recurso estrictamente casacional al exclusivo servicio de los poderes públicos y por el que, pretendidamente, se les garantizaría la correcta aplicación del derecho de los derechos fundamentales.

2. *El «contra-amparo» no es carencia de objeto del proceso, pero advierte sobre la naturaleza inversa de la pretensión*

a) *El «contra-amparo» como razonamiento para decidir entre las perspectivas opuestas que se proyectan sobre el juicio de igualdad*

El «contra-amparo» no se circunscribe exclusivamente al ámbito de la legitimación en el proceso. En ocasiones, con tal expresión, se persigue significar la naturaleza inversa de la pretensión que se quiere hacer valer con la demanda de amparo.

Este fenómeno probablemente obedezca a la posición un tanto «cubista» en que se encuentra el Tribunal Constitucional como consecuencia de su condición de juez último en la defensa de los derechos fundamentales, de suerte que sobre un mismo asunto convergen perspectivas de enjuiciamiento distintas como lo hacen los dos ojos de los perfiles picassianos, expresando una imagen completiva figurativamente imposible.

Así ocurre, cuando a través del recurso de amparo se persigue que el Tribunal Constitucional revise el amparo otorgado por los órganos judiciales. El terreno más abonado a esta clase de contra-amparos lo constituye el principio de igualdad que de sólo comporta la obligación de «elegir en la alternativa» (o parificar a la alza o corregir la desigualdad equiparando a la baja). El

al no sufrir el mismo violaciones de los derechos fundamentales, goce de una legitimación especial que permitiría al TC entrar en estos casos para examinar la legalidad constitucional. Sin embargo, no estamos ante un mero problema de legitimación procesal, sino ante una delimitación de funciones constitucionales. De ahí que tenga que producirse efectivamente la violación de un derecho fundamental (y no sólo una interpretación del derecho fundamental) para que pueda haber acción de amparo», *op. cit.*, pág. 107.

ejemplo más significativo que he encontrado es la doctrina de la STC 68/1991 (16).

Los antecedentes del asunto son los siguientes:

a) Una huérfana solicitó la correspondiente pensión que le reconocía una norma preconstitucional. Según la misma, los varones huérfanos de funcionarios tenían derecho a una pensión hasta que cumpliesen los veintiún años, salvo que antes encontrasen empleo o contrajesen matrimonio. Las mujeres tenían derecho a la misma pensión sin límite de edad, a no ser que contrajesen matrimonio o profesen religión.

b) La Administración encargada de abonar la pensión denegó la solicitud interesada, por entender que la peticionaria no era incapaz ni se encontraba falta de empleo, además, de superar la edad de veintiún años. En su opinión, la norma que privilegiaba a la mujer frente al varón (que pierde su derecho con la mayoría de edad) partía de una concepción discriminatoria de la mujer, que la considera como persona incapaz de valerse por sí misma, aún siendo mayor de edad. Esta discriminación por razón de sexo, era contraria al artículo 14 de la CE que habría en consecuencia derogado la norma que la establecía.

Dicha decisión y por similares razones sería confirmada por los órganos judiciales. Contra sus resoluciones se interpondría la demanda de amparo, aduciendo la actora su derecho a la igualdad, esto es, su derecho a que se le aplicase la norma que la discriminaba como mujer, pero que, sin embargo, gracias a tal discriminación le concedía un privilegio al que expresamente tenía derecho y que la Administración y los órganos judiciales no le podían, por ello mismo, negar.

El TC, en la citada Sentencia, estimó la demanda de amparo con apoyo en el siguiente argumento que tomo literalmente de su FJ 4.º: «Es, desde luego, cuando menos probable, que el artículo 8 del Reglamento haya de considerarse en su formulación actual, incompatible con las exigencias que se derivan de la Constitución. De esta doctrina no puede extraerse, sin embargo, otra consecuencia que la de que no puede negarse, con apoyo en la norma discriminatoria, un derecho que ésta concedería si no lo fuera. El razonamiento inverso, implícito en las resoluciones que analizamos, no sólo es lógicamente insostenible (se afirma que la norma es discriminatoria porque excluye del disfrute del

(16) Sin embargo, a diferencia de la Sentencia que ahora se comenta, en la STC 52/1987 —analizada por Enrique Alonso García en su trabajo anteriormente citado— sí se estaba propiamente ante un «contra-amparo», puesto que la pretensión de la empresa actora no era la de defenderse de una discriminación, sino, por decirlo de forma gráfica, que por el Tribunal Constitucional se le reconociese, frente a lo declarado por la Sala *a quo*, su derecho a ejercer una «diferenciación razonable» que, como tal, no podría haberse calificado de discriminatoria.

derecho a una clase que debería incluir, puesto que está excluida sólo por razón de sexo, pero a continuación se niega el derecho de la recurrente, para equipararla así con la clase discriminada) y paradójico (se niega el derecho de igualdad en la aplicación de la ley para asegurar precisamente el derecho de igualdad. No es dudoso que el legislador (o más en general, el titular en cada caso del poder normativo), al modificar el derecho vigente para acomodarlo a las exigencias del principio de igualdad, pueda endurecer las condiciones hoy requeridas para acceder al goce de un derecho, de manera que, en cierto sentido, se empeore la situación de quienes hoy se ven beneficiados por la norma discriminatoria. Mientras ésta existe, sin embargo, el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que esta le otorga, aunque pueda eventualmente reconocerlo también, a quienes según el tenor literal de la misma, no lo tendrían, pues la discriminación consiste sustancialmente para el discriminado en la privación o limitación de un derecho, no en su otorgamiento.»

Si no he interpretado mal, la doctrina de la STC 68/1991 podría resumirse como sigue: la invocación del derecho de igualdad a través del cauce procesal del amparo también puede servir para garantizar al recurrente la aplicación de una norma discriminatoria en cuanto que ésta le otorga un trato de favor, de modo que sólo el titular de la potestad normativa —y no los órganos judiciales— podrían corregir esa discriminación.

No puede negarse la igualdad en la aplicación de la ley para corregir la desigualdad de la ley. De este modo, cuando se quiere hacer valer esta doctrina ante el TC, la demanda de amparo o, mejor, la invocación del derecho a la igualdad sirve para amparar un pretendido derecho a la discriminación en la ley frente a la aplicación igual de la misma. Aunque en otro contexto, la silenciosa paradoja del «contra-amparo» vuelve a repetirse: el amparo no es un cauce procesal al servicio de una reforma peyorativa de los derechos del ciudadano. Ahora ese objetivo se consigue mediante una concepción del principio de igualdad que autoriza la defensa en amparo de una suerte de derecho a la discriminación, siempre que de ella se desprenda un beneficio para quien la padezca, de modo que son otros (la Administración o los jueces) y no la «ignorante feliz» los paladines de la discriminación ajena.

Con todo, no deben mover a la sorpresa los resultados que se producen cuando entran en concierto el «contra-amparo» y el derecho a la igualdad, pues, este último, aúna lo reaccional con lo relacional, de suerte que la aplicación extensiva de un derecho fundamental ajeno (trato de favor) puede ocasionar la vulneración del derecho a la igualdad.

Así, el Tribunal Constitucional no ha dudado en aplicar la técnica del «contra-amparo» en relación con el artículo 23.2 CE y, de modo particular, en materia de proclamación de candidaturas electorales. Es doctrina consolidada

del Alto Tribunal (por todas, STC 70/1989) que la revocación equivocada por un órgano judicial del acto de una Junta Electoral denegando la proclamación de una candidatura no permite a otra que concorra en la misma circunscripción interponer un recurso de amparo electoral contra la sentencia manifiestamente equivocada o arbitraria, puesto que dicha sentencia en nada afecta a quien ejercita la acción de amparo y, por tanto, no supone vulneración alguna de su derecho fundamental *ex* artículo 23.2 CE.

Ahora bien, dada la vertiente relacional del derecho a acceder en «condiciones de igualdad» a los cargos públicos representativos, bien puede argumentarse que la proclamación indebida de una candidatura quiebra la competencia igual en el proceso electoral —al menos, entre quienes concurren en la misma circunscripción— y que esa quiebra supone una lesión del derecho a la igualdad de las demás candidaturas que pueden hacer valer ese derecho fundamental del que indudablemente son titulares (art. 23.2 CE) frente a la sentencia judicial que arbitrariamente ordenó la proclamación indebida de otra. En tales casos, no siempre estaremos ante un «contra-amparo», como sistemáticamente parece entenderlo el Tribunal Constitucional, sino —por lo menos cuando la sentencia sea manifiestamente arbitraria— ante un amparo en el que se quiere hacer valer la vertiente relacional del derecho a la igualdad que garantiza el artículo 23.2 de la Constitución.

b) *La dimensión sinalagmática del derecho a la tutela judicial*

Esa obligación de «elegir en la alternativa», generadora de potenciales «contra-amparos», también aparece frecuentemente en relación con el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la CE. Esta vez, no porque la «alternativa» sea algo ínsito a su traslación práctica como derecho fundamental, como ocurre con la igualdad, sino por razón de la bilateralidad del proceso en el que el derecho a la tutela judicial efectiva a menudo transita (acceso a la jurisdicción, derecho a los recursos, derecho a la prueba...).

La «apertura española» del artículo 24.1 CE, incluyendo en el catálogo de vulneraciones del derecho a la tutela no sólo a todo *error in procedendo* sino también —al menos, hasta la reciente STC 37/1995— aquellas interpretaciones judiciales de las normas procesales no favorables a la eficacia del derecho (principio hermenéutico *pro actione*), permite un rico abanico de variantes, de «amparos» y «contra-amparos», en función del movimiento procesal de cada jugador sobre el tablero del proceso.

Si de las distintas interpretaciones posibles el órgano judicial elige la más favorable a la eficacia del derecho a la tutela, ese legítimo trato procesal de

favor nacido para la protección del artículo 24.1 CE, se convierte de inmediato en una interpretación desfavorable a los intereses de la otra parte que invocará la vulneración de su derecho fundamental *ex* artículo 24 CE, por quebrantamiento de forma (*v. gr.*, cuando el órgano judicial admite una subsanación extemporánea) o por quiebra del principio de igualdad de armas en el proceso (así, en los casos de práctica de prueba más allá del plazo legalmente previsto o en el más delicado de las diligencias para mejor proveer). Bastará que las partes hagan causa del conflicto interpretativo planteado, para que se produzca una secuencia de «amparos frente amparos» cuya complejidad se acrecienta proporcionalmente, en función del número de instancias judiciales que hayan de agotarse hasta llegar al propio Tribunal Constitucional (amparo constitucional frente amparo judicial). Ni que decir tiene que el desencadenamiento de «amparos» y «contra-amparos» tampoco se resolvería en el caso de que el órgano judicial hubiese decidido no acoger la interpretación más favorable (17).

El común denominador de todos estos supuestos derivados del artículo 24.1 de la CE es que el recurrente ante el Tribunal Constitucional impugna por arbitraria o ilógica la interpretación de las normas procesales realizada por los Tribunales ordinarios para «amparar» el derecho a la tutela de la contraparte en el proceso. La STC 147/1990, en la que se estimó un recurso de amparo porque el órgano judicial había dejado sin efecto una sentencia firme con apoyo en la apreciación de un vicio invalidante de un acto de comunicación procesal al objeto de impedir la indefensión de la contraparte, puede servir para ilustrar esta modalidad de «contra-amparo».

3. *El «contra-amparo» no es colisión de derechos fundamentales, aunque lo aparenta*

En sus definiciones de «contra-amparo», coinciden los citados autores en presentarlo como una supuesto de colisión entre derechos fundamentales, concluyendo que sólo en estos casos (cuando la protección «por exceso» de un derecho fundamental conduzca a la lesión de otro) el «contra-amparo» será procesalmente viable a través del recurso de amparo constitucional. Ítem más: como significativo ejemplo de «contra-amparo» defendible en el proceso de amparo constitucional apuntan el de la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

(17) Tan irresoluble tensión, bajo la cobertura de este multifacético derecho fundamental, puede reproducirse mediante la invocación de cualquiera de los otros derechos constitucional o jurisprudencialmente incorporados a su seno (*v. gr.* derecho de acceso a los recursos legalmente previstos y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas).

Hasta ahora he intentado demostrar que no basta con esa sola circunstancia para hacer valer en el proceso de amparo un «contra-amparo», sino que, además: *a*) ese «otro» derecho fundamental tiene que tener un titular distinto que haya intervenido en el proceso *a quo*, y *b*) que ese «titular distinto» no puede ser el Ministerio Fiscal, ni quién no tenga un «interés legítimo» en la violación del derecho fundamental sobre la que se articula la pretensión de amparo.

También he pretendido dejar constancia de supuestos de «contra-amparo» en los que no existe propiamente colisión de derechos, ni en los que la protección «por exceso» de un derecho provoca la lesión de otro derecho fundamental. Se trata más bien, según la fórmula que he utilizado, de «elegir entre las alternativas», como ocurre básicamente, y por distintas razones, en el derecho a la igualdad y a la tutela judicial.

Pues bien, tampoco creo que la colisión libertad de expresión-derecho al honor, sea un ejemplo representativo de «contra-amparo». Diría más: en mi opinión, no clarifica, sino que confunde los términos de su definición.

En efecto, los supuestos de confrontación judicial entre la libertad de expresión y el derecho al honor no son, a mi juicio, manifestación de lo que se ha denominado «contra-amparo». Antes al contrario, se tratan de casos típicos de colisión entre derechos fundamentales que exigen del órgano judicial un ejercicio de ponderación y delimitación del contenido constitucionalmente adecuado de los derechos en conflicto. Denunciada ante el juez civil o penal la vulneración de uno de estos derechos, ya sea porque se ha sacrificado el derecho al honor como consecuencia de un incorrecto entendimiento de la libertad de expresión, ya por formularse la pretensión inversa, al órgano jurisdiccional corresponde resolver el conflicto previo suscitado por las partes, atendiendo a la correcta delimitación constitucional del contenido de los derechos confrontados.

Nada de ello ocurre en el «contra-amparo», cuyo origen no deriva de una colisión previa de derechos fundamentales que el juez deba dirimir. De acuerdo con la definición realizada por los mencionados autores, el «contra-amparo» se produce cuando el órgano judicial al amparar por «exceso» un derecho fundamental ocasiona la vulneración de otro. Es, por tanto, la lectura expansiva realizada por el juez, extralimitando el contenido de un derecho fundamental, la que provoca la lesión de otro derecho fundamental que, únicamente por mor de esa ampliación interpretativa, resulta vulnerado. No hay, pues, una colisión de derechos fundamentales. A no dudarlo: estamos sencillamente en presencia de la vulneración de un derecho fundamental imputable de modo directo al órgano judicial y, precisamente, por esa razón, los únicos «contra-amparos» que pueden prosperar en el cauce del proceso de amparo

constitucional, son, en puridad, amparos por vulneración del artículo 24.1 CE. Expresado en otros términos: no existen «contra-amparos» amparables en el proceso de amparo constitucional; existen amparos por lesión del artículo 24.1 CE, bajo el velo aparente de una situación conflictual entre dos derechos fundamentales.

4. *El «contra-amparo» como «falta de jurisdicción o de competencia»*

El problema relativo a los «efectos inversos» de la pretensión de amparo ha sido abordado directamente por el Pleno del Tribunal en la STC 114/1995 (18), cuya doctrina —trascendental en esta materia— parte de una conexión conceptual previa entre «contra-amparo» y límites objetivos y funcionales del proceso de amparo constitucional.

Nuevamente, el factor desencadenante del recurso fue el derecho a la igualdad. En esta ocasión, el demandante de amparo aducía la vulneración del artículo 14 CE frente a la aplicación que del mismo habían hecho los órganos judiciales. En efecto, en la resoluciones judiciales impugnadas se había considerado que el orden sucesorio establecido para acceder a un determinado título nobiliario, en el que se disponía la preferencia del varón sobre la mujer, era discriminatorio por razón de sexo y, por tanto, contrario al derecho de igualdad. A resultas de ello, los órganos judiciales acordaron reconocer el mejor derecho de la hermana mayor en la sucesión al título.

Frente al «amparo judicial» articuló el recurrente un «amparo constitucional» por lesión de su derecho a la igualdad, aduciendo ante el Tribunal Constitucional la errónea interpretación de la igualdad realizada en las sentencias impugnadas y sosteniendo que el artículo 14 CE «puede ser infringido tanto no teniéndolo en cuenta para otorgar la igualdad de trato que prescribe, como aplicándolo indebidamente en cuanto fundamento de una igualdad que no se corresponde con las circunstancias del caso y de la relación jurídico-material en cuestión» (19).

Repárese, en que el actor promovía su demanda de amparo no para reaccionar frente a una discriminación por razón de sexo por él padecida, sino para hacer valer su mejor derecho en la sucesión, bajo el argumento de que aquella diferencia de trato era lícita y razonable, y que, por tanto, los órganos judiciales

(18) Frente a la opinión mayoritaria formularon, respectivamente, voto particular los magistrados Gabaldón López y García-Mon y González-Regueral.

(19) STC 114/1995, FJ. 2.º.

habían indebidamente aplicado el derecho a no ser discriminado por razón de sexo. No se reacciona, pues, frente a una discriminación, sino que se interesa del Tribunal Constitucional que, en contra de lo resuelto por los órganos judiciales, se declare —por así decir— su «derecho a la diferencia razonable».

Así formulada la queja de amparo es evidente que con ella se plantea un problema de interpretación y no de vulneración de un derecho fundamental. La demanda de amparo es, por ello mismo, un «contra-amparo», y así lo entendió el Tribunal Constitucional, al declarar que:

«La demanda confunde, en este extremo, la naturaleza y el sentido, y por consiguiente el ámbito, de la jurisdicción de amparo de derechos fundamentales que a este Tribunal corresponde (...). Tal como se encuentra (...) configurada dicha jurisdicción, no basta la alegación de que los preceptos constitucionales en los que los diversos derechos fundamentales se proclaman han sido erróneamente interpretados o aplicados, pues el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas respecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales, sino sólo y exclusivamente sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales. (...) la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos (...). En pocas palabras, si se prefiere, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley» (FJ. 2.º).

Con apoyo en esta argumentación, el Pleno del Tribunal declaró su «falta de jurisdicción o competencia» *ex* artículo 4.2 LOTC (20). Es ésta, sin duda, la gran novedad de la sentencia, que infiere del «contra-amparo» un factor de diferenciación vinculado al deslinde de las respectivas esferas de cognición (Tribunal Constitucional-Poder Judicial) que confluyen en la «jurisdicción compartida» de los derechos fundamentales.

Ciertamente, la aplicación de la cláusula «falta de jurisdicción o competencia» del artículo 4.2 LOTC suscita algunos reparos (21). No sólo por su propia indefinición —pues, jurisdicción y competencia no son conceptos sinó-

(20) Un detenido análisis de la doctrina contenida en la STC 114/1995, puede verse en el interesantísimo trabajo de I. DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ: «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo», presentado como ponencia en las Jornadas celebradas por los Letrados del Tribunal Constitucional en S'Agaró, octubre de 1995, y pendiente de publicación. El autor comparte, salvo puntuales matizaciones, la doctrina de la sentencia, aunque, en su criterio, es errónea su aplicación al caso concreto.

(21) Un análisis de sus posibles significados y de los distintos usos de la misma por el Tribunal Constitucional puede verse en I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Op. supra cit.*

nimos—, sino también porque —como ha señalado J. L. Requejo Pagés— «interpretado el artículo 4.2 LOTC en el sentido auspiciado en la STC 114/1995, podría concluirse que, en realidad, todas las causas de inadmisión tipificadas en el artículo 50.1 LOTC se reconducen» a aquélla (22).

A mi juicio, esta solución del Tribunal Constitucional al problema del contra-amparo plantea otras incógnitas añadidas. En efecto si, en el caso de autos, quien recurriese fuese la hermana y no el varón preterido me parece incuestionable que el Tribunal Constitucional sí tendría jurisdicción y competencia. Resulta así, que la aplicación del artículo 4.2 LOTC viene condicionada, en cierto modo, por la posición del recurrente en el proceso, esto es, por la naturaleza de la pretensión que se pretende ejercitar a través del proceso de amparo. Esta estrecha relación entre pretensión y posición procesal, conduce a pensar que estamos más bien en presencia de un problema de legitimación *ad casum*, puesto que se tiene acción para impetrar el amparo frente a vulneraciones (hipótesis que se daría si recurriese la hermana discriminada) y se carece de la misma para reaccionar contra interpretaciones extensivas o inadecuadas de un precepto constitucional (hipótesis contemplada en la sentencia). La falta de «jurisdicción o competencia» del Tribunal Constitucional se vincula, pues, a la falta de acción del recurrente en amparo (23).

5. *El Tribunal Constitucional no es, en el proceso de amparo, el intérprete último de las interpretaciones constitucionales*

Agotado este muestrario de «contra-amparos» que he confeccionado con fines puramente representativos y sin ánimo alguno de exhaustividad, bien pu-

(22) En J. L. REQUEJO PAGÉS, J. C. DUQUE VILLANUEVA, M. J. TEROL BECERRA y F. CAA-MAÑO DOMÍNGUEZ: «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el segundo cuatrimestre de 1995», *REDC*, núm. 45, 1995, pág. 204.

(23) De hecho, en su ínsita dimensión constitucional, el problema a resolver no era muy distinto del enjuiciado por el propio Pleno del Tribunal en la STC 90/1995. En esta ocasión un arrendador impugnaba por contrario a su derecho de igualdad la prelación entre arrendatarios que establecía el artículo 64.1 de la LAU. Aunque la Sentencia estimó la pretensión de amparo y declaró la inconstitucionalidad de la citada norma legal preconstitucional, el magistrado Vives Antón formuló un voto particular al que se adhirieron los magistrados Cruz Villalón, Viver i Pi-Sunyer y Jiménez de Parga y Cabrera. La discrepancia con la decisión mayoritaria no lo era en relación con el fondo del asunto, sino, justamente, con el reconocimiento a la recurrente de la legitimación necesaria para acudir en amparo invocando el artículo 14 CE. En este sentido, se afirma que el artículo 64.1 LAU establece una discriminación entre arrendatarios, por lo que los propietarios o titulares de las viviendas no resultan discriminados, sino que, en todo caso, sus facultades dominicales se ven mermadas por una norma discriminatoria de terceros que no han solicitado amparo.

diera pensarse que con él sólo quiere tejerse una celosía con la que ensombrecer algunos aspectos procesales de nuestro recurso de amparo constitucional, y que la utilidad del concepto, a poco que se indague en sus adentros, no es otra que la de servir como divertimento intelectual para la alegoría. Creo, sin embargo, que no debemos dejarnos llevar por esa esquivia inocencia de la palabra, porque cuando hablamos de «contra-amparo» estamos apuntando directamente a la delicada relación que se establece entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en la jurisdicción compartida de los derechos fundamentales (amparo constitucional frente a amparo judicial). Y no sólo eso. El «contra-amparo» nos acerca peligrosamente al movedizo territorio de la naturaleza de la jurisdicción de amparo, en la que las vertientes subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales proyectan su propia convergencia hasta inducir una aleación procesal en la que se confunden jurisdicción de apelación y de casación.

En un reciente estudio sobre el recurso de amparo, el profesor Rubio Llorente sostiene que en la jurisdicción de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional es el Tribunal «supremo» (24), y que el recurso de amparo no es «ni un recurso de casación ni un recurso “en interés de la ley” o del ordenamiento» (25).

Lo hasta ahora dicho sobre el «contra-amparo» confirma esta última aseveración, también compartida por los profesores Pedro Cruz Villalón y Alonso García: como en el recurso de amparo sólo puede pretenderse la defensa y eventual reparación de la violación de un derecho fundamental protegible en este cauce procesal, no es jurídicamente posible una utilización del mismo para alcanzar del Tribunal Constitucional una sentencia casacional por la que se anule una resolución judicial en la que se realizó una lectura «extensiva» del contenido constitucional de uno de esos derechos fundamentales.

(24) Una conclusión, cuyo germen se encuentra en un conocido artículo publicado por el autor en el diario *El País*, de 9 de febrero de 1994, bajo el título «Supremo no hay más que uno pero no es el verdadero». El estudio al que me refiero es el ya citado en la nota 12 de este trabajo. Igual opinión es la defendida por el profesor J. Jiménez Campo en el prólogo a mi libro, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, CEC, Madrid, 1994. Para este autor, «lo que hay entre justicia constitucional y ordinaria es una relación de *supremacía jurisdiccional* en la defensa y protección de los derechos fundamentales (art. 123.1 de la Constitución), posición de supremacía del órgano de la justicia constitucional que no va más lejos de donde llegan, en su definición constitucional y legislativa, los derechos susceptibles de recurso de amparo, pero que debe afirmarse netamente en ese ámbito», pág. 23.

(25) Para el profesor Rubio Llorente «se trata (...) de una forma procesal próxima a la revisión tradicional (y germánica, pero no al recurso de revisión de las leyes procesales vigentes) o incluso a lo que es nuestra casación, destinada a corregir la aplicación del derecho en el caso concreto y por motivos intraprocesales», *op. supra cit.*

Sentada esta premisa, sin embargo, sólo cabe concluir que el Tribunal Constitucional no tiene, a través del proceso de amparo, el monopolio de la interpretación de los derechos fundamentales, pues el recurso de amparo no puede operar como un recurso «*en interés del derecho de los derechos fundamentales*» («contra-amparo»). Antes bien, al Tribunal sólo corresponde —si se me permite, por expresiva, tan paradójica fórmula— el «monopolio de la vulneración». Donde no hay violación de derechos no hay acción de amparo y, por ello mismo, cuando un derecho fundamental es incorrectamente interpretado pero no lesionado, el único «Tribunal Supremo» es el propio Tribunal Supremo mediante el recurso de casación (*ex art. 5.4 LOPJ*). La «supremacía» del Tribunal Constitucional en la jurisdicción de los derechos fundamentales queda constitucionalmente circunscrita al «monopolio declarativo de su vulneración». Cabría decir, que así como la noción del «contenido esencial» permite delimitar la esfera de libertad interpretativa del legislador de los derechos en relación con la competencia del Tribunal Constitucional como juez de la ley, la de «monopolio declarativo de la vulneración» (o, si se prefiere, la imposibilidad del amparo para servir de cauce procesal a «contra-amparos») permite, a su vez, deslizar objetivamente la competencia entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en la jurisdicción compartida de los derechos fundamentales.

El recurso de amparo se asemeja, por ello mismo, a un peculiar recurso extraordinario de revisión con causa única: la «*violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución...*» [art. 161.1.b) CE] (26). Más allá de esta causa de revisar (que además, como en el tradicional

(26) Obviamente, con tal afirmación no pretendo catalogar procesalmente el recurso de amparo. Cuando hablo del efecto revisor del amparo sobre resoluciones judiciales previas quiero subrayar que las sentencias anuladas en el proceso de amparo, son sentencias firmes y definitivas que agotan la vía judicial ordinaria. Sólo porque las mismas se han dictado con vulneración de un derecho fundamental y sólo porque el proceso de amparo existe como ulterior y extraordinario cauce de impugnación pueden llegar a ser removidas en su firmeza. Además, existen supuestos en los que los efectos de las sentencias de amparo no son devolutivos sino propiamente de rescisión de cosa juzgada. Este efecto se aprecia, fundamentalmente, cuando, como consecuencia de la sentencia de amparo, se confirma una condena penal. El supuesto más significativo es aquél en que, a raíz de impugnarse en amparo una sentencia penal absolutoria en la que Sala *a quo* ponderó indebidamente la colisión existente entre el derecho al honor y la libertad de expresión, se genera una tácita confirmación de la sentencia condenatoria dictada en la instancia. En estos casos, paradójicamente, el recurso de amparo opera como un recurso rescisorio de cosa juzgada penal. Fenómeno ciertamente preocupante, puesto que no alcanzo a comprender cómo una acción encaminada exclusivamente a la defensa de los derechos fundamentales y que constriñe, por tal razón, la esfera de cognición del TC [al que le queda vetada la revisión de la prueba o la valoración de los hechos *ex art. 44.1.b) LOTC*] puede conducir indirectamente a la condena penal de quien fue absuelto judicialmente en la segunda instancia. En este sentido, si bien en nuestra Constitución no existe una garantía similar a la del *double jeopardy* que reconoce la Quinta Enmienda de la de los

recurso de revisión, confiere, en ocasiones a la sentencia de amparo una naturaleza rescisoria de cosa juzgada), indudablemente existen numerosos problemas y dudas acerca de la comprensión constitucional de los derechos fundamentales; pero esos problemas y esas dudas son ajenos a la jurisdicción de amparo, y sólo pueden ser resueltas por los órganos de la jurisdicción ordinaria o por el propio Tribunal Constitucional al conocer de la constitucionalidad de la ley.

Las sentencias de amparo no son, en consecuencia, la «doctrina legal» de los derechos fundamentales. Son una parte, sin duda la más trascendental, porque en ellas se reflejan los mínimos de existencia de los derechos fundamentales. Pero no más que una parte. La «elevación interpretativa de esos mínimos» —en la certera expresión de Enrique Alonso antes citada— habrá de buscarse en otro lugar (recurso o cuestión de inconstitucionalidad) y en otras sedes (jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria). La jurisprudencia de amparo no nos dice «todo» lo que los derechos son, ni tampoco lo pretende. Nos indica que actos de los poderes públicos vulneran esos derechos. Y ahí, en esa indicación, el Tribunal Constitucional sí tiene incuestionablemente la última palabra.

Desconocer esa realidad conduce a desafortunados desencuentros en la aplicación jurisdiccional de los derechos fundamentales. La gravedad de sus consecuencias obliga a denunciarlos.

II. EL «CONTRA-AMPARO» ORDINARIO. JANO, LOS DERECHOS Y LOS JUECES

Como queda dicho, pensar que en el ámbito de la aplicación jurisdiccional de los derechos fundamentales, los derechos son, en último término, lo que el Tribunal Constitucional dice de ellos en sus sentencias de amparo, es un error del que se derivan graves perjuicios para la efectiva vigencia de los propios derechos fundamentales.

Estados Unidos, creo que la prohibición del llamado *non bis in idem* procesal (nadie debe ser penalmente juzgado dos veces por unos mismos hechos) y, por tanto, la garantía subjetiva sobre la firmeza de la sentencia absolutoria penal una vez agotada la vía ordinaria, puede situarse sin mayores esfuerzos hermenéuticos en el derecho a un proceso con todas las garantías que reconoce el artículo 24.2 CE. Con ello podría impedirse el indeseado efecto que aquí se denuncia. Sobre el tema véase el trabajo de TOMÁS S. VIVES ANTÓN: «Ne bis in idem procesal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 5, 1992. En contra, véase I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Op. supra cit.*, quien parte de la inexistencia de la tutela penal de los derechos fundamentales como presupuesto en el que fundamentar la imposibilidad de la rescisión de la cosa juzgada penal.

Si la justicia constitucional nació históricamente por la endémica desconfianza del constitucionalismo hacia el Poder Judicial, hoy esa desconfianza es otra: la que proviene de la aplicación fehaciente, casi notarial, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional por parte de los Tribunales ordinarios en la aplicación jurisdiccional de los derechos fundamentales. Es cierto, que el artículo 5.1 de la LOPJ dispone que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial. No es menos cierto, sin embargo, que esa vinculación no implica la equívoca atribución a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en amparo de un valor «constitutivo» de los derechos fundamentales. Las sentencias de amparo son «declarativas de derecho» y nunca constitutivas de los mismos (27).

Cuando esto se olvida, y se traslada irreflexivamente por los órganos de la jurisdicción ordinaria los contenidos de las sentencias de amparo, atribuyéndoles un valor «constitutivo» del derecho fundamental que resulte de aplicación al caso, este pretendido «amparo» conduce involuntariamente al mayor de los desamparos. Tomo un ejemplo de nuestra realidad jurídico-práctica, por desventura cada vez menos infrecuente.

Sala de lo Penal de una Audiencia Provincial:

«Aduce el recurrente la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, por cuanto de la prueba practicada en la instancia existen dudas razonables sobre su culpabilidad. Sin embargo, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 44/1989 y 63/1993) el principio del *in dubio pro reo* no forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 CE, por lo que ninguna violación ha existido del mencionado derecho fundamental.»

¿Cabe mayor despropósito y mayor vulneración del derecho a la presunción de inocencia so pretexto de ampararlo?

Cuando el Tribunal Constitucional declara que el principio del *in dubio pro reo* no forma parte del derecho a la presunción de inocencia, esa declaración obedece a la necesidad de delimitar su esfera de cognición en relación con la que es propia de los Jueces y Tribunales *ex* artículo 117.3 CE. En efecto,

(27) Los conceptos de efecto declarativo y constitutivo en relación con las sentencias judiciales y la cosa juzgada, los utilizo en sentido similar al que les confiere H. Kelsen en su *Teoría pura del Derecho*, V, 35, G), A). En efecto, ante la necesidad de tener que explicar por qué una norma contraria a otra jerárquicamente superior de la que depende su validez sigue siendo, sin embargo, válida mientras el órgano competente no declara su invalidez, Kelsen considera que tal pronunciamiento no es declarativo, sino constitutivo de derecho, conectando esta dualidad de significados con su conocida distinción entre lo que denomina hechos jurídicos y hechos naturales.

como al Tribunal Constitucional le está vetado en el proceso de amparo revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales *a quo* [arts. 44.1.b) y 54 LOTC], y sustituir su proceso de convicción cuando éste sea razonado y razonable, es lógico que para él el *in dubio pro reo* no se integre en el derecho a la presunción de inocencia *ex* artículo 24.2 CE. Ahora bien, esta afirmación sólo cobra sentido si se tiene presente que el Tribunal Constitucional está utilizando un estándar jurídico-procesal (de determinación de su jurisdicción) en la delimitación del derecho, y no un estándar jurídico-material (28).

Por eso, cuando en nuestro imaginario texto, la también imaginaria Sala de lo Penal reproduce la doctrina contenida en las sentencias de amparo sobre la presunción de inocencia, está asumiendo impropriamente un rol que no le pertenece y, lo que es peor, abandona el suyo propio con grave detrimento para el derecho fundamental en juego. Evidentemente, como Sala de apelación que es, a nuestra hipotética Audiencia le es posible revisar la valoración de la prueba efectuada en la instancia y formar libremente su propio proceso de convicción. Por tanto, para ella —aunque no para el Tribunal Constitucional— la existencia, tras el examen de la prueba, de una «duda razonable» sobre la culpabilidad del procesado, sí forma parte del derecho constitucional a la presunción de inocencia que asiste a todo enjuiciado en el proceso penal y, por ello mismo, su respuesta no puede ser la de reproducir lo declarado por el Tribunal Constitucional desde una óptica jurídico-procesal, sino la de explicar en qué prueba de cargo fundamenta su convicción de culpabilidad o qué indicios le conducen a ese mismo resultado, despejando, así, la «duda» planteada por la defensa del inculpado.

Podría reflejar aquí otros varios supuestos hasta sentar las bases para elaborar una suerte de fenomenología de lo que me he atrevido en denominar «contra-amparo ordinario» (29). Lo creo, sin embargo, innecesario y mejor me parece aventurar alguna reflexión a propósito de tan peculiar suceder.

(28) Justamente por ello, cuando el Tribunal Constitucional ha utilizado un estándar jurídico-material para la delimitación del derecho ha declarado que: la presunción de inocencia «... ha dejado de ser principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*“in dubio pro reo”*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata». Para añadir, acto seguido —estándar jurídico-procesal— que su estimación en amparo «ha de hacerse respetando el principio de libre apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia y la propia configuración del recurso de amparo que impide entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso» (STC 31/1981).

(29) Otro supuesto habitual de este «contra-amparo ordinario» se produce en relación con la conocida doctrina del Tribunal Constitucional en materia de indefensión procesal *ex* artículo 24.2 CE. Como se sabe el Tribunal únicamente considera que existe la vulneración del derecho fundamental a la defensa en el proceso, cuando la indefensión padecida es una indefensión material y no meramente formal. Pues bien, he tenido ocasión de leer sentencias de nuestros Tribunales de

En otro lugar, puse de relieve la dificultad (a mi juicio, imposibilidad) de diferenciar materialmente entre lo «legal» y lo «constitucional» en el ámbito de la jurisdicción de los derechos fundamentales (30). Hoy, además, estoy convencido de que el problema de la «jurisdicción de amparo compartida» —pues, claro está, allí donde no existe Tribunal Constitucional el problema no se encuentra— es, fundamentalmente, una cuestión de *perspectivas de enjuiciamiento*. El reparto en la jurisdicción provoca —como acabamos de ver— una indeseada naturaleza bifronte en los derechos fundamentales que operan de modo distinto en una y otra sede jurisdiccional. El contenido de los derechos es sustancialmente el mismo, con independencia de las peculiaridades de cada jurisdicción. Su efectiva realización requiere, en cambio, que cada órgano jurisdiccional lo aplique en el modo y forma (perspectiva de enjuiciamiento) que el derecho fundamental espera de él. Deslindar esos roles de enjuiciamiento es tarea ardua aunque no creo que imposible, y, de hecho, es moneda común en otros campos de la jurisdicción —así diferenciar entre lo que es propio de un procedimiento especial y sumario (interdicto, desahucio...) y lo que debe ventilarse en un declarativo; o qué aspectos del pleito pueden atenderse por la vía de la Ley 62/1978, y cuáles otros han de tramitarse por el procedimiento contencioso-administrativo ordinario...—. Confundirlos, en cambio, puede conducir a la ineficacia jurisdiccional de los derechos fundamentales, al menos, en lo que tienen de derechos subjetivos. Del mismo modo que el juez sabe con creces que la doctrina legal del Tribunal Supremo sobre la propiedad y la posesión, construida a partir de acciones interdictales, no puede aplicarse sin más a

Justicia en la que se aplicaba esta misma doctrina con resultados absolutamente paradójicos, desde la perspectiva del derecho fundamental en juego. Así, tras declarar la Sala que el pleito, en atención a la complejidad de las cuestiones que suscitaba, debía haberse tramitado en el correspondiente juicio declarativo y no, como se hizo en la instancia, mediante el procedimiento de desahucio, consideró, sin embargo, que las limitaciones de los derechos de defensa del apelante, causadas por esa equivocada tramitación, generaban una indefensión meramente formal que no lesionaba el artículo 24.2 de la Constitución, pues, de acuerdo con la doctrina el Tribunal Constitucional, para que esa indefensión tenga relevancia constitucional es necesario que sea material, y en el presente caso, el apelante fue oído en la instancia y tuvo ocasión de defenderse. Apurando, tan curiosa forma de interpretar la doctrina constitucional dictada en amparo sobre el artículo 24.2, bien podría alcanzarse la conclusión —jurídicamente sorprendente— de que las distintas especialidades procedimentales son innecesarias, porque aunque unas limiten el objeto de enjuiciamiento y otras no, o sean sumarias y especiales, en última instancia en todas ellas existen posibilidades de defensa. Tan simplificada e incorrecta proyección de la doctrina constitucional por el juez ordinario, supone, en la práctica, la más patente de las indefensiones. Solo faltaría que los órganos jurisdiccionales aplicasen «notarialmente» la doctrina de la STC 147/1994, sobre resoluciones interlocutorias, lo que supondría, *de facto*, la entera desaparición del sistema de recursos legalmente establecidos frente a las mismas.

(30) «El control de constitucionalidad de...», *op. supra cit.*, págs. 75-92.

un juicio declarativo en el que se ejerce una acción reivindicatoria, ha de saber también que la doctrina sobre los derechos fundamentales elaborada por el Tribunal Constitucional en el proceso de amparo, está condicionada por la naturaleza de ese proceso (límites objetivos del recurso) y circunscrita al «monopolio declarativo de la vulneración». Esto acrecienta, indudablemente, la complejidad de su función, pero también geoméricamente su protagonismo —vale decir responsabilidad— como juez de los derechos fundamentales.

Ni la existencia de los derechos fundamentales depende del proceso de amparo (31), ni el Tribunal Constitucional tiene siempre la última palabra sobre su contenido («contra-amparo»), ni en todo pleito sobre derechos fundamentales se suscita necesariamente un conflicto sobre sus «mínimos de existencia» (violación vs. interpretación). Item más: existen derechos fundamentales —pienso en un derecho tan genuino como el de propiedad— sobre los que nada puede decir el Tribunal Constitucional en su jurisdicción de amparo. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de propiedad no descansa, en consecuencia, en su «supremacía» como juez de los derechos fundamentales. Por el contrario, obedece a su monopolio jurisdiccional sobre la ley (32).

(31) En este sentido, hago más las siguientes palabras del profesor Rubio Llorente: «Aunque una extensa parte de nuestra doctrina, e incluso el Tribunal Constitucional durante algún tiempo, han identificado la noción de derecho fundamental con la de derecho protegido en amparo (una identificación que, dicho sea de paso, conduciría necesariamente a la conclusión de que no existen derechos fundamentales en Francia, o en Italia, o en los Estados Unidos de América, puesto que en ninguno de estos países existe una institución de este género) hoy es, creo, doctrina pacífica, y desde luego doctrina del Tribunal Constitucional, la de que por derechos fundamentales hay que entender todos aquellos que la Constitución sustrae a la decisión del legislador ordinario, al que impone la obligación de respetar su contenido esencial», en «La libertad de empresa en la Constitución», *La reforma del mercado de trabajo*, EFRÉN BORRAJO DACRUZ (dir.), Actualidad Editorial, S. A., Madrid, 1993.

(32) Por ese motivo, me resulta difícil compartir la tesis de los profesores Rubio Llorente y J. Jiménez Campo (obras citadas en la nota 16 de este trabajo), que ven en el dictado del artículo 123.1 de la Constitución, un reconocimiento de la «supremacía» del Tribunal Constitucional sobre el Tribunal Supremo en el ejercicio de la jurisdicción de los derechos fundamentales. En efecto, es cierto, que el mencionado precepto constitucional declara que el Tribunal Supremo es el órgano superior en todos los órdenes, «salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Mi duda viene, si mal no he interpretado, por la identificación que defienden los autores entre derechos fundamentales y «garantías constitucionales». Como queda dicho, desde el momento en que no todos los derechos fundamentales son susceptibles de protección por el cauce del recurso de amparo constitucional (derecho de propiedad, libertad de empresa...) esa supremacía será materialmente parcial y, además, limitada exclusivamente al «monopolio de la vulneración». La existencia de derechos fundamentales no protegibles en amparo y, dado que por mandato del artículo 53.1 CE todos ellos están reservados a la ley, suscita a su vez la duda acerca de

Este peculiar carácter bifronte de los derechos en la jurisdicción de amparo, nacido de su parcial co-partición recuerda, en fin —el símil es casi obligado— a Jano, divinidad protectora de todos los inicios. De él escribió Ovidio en el primer libro de los Fastos: «Los antiguos le llamaban el caos, y sólo en el momento de la separación de los elementos, tomó la forma de dios.» La jurisdicción de amparo es sólo cosa de mortales y, por ello, siempre será imperfecta. Pero acaso sea momento de pensar, si no en la «separación de los elementos» (Tribunal Constitucional, juez de la ley/Poder Judicial, juez de los derechos) —ideal, que hoy se me antoja demasiado distante— sí, al menos, en alcanzar una más exacta clarificación de los mismos, porque la tensión que en ella se genera entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial no es de mero alcance orgánico-institucional, como a menudo se subraya: puede afectar, lo acabamos de ver, a la eficacia misma de los derechos fundamentales.

si esa supremacía del Tribunal Constitucional en la jurisdicción de los derechos fundamentales, descansa en su condición de juez de los derechos o en su monopolio jurisdiccional sobre la ley. La figura de la llamada autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC) lejos de clarificarla, a mi juicio, la ensombrece. Por otra parte, una lectura aislada del artículo 123.1 CE y llevada —a efectos puramente polémicos— al absurdo podía hacer pensar que si el Tribunal Supremo es «supremo» en todos los órdenes salvo en la jurisdicción de los derechos fundamentales, el artículo 123.1 también le reconoce jurisdicción sobre la ley. Creo, por ello, que la alocución «garantías constitucionales» del artículo 123.1 CE es cosa más amplia que derechos fundamentales (también la reserva de ley, la cláusula del Estado de Derecho, el reconocimiento de la autonomía local o el procedimiento de reforma, son garantías constitucionales), y que bajo la misma se hace referencia a la defensa última de la Constitución. Es decir, el Tribunal Supremo es supremo en todos los órdenes salvo en de la garantía final de la Constitución que corresponde —ya sea frente a la Administración, frente a los Jueces o frente al legislador— al Tribunal Constitucional, como guardián que es del pacto constituyente. Por otra parte, lo que hace «supremo» al Tribunal Supremo es algo que descansa más en su condición de Tribunal de casación que en el hecho de ser una última instancia jurisdiccional. En efecto, muchos litigios, ya por razón de la materia, ya por razón de la cuantía, no son susceptibles de recurso ante el Tribunal Supremo y, por tanto, en tales casos el Supremo no tiene la «última palabra». Es, sin embargo, la naturaleza del recurso de casación, nacido para la defensa del Ordenamiento o de la propia doctrina legal del Tribunal Supremo (recurso de casación por infracción de ley, por quebrantamiento de doctrina legal, para la unificación de doctrina o por vulneración de precepto constitucional) la que confiere al Tribunal de casación una «supremacía» general sobre los demás órdenes que integran jurisdicción ordinaria. Efecto éste, que nunca se podrá atribuir al recurso de amparo constitucional dado que, por su propia naturaleza y según queda expuesto, nunca podrá operar como un recurso en interés del derecho de los derechos fundamentales.

NOTA

