

EL RECURSO DE AMPARO

(Aspectos políticos y jurídico-procesales)

José ASENSI SABATER
Universidad de Alicante

1. El simple reconocimiento de los derechos fundamentales o su mera presencia en el ordenamiento jurídico no comporta siempre la vigencia efectiva de los mismos, ni la garantía de aplicación en toda su extensión. Para que ello se produzca, es preciso que su reconocimiento y, sobre todo, su ejercicio, sean objeto de una protección especial por parte de los órganos del Estado. La evolución histórica del Derecho Constitucional muestra con claridad que la progresión en el desarrollo de los postulados del Estado de Derecho ha seguido un camino sinuoso y pleno de dificultades, a lo largo del cual, los «derechos fundamentales» se han ido configurando como verdaderos derechos públicos subjetivos, es decir, garantizados por el Estado en su ejercicio⁽¹⁾.

La doctrina constitucionalista ha insistido en la necesidad del reforzamiento garantista que debe acompañar a los derechos fundamentales. En los regímenes democrático-liberales son múltiples las instituciones y las «condiciones jurídico-constitucionales» que convergen en la función de proporcionar los instrumentos para su defensa: el principio de legalidad, el principio de la separación formal de poderes, el pluralismo político, la supremacía, el fin, de las normas constitucionales y el control jurídico del respeto efectivo a la jerarquía normativa⁽²⁾; todo ello no son sino condiciones generales y necesarias en orden a la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, pero no son suficientes. Falta un instrumento que opera como decisiva garantía de los mismos, caracterizado por una eficacia mucho más próxima e inmediata porque da satisfacción directa a los problemas reales que se plantean cuando un derecho fundamental resulta violado: el control judicial⁽³⁾. Ante el supuesto de violación de un derecho fundamental, lo que interesa a su ciudadano titular es contar con aquella persona, órgano o institución, fácilmente accesible, que juzgue su caso concreto con arreglo a Derecho y le dé satisfacción. De esta manera, la máxima concreción de los derechos fundamentales consiste en la posibilidad de acceso a la protección y control judiciales, no sólo en caso de violación de los derechos procedente de los demás ciudadanos, sino, especialmente, frente a la acción de los órganos del Estado⁽⁴⁾. Desde esta

perspectiva, el poder judicial se perfila como el auténtico poder garante de los derechos y libertades y la única instancia capaz de hacer prevalecer la efectividad de su ejercicio. Construyendo a todos los sujetos obligados a respetarlos—el Estado, en la generalidad de los casos—dentro de la más estricta observancia.

2. Ambos elementos—constitucionalización de los derechos fundamentales y protección judicial del ejercicio de los mismos—son, pues, inseparables. Para corroborar la importancia de su interacción basta recordar la situación de los derechos fundamentales en nuestro país durante el franquismo. Como se ha señalado «la técnica de protección de los derechos fundamentales seguida en el régimen anterior fue una auténtica burla; si bien una Ley Fundamental... hacía proclamaciones enfáticas de derechos, su efectividad quedaba condicionada enteramente a las Leyes de desarrollo que no llegaban nunca a dictarse, o cuando se dictaron regularon a su arbitrio el ámbito y los condicionamientos de los derechos abstracta y retóricamente proclamados» (García de Enterría).

Ciertamente, algunas Leyes Fundamentales como el Fuero de los Españoles o el Fuero del Trabajo, proclamaron los derechos fundamentales en sus textos, pero a nadie se le oculta hoy que tales declaraciones tenían un valor puramente semántico, es decir, no iban destinados a procurar la vigencia de tales derechos, sino que tenían por finalidad subyacente la formación de una imagen del Régimen que no chirriase al contacto con los regímenes democráticos de la época. Por otro lado, desde el punto de vista de la estructura normativa de los derechos proclamados en las Leyes Fundamentales, estábamos, en realidad, ante normas en blanco cuya efectividad quedaba seguidamente condicionada a Leyes de desarrollo, tal como se establecía en el propio artículo 34 de Fuero de los Españoles.

Ahora bien, no sólo se subvirtió en el régimen franquista el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales, sino que el segundo elemento a que nos referíamos—el Poder Judicial—colaboró en buena medida a la tarea. Si esta situación pudo producirse ello fue debido a la claudicación del Poder Judicial ante el Ejecutivo, en el contexto de un sistema político en el que más que la separación formal de poderes se reconocía la división de funciones y, en la práctica, la confusión del Poder Ju-

dicial, en el ámbito de las relaciones políticas, con el poder en manos de los aparatos de la dictadura. Dicha sumisión del Judicial al Ejecutivo se llevó a cabo en un doble plano: en el plano orgánico y en el propiamente procesal.

Respecto del primer objetivo, el Régimen franquista llevó a cabo de modo manifiesto una amplísima depuración de la magistratura a partir del Decreto de 3 de Noviembre de 1936 y de las Leyes de 9 de Febrero de 1939 y de 19 de Febrero de 1942; en ellas—y al igual que aconteció en el conjunto de la Administración Pública—el cincuenta por ciento de las vacantes de la judicatura fueron reservadas a los funcionarios más sumisos al régimen entonces imperante, especialmente, a los excombatientes; una vez acometida la fase de depuración, las certificaciones de especial idoneidad o declaraciones de aptitud expedidas por el Consejo judicial, funcionaron como un filtro político destinado a impedir la promoción de jueces independientes a los puestos de confianza.

Controlada la cúspide del Poder Judicial por el Ejecutivo, la jurisprudencia de nuestros Tribunales contribuiría al segundo de los objetivos enunciados: vaciar de contenido las declaraciones del Fuero de los Españoles. No cabe aquí reclamar para los juristas españoles la paternidad del invento. Con anterioridad a ellos, en los primeros tiempos del Nacionalsozialismo, el Tribunal Federal Alemán ya había sentado la doctrina conforme a la cual a los tribunales no les era dado entrar a enjuiciar la conformidad o no de una norma con la Constitución de Weimar, siempre y cuando hubiese sido debidamente promulgada. Ciertamente, en el ordenamiento jurídico del Régimen franquista, la parte dogmática de las llamadas «Leyes Fundamentales» no era de aplicación judicial directa y, por tanto, los derechos fundamentales sólo tenían virtualidad en función de las leyes que los desarrollaban; sin embargo, como parte del ordenamiento tenían un valor informador de la jurisprudencia: los jueces no estaban sometidos sino a la Ley pero la formulación de los derechos fundamentales contenía principios generales de interpretación y orientación de la función judicial. El fenómeno más llamativo de la jurisprudencia española en este período es precisamente la utilización que se hizo de la formulación de los derechos en las Leyes Fundamentales; cuando la norma ordinaria era más

restrictiva de un derecho fundamental que la norma Constitucional, nuestros Tribunales aplicaban exclusivamente aquella: así la Ley de Prensa e Imprenta de 1966, antes que el artículo 12 del Fuero de los españoles que consagraba la libertad de expresión; la Ley de Orden Público, antes que la inviolabilidad de domicilio consagrada en el art. 15 del F. de los E. o el derecho a la libertad de movimiento del art. 18. En los supuestos en que el legislador ordinario no había desarrollado legislativamente las proclamaciones fundamentales, el Tribunal Supremo venía a colmar tan importante laguna por la vía de reputar éstos como meramente programáticos, tal y como ocurrió, por ejemplo, con la invocación del principio de *legalidad*, sancionado entonces por el art. 19 del Fuero de los Españoles.

Por el contrario, cuando la regulación de un derecho fundamental era más restrictiva en una norma fundamental que en la correspondiente ordinaria, nuestros poderes públicos no tenían el menor inconveniente a la hora de invocar el principio de jerarquía normativa constitucional: tal fue el caso que sucedió con el plazo de la detención policial, en el que frente al de 24 horas consagrado desde antiguo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 496) o el Código Penal (art. 186, anterior a la Reforma 1963), se reclamó la vigencia del plazo de 72 horas establecido en el Fuero de los Españoles⁽⁷⁾.

3. Quizás fueron todos estos condicionamientos los que obligaron al legislador constituyente a rehuir el control difuso de los derechos fundamentales por parte de nuestros Tribunales y a confiar su control en última instancia al Tribunal Constitucional. La situación, por otro lado, es típica de los procesos políticos en los cuales se produce el paso de un régimen autocrático a otro de carácter democrático. A este respecto, es evidente que ha jugado un papel importante el temor a la formación conservadora de los jueces y a su carácter profesional y no electivo; debido, precisamente, a la configuración del poder judicial no resultaba fácil confiarles en exclusiva el control de la voluntad popular expresada en la Constitución y en las leyes.

En efecto, no ha habido un proceso de depuración del Poder Judicial en sentido inverso al que se produjo después de 1936. Por el contrario, en este nivel del aparato estatal, la continuidad ha sido la norma general, atri-

buyéndose al Poder Judicial heredado la decisiva tarea de ser piedra angular del nuevo Estado de Derecho. En este contexto, con las necesarias cautelas, podríamos aventurar la hipótesis de que la hibridación de una jurisdicción concentrada—Tribunal Constitucional—y un control difuso—Poder Judicial—constituye un reflejo más de la naturaleza del cambio jurídico-político operado en nuestro país. Los tribunales ordinarios tienen encomendada la protección sumaria e inmediata de los derechos fundamentales (art. 53.1 CE) pero es el Tribunal Constitucional quien en última instancia decide sobre la extensión y los límites de los mismos; quizás no cupiera otro procedimiento que el empleado dados los condicionantes políticos en que se produjo la transición y las dificultades técnicas que podría haber comportado cualquier otra solución. El artículo 161.1 de la Constitución establece que el «Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: b) Del recurso del amparo por violación de los derechos y libertades referidos en artículo 53.2 de esta Constitución». Ciertamente, ni es ésta la más importante función que acomete el citado Tribunal (puesto que junto a ella desarrolla otra de control de la legalidad material y formal, a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, de control previo de inconstitucionalidad y de solución de los conflictos constitucionales e impugnación de las disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas), ni es exclusivamente por él desarrollada, ya que los derechos públicos vinculan a todos los poderes del Estado (artículo 53.1.3 y artículo 9.1C), pero en la protección de los derechos consagrados en la sección primera del capítulo 2.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha de tener siempre «la última palabra», cuando el particular lesionado en su derecho fundamental no haya recibido satisfacción por parte de los Tribunales Ordinarios.

En efecto, dispone el artículo 53.2 de la Constitución que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 (principio de igualdad) y la sección primera del capítulo 2.º ante los Tribunales Ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Retomando así el ejemplo de la Constitución Mexicana de 1917, el de la Austriaca de 1920 y su reforma de 1923, el de nuestra Constitución Republicana de 1931 y el Verfassungsberchwerde de la República Federal Alemana (introducido por Ley ordinaria de 12 de Marzo de 1951), nuestra Constitución ha reinstaurado el recurso de amparo, si bien y a diferencia del amparo español republicano, como requisito previo al recurso constitucional de amparo, no ha sentido la necesidad de crear Tribunales especiales nuevos algunos, sino que ha confiado la tutela de los derechos fundamentales, en primer lugar, a los Tribunales Ordinarios y subsidiariamente al Tribunal Constitucional.

II.—DERECHOS SUSCEPTIBLES DE AMPARO

Efectivamente hoy son los derechos relacionados en el artículo 53.2 de la Constitución los que pueden ser invocados a través del procedimiento de amparo, derechos que se han ido incorporando paulatinamente en nuestro ordenamiento. El primer texto preconstitucional sobre la materia lo constituyeron los pactos de la Moncloa aprobados el día 27 de octubre de 1977, en el que se estableció la necesidad de instaurar un proceso sumario para la protección de libertades de expresión, derecho de reunión y derecho de asociación política. Promulgada la Constitución, la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de 23 de enero de 1979 estableció un catálogo parcial de derechos fundamentales que habían de ser protegidos a través del recurso de amparo ordinario, relación que fue posteriormente ampliada por el Real Decreto Legislativo de 20 de febrero de 1979, la cual tampoco fue exhaustiva. Habrá que esperar, pues, a la promulgación a la Ley Orgánica del Tribunal constitucional de 3 de octubre de 1979, en cuya disposición adicional 2.ª punto 2.º se declara que «el ámbito de la misma (de vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo) se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2 de la Constitución».

En consecuencia, hoy puede invocarse por la vía del recurso de amparo la reparación o restablecimiento de la vulneración del principio de igual-

dad de los españoles ante la Ley (artículo 14), el derecho a la objeción de conciencia (artículo 30.2) y los derechos fundamentales contenidos en los artículos 15 al 29 que integran la sección primera del capítulo 2.º del Título Primero de la Constitución. Por razón de la materia, queda pues el ámbito del recurso de amparo circunscrito a los derechos fundamentales mencionados, lo que no significa que no pueda invocarse cualquier otro precepto fundamental vulnerado, pero la violación de dicha norma habrá de conectarse con alguna de las preestablecidas en los artículos 14 al 30.2.º de la Constitución. Así, por ejemplo, la violación de los principios de unidad, monopolio y exclusividad de la jurisdicción hoy sancionados por el artículo 117 de la Constitución no pueden ser invocados en un recurso de amparo (piénsese, por ejemplo, en una extralimitación de la jurisdicción militar o eclesiástica), sino por la vía de conectar la violación a esta norma fundamental con la declaración contenida en el artículo 24.2 de la Constitución, conforme al cual todos tienen derecho al Juez Ordinario pre-determinado por la Ley. Lo mismo sucedería en el caso de la creación de un Tribunal de Excepción, cuya prohibición se encuentra en el artículo 117.6 o en el de la exoneración injustificada del beneficio de pobreza del artículo 118 que habría de conectarlo con el 24.1 de la Constitución, o con el problema de la fianza del acusador particular, en cuyo caso la frustración de este derecho sancionado en el artículo 125 hay que conectarlo con el 24.1 de la Constitución.

III.—TITULARIDAD DEL RECURSO DE AMPARO

Del tenor literal de la norma transcrita resulta claro que el titular del recurso de amparo es cualquier «ciudadano», esto es, tanto los españoles como los extranjeros; éstos últimos como consecuencia también de la declaración contenida en el artículo 13 de la propia Ley Fundamental y de la ratificación por España de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, así como el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽⁸⁾.

Además de las personas físicas mencionadas, tienen capacidad las personas jurídicas, de conformidad con el artículo 162.1 B de la propia

Constitución, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, si bien con respecto a este último órgano jurisdiccional, hay que señalar que una orden circular del año 1979, en concreto la instrucción n.º 2, le prohíbe la utilización del recurso de amparo ordinario frente a los actos del poder ejecutivo.

En cuanto a la legitimación, la norma fundamental invocada, que ha de ser puesta en relación con el artículo 46 de la LOTC, tan sólo dispone que las tales personas naturales o jurídicas «invoquen un interés legítimo». El concepto de interés legítimo es mucho más amplio que el de interés directo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no siendo por tanto necesario que el titular del recurso de amparo sea el del derecho público vulnerado, ni siquiera que la lesión le haya producido al recurrente directamente un beneficio o un perjuicio⁽⁹⁾, concepto éste el de «interés legítimo», que ha de prevalecer frente a los empleados por el artículo 46.1 LOTC («la persona directamente afectada, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente»), dado su superior rango normativo⁽¹⁰⁾ debiendo encontrar cabida en dicho concepto la legitimación de los portadores de «intereses difusos»⁽¹¹⁾. Por tal razón, no parece desafortunada la redacción en este punto del anteproyecto de Ley de Habeas Corpus que confiere legitimación activa a cualquier ciudadano sin necesidad de ostentar legitimación material alguna, es decir, consagra un fenómeno de acción popular.

IV.—AMPARO ORDINARIO Y AMPARO CONSTITUCIONAL

Delimitados los sujetos de derecho que pueden ejercitar el recurso de amparo, veamos ahora cómo se ejercita dicho recurso. Volviendo al art. 53.2 de la Constitución, de su tenor literal resulta que los ciudadanos pueden ejercitar el recurso de amparo, en primer lugar, ante los Tribunales Ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Del régimen de dicho precepto cabe pues distinguir la existencia de un amparo ordinario, que puede ejercitarse ante los Tribunales que integran el Poder Judicial, y un amparo especial a realizar ante el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, los titulares del recurso de amparo antes de llegar al Tribunal Constitucional habrán de ejercitar la denominada vía ordinaria ante los Tribunales que integran la jurisdicción. Sin embargo, de dicha regla general hay que extraer dos supuestos, uno delimitado por el propio art. 53.2, el de la objeción de conciencia y otro, el de las resoluciones emanadas de los poderes normativos del Estado, establecido por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 42). En estos dos casos, el recurrente tiene acceso directo al Tribunal Constitucional para deducir su pretensión de amparo, sin necesidad de agotar previamente la vía judicial ordinaria.

Pero, en los demás casos, esto es, cuando la lesión del Derecho Fundamental haya sido producida por un órgano de Poder Ejecutivo o por el Poder Judicial, el particular habrá de acudir a los Tribunales Ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión, y tan sólo en el supuesto de que se viera ésta frustrada, podrá acudir al Tribunal Constitucional como última vía para obtener la separación o restablecimiento de su derecho dentro del Estado español. Finalmente, si no obtuviera su pretensión satisfacción ante el Tribunal Constitucional, todavía podría acudir a la Comisión Europea de Derechos Humanos o al Tribunal de Derechos Humanos con sede en Strasburgo.

Pero salvando esta última eventualidad, nada atractiva debido a la dilación que la Comisión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos mantiene en la fecha para la resolución de tales recursos (en el momento actual la tramitación de un recurso ante la Comisión y después, ante el Tribunal, puede durar hasta 4 años), el recurrente habrá de acudir a los Tribunales Ordinarios y subsidiariamente al Tribunal Constitucional para obtener la realización de su derecho. La existencia de estas dos vías de amparo, la ordinaria y la Constitucional, ha llevado a la doctrina a plantearse cual sea la naturaleza de estas dos instancias. ¿Constituye el Tribunal Constitucional una nueva y distinta instancia a la de los Tribunales Ordinarios? Por esta solución habría que abonar de considerar al Tribunal Constitucional como una Jurisdicción especial (González Pérez). Pero esta solución no es reclamable en nuestro ordenamiento, porque en el Tribunal Constitucional no concurren las notas que cualifican a las jurisdicciones

especiales, esto es la falta de independencia. En efecto, en el Tribunal Constitucional no sólo concurre la nota objetiva de la jurisdicción, es decir la de resolver los conflictos de una manera definitiva e irrevocable, sino que también es un órgano dotado institucionalmente de independencia, la cual se observa tanto en sí mismo considerado como frente a los demás órganos constitucionales, así como en el Estatuto Interno de sus Magistrados que son inamovibles en el ejercicio de su mandato y que solamente se encuentran sometidos a la Constitución y a su Ley Orgánica; la circunstancia, ello no obstante, de que el Estatuto Jurídico de sus Magistrados no sea el mismo que el de los integrantes del Poder Judicial, estando en particular excluidos del régimen del autogobierno la peculiaridad de las pretensiones sobre las que extiende su competencia, las cuales han de estar siempre fundadas en el Derecho Constitucional dentro del título 6.º de la Constitución, referente al Poder Judicial, obligan a pensar que el Tribunal Constitucional, aunque es un órgano integrante de la jurisdicción, está situado fuera del Poder Judicial, no es, por tanto, un Tribunal Ordinario, sino que, al igual como sucede con el Tribunal de Cuentas y los Tribunales tradicionales, el Tribunal Constitucional pertenece a la categoría de los Tribunales Especiales⁽¹²⁾.

V.—PROCEDIMIENTO DE AMPARO

Conforme, pues, a la naturaleza del órgano presuntamente autor de la infracción del derecho fundamental, la pretensión ordinaria de amparo habrá de dilucidarse a través de un distinto procedimiento. Si el presunto autor de la infracción es un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, habrá que deducir la pretensión de amparo a través del denominado procedimiento sumario y preferente del art. 53.2 de la Constitución; si, por el contrario, el autor de dicha violación es un órgano del Poder Judicial, antes de acudir al Tribunal Constitucional, habrá que utilizar todos los recursos pertinentes dentro de la vía judicial. Veamos un poco más detenidamente cada uno de estos dos procedimientos.

A) *Recurso de amparo ordinario contra actos provenientes de los órganos judiciales:*

Si el presunto autor de la infracción es un órgano judicial, el recurrente en amparo no habrá de ejercitar el proceso preferente y sumario del art. 53.2 de la Constitución, sino que según el art. 44 de la Ley Organica del Tribunal Constitucional, habrá de «agotar todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

De conformidad con la Constitución, por «órganos judiciales» hay que entender aquí quienes detentan en régimen de monopolio el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, los cuales están integrados por Jueces y Magistrados «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley».

Esta observación es importante, porque conlleva la necesidad de excluir del carácter de órgano jurisdiccional a los que pudieran integrar las denominadas jurisdicciones especiales que (a excepción de la militar, siempre y cuando se ciña al ámbito estrictamente castrense) no obstante su inconstitucionalidad, todavía permanecen vigentes en nuestro país. Por tal razón, en el supuesto de actos dimanantes de las tales jurisdicciones especiales, habrá que acudir al segundo procedimiento que después examinaremos, porque en tales casos, puede el recurrente encontrarse con un auto de inadmisión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como parece que ha sucedido con el célebre recurso constitucional del 23 de Febrero.

Para utilizar, pues, la vía preestablecida en el art. 44 de la LOTC, habrá de ser un órgano integrante de la Jurisdicción quien haya cometido una violación en un derecho fundamental y, es más, la referida violación ha de ser «imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso». Sobre el alcance de la expresión «de modo inmediato y directo» es algo que después volveremos, al hablar de las infracciones de los derechos fundamentales cometidas por los particulares; sea suficiente recordar aquí que de la redacción del art. 44 b y c de la Constitución, no se despren-

de que nos encontramos todavía ante una pretensión de amparo a deducir por el particular, sino ante un acto de conocimiento por el que el gravado por una resolución lesiva de un derecho fundamental ha de limitarse a evidenciar ante el órgano jurisdiccional ordinario la existencia de dicha infracción y, en el caso de no ser ella subsanada, a alegarla en ejercicio de los medios de impugnación, como un vicio más «in iudicando» o «in procedendo» a acumular en la fundamentación del pertinente recurso. Pero, en todo caso, queda suficientemente claro que el objeto de dicho proceso previo es la pretensión principal (civil, laboral, penal o contencioso-administrativa) y no la pretensión de amparo que, por primera vez, se ejercerá ante el Tribunal Constitucional. Por tanto, en tales casos, no nos encontramos ante una segunda instancia del Tribunal Constitucional, sino ante un proceso constitucional en el que dicho Tribunal conoce en única y definitiva instancia de la pretensión constitucional de amparo, siendo manifiestamente inapropiada, por lo tanto, la utilización del término recurso para designar este procedimiento.

Por tal razón, el mismo art. 44, veda al Tribunal Constitucional la posibilidad de entrar a conocer sobre los hechos que dieron lugar al proceso, aunque, como es evidente, habrá de conocer naturalmente de los hechos causantes de la infracción del derecho fundamental el cual, si es la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución y debido a su naturaleza de derecho material, puede conllevar indirectamente un examen del fondo del asunto de la relación jurídico-material, tal y como ya ha acontecido con dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional.

B) *El procedimiento de amparo contra actos dimanantes del Poder Ejecutivo:*

Si por el contrario la lesión de un derecho fundamental proviene de un acto del Gobierno, de la Administración Central, periférica o autonómica, dispone el art. 43.1 de la LOTC que, antes de acudir al Tribunal Constitucional, el particular habrá de agotar «la vía judicial procedente» la cual no es otra, sino la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978 de 26 de Diciembre». El particular, pues, podrá, bien elegir el proceso contencioso-administrativo ordinario o bien

acudir al proceso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales. Pero antes de hablar de los procedimientos adecuados, conviene examinemos los actos susceptibles de tales recursos contencioso-administrativos.

a) *El recurso de amparo contra actos lesivos de derechos fundamentales cometidos por los particulares:*

Y llegados a este punto una cuestión previa ha de plantearse, y es la de si el acto lesivo de un derecho fundamental, necesariamente, ha de ser producido por la Administración o, por el contrario, puede ser cometido por la Administración sometida a normas de Derecho Privado o por algún particular. La naturaleza de las cosas nos dice que ello puede suceder así, ¿pero permite nuestro ordenamiento dirigir un recurso de amparo contra un particular presunto autor de una infracción de un derecho fundamental?. Del tenor literal del art. 43 LOTC, así como del art. 53 de la Constitución habría que llegar a una contestación negativa. Sin embargo, tampoco es menos cierto que el art. 9 de la Constitución establece que no sólo los poderes públicos sino también «los ciudadanos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; de otro lado, la redacción de los derechos fundamentales susceptibles de protección en vía de amparo («todos tienen derecho a la vida....., toda persona tiene derecho a la libertad, se garantiza el derecho al honor, etc.») nos llevan a reafirmar que el sujeto destinatario de tales derechos fundamentales no es exclusivamente el Estado, sino también los propios ciudadanos.

De este problema se ha ocupado ya la doctrina española y, antes que ella, la alemana e italiana, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, quienes han lanzado tesis tales como la de la *unmittelbar Drittwirkung* y de la *mittelbar Drittwirkung*, esto es, la de la eficacia inmediata o mediata de los derechos fundamentales frente a terceros y, en base a ellas, el Tribunal Constitucional alemán cuenta ya con una copiosa jurisprudencia.

Ciertamente es peligrosa la invocación de una eficacia inmediata de la Constitución en el ámbito del Derecho Privado, porque haría peligrar la seguridad jurídica (piénsese, por ejemplo, el caso de que un trabajador se sienta preterido por una promoción en su empleo de trabajo y decida es-

tablecer un recurso de amparo en base a la vulneración del principio de igualdad), pero tampoco es menos evidente que, al igual que el Estado, los particulares han de estar obligados al acatamiento de los derechos fundamentales y que, de no permitirse la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en tales casos, podría conculcarse la función nomofiláctica que en esta materia ha de asumir nuestro alto Tribunal. Por tal razón, la doctrina que se ha pronunciado sobre esta tema, invocando normalmente las tesis de RAISER, ha postulado una influencia general de la Constitución en esta materia que ha de desplegarse en la protección fundamental de determinados derechos, tales como el art. 16 (piensese el supuesto en que un empleado de la enseñanza sea despedido por su creencia o ideología) o el art. 20 (negativas a la reproducción del derecho de réplica en los medios de comunicación social de masas) o el art. 22 (piensese el supuesto en que un trabajador de un periódico es despedido por pertenecer a un determinado Sindicato). En todos estos supuestos debiera admitirse la vía del recurso de amparo.

El obstáculo que se alza aquí, ello no obstante, es el del procedimiento para deducir la pretensión de amparo. En tales casos no parece que sea adecuado el preestablecido en el art. 43 de la LOTC; mejor suerte tendría el particular si ejercitara su pretensión por la vía ordinaria procedente y, dentro de ella, solicitara del Juez o Tribunal la restauración o reestablecimiento de su derecho fundamental vulnerado. En tal supuesto, si el Juzgador no diera satisfacción a dicha pretensión, el particular podría ejercitar el recurso de amparo por la vía del art. 44 LOTC, antes mencionado, sin que quepa oponer aquí que la violación del derecho no es imputable de modo inmediato y directo al órgano jurisdiccional porque, en realidad, existen dos infracciones al derecho fundamental, el realizado mediante acción por el particular, y el que comete el Juez por omisión, puesto que deja de aplicar una norma fundamental, de Imperativa observancia, a tenor de los arts. 19 y 53 de la Constitución.

b) *Lesiones de derechos fundamentales cometida por órganos del poder ejecutivo:*

Pero, salvando estas eventualidades, sobre cuyos pronunciamientos la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha de ser extremadamente

cautelosa, el recurso de amparo habrá de plantearse contra actos jurídicos o simples vías de hechos de los órganos del Poder Ejecutivo. En este extremo, la LOTC ha producido una ampliación del ámbito de conocimiento del recurso contencioso-administrativo con respecto a la de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. En la actualidad por este procedimiento no sólo se pueden recurrir los actos sometidos al Derecho Administrativo que lesionan derechos fundamentales, sino todo acto jurídico, incluidos también, por lo tanto, los actos políticos y los del art. 40 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que han dejado, en esta materia, de escaparse al ámbito de conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso. En tal sentido existe ya la sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de Junio de 1981 que ha extendido el ámbito del recurso de amparo a las materias disciplinarias del Ejército.

c) Procedimientos aplicables:

Determinados los actos que pueden ser impugnados a través del recurso de amparo, veamos por último los procedimientos aplicables.

Tal y como ya se ha avanzado el recurrente en amparo es libre de utilizar el proceso contencioso-administrativo ordinario o acudir al proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

En el 99 % de los casos hay que pensar que el particular se inclinará por esta segunda vía procesal, toda vez que el procedimiento especial ofrece notables ventajas las cuales pueden resumirse en las siguientes:

a') *La brevedad en su tramitación:* frente a la dilación que supone la tramitación de un proceso contencioso-administrativo ordinario (en primera instancia más de un año), el contencioso-administrativo creado de 26 de diciembre de 1978 ofrece una tramitación sustancialmente acelerada, pudiendo establecerse su duración en 50 días si hay fase probatoria, sobre cuya admisión decide libremente el Tribunal y en un mes si no existiera tal período probatorio.

b') *Robustecimiento del principio de igualdad de armas:* como es sabido, el proceso contencioso-administrativo ordinario es un proceso desigual, puesto que la Administración tiene más prerrogativas que el administrado. En el procedimiento contencioso administrativo especial se ha

reequilibrado el principio de igualdad de armas, quitándosele a la Administración alguna de las tales prerrogativas, tales como la necesidad de interponer *recurso de reposición* previo al recurso contencioso-administrativo; limitándose el privilegio de ejecución del acto administrativo, por la vía de establecer como regla general la suspensión del acto administrativo, en cuyo incidente, para solicitar dicha *suspensión* corresponde a la Administración y no al administrado la carga de probar que, de no ejecutarse el acto, se producirán perjuicios irreparables; además la suspensión no requiere necesariamente la satisfacción de la oportuna contra cautela (*fianza*) del administrado; tampoco la no *remisión del expediente* por parte de la Administración supone la paralización del procedimiento contencioso, además se preveen expresamente *medidas coercitivas de carácter personal* (el testimonio por desobediencia) para evitar dicha eventualidad; digamos por último que la *apelación* lo es *en un sólo efecto*, con lo que, si el administrado ha obtenido la suspensión de los efectos del acto administrativo su derecho no será vulnerado en ulteriores instancias.

En definitiva, nos encontramos ante un procedimiento más rápido, eficaz y barato que el proceso contencioso-administrativo ordinario, por lo que se constituye en un procedimiento modélico, inspirador de futuras reformas del propio proceso ordinario.

Sin embargo, no todos son ventajas a anotar en el activo de dicho procedimiento especial, sino que también se aprecian algunos *inconvenientes*. Uno de ellos es el de la imposición del criterio del vencimiento de las costas, con lo que el administrado, debe saber que, si no tiene una satisfacción al menos parcial de su pretensión, tendrá que satisfacer la totalidad de las costas procesales ocasionadas. Pero el fundamental de ellos, reside en que el legislador no ha previsto la posibilidad de cambio de procedimiento del especial al ordinario, con lo que si es desestimada totalmente su pretensión, no podrá volver a suscitar el proceso contencioso-administrativo ordinario, porque habrán transcurrido ya con creces los plazos para la interposición de dicho recurso, máxime si se tiene en cuenta que, en el especial, no es preceptivo el recurso de reposición previo, que sí constituye un presupuesto procesal en el contencioso administrativo ordinario. Si no se quiere hacer frustrar el derecho de amparo, en tal caso,

habrá que entender que el proceso contencioso-administrativo especial ha creado *litispendencia* y que, como efecto connatural a ella, el plazo para acudir al contencioso-administrativo ordinario ha quedado en suspenso hasta tanto se resuelva el de carácter especial⁽¹⁴⁾.

Salvado esta eventualidad, si la pretensión de amparo no ha recibido satisfacción en la primera instancia, la necesidad de agotar la vía judicial procedente obliga a que el recurrente deba reproducir su pretensión en segunda instancia ante la Audiencia Nacional o ante el Tribunal Supremo y, si alguno de estos dos órganos jurisdiccionales no otorgara tal satisfacción, es entonces cuando dentro del plazo de 20 días habrá de formalizar su demanda, ya ante el Tribunal Constitucional, quien conocerá de la pretensión de amparo en *tercera y última instancia* y, si por último el Tribunal Constitucional tampoco decidiera restablecer el supuesto derecho constitucional vulnerado, el ciudadano podría acudir a la Comisión Internacional de Derechos Humanos dentro del plazo de 6 meses contados a partir de la resolución desestimatoria del Tribunal Constitucional y pretender obtener dicha satisfacción bien de la Comisión, bien del Consejo de Ministros, del Consejo de Europa, o bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de conformidad con lo dispuesto en el convenio para la protección de los derechos humanos.

NOTAS:

(1) GONZALEZ CASANOVA, NEJ. T. XV «Sobre la positivación de las libertades públicas en el Derecho Constitucional comparado». VAZQUEZ DE PRADA. «Evolución histórico-constitucional en la regulación de los derechos fundamentales» R. C. A. n.º 109. MARTINEZ CUADRADO, M. «Algunas consideraciones sobre la positivación del derecho de asociación en el constitucionalismo contemporáneo. Libro homenaje al Prof. OLLERO, Madrid, 1972.

(2) PECES BARBA, G. «Derechos fundamentales». *Teoría General I*. Biblioteca Universitaria. Guadina. Madrid, 1973.

(3) RIVERO, J. «Cours de libertés publiques. (1968-69). Les cours des droits, Paris. Ed. Cuyas, p. 8. COLLIARD 1., «Libertés Publiques» *Precis Dalloz* 1959. ROBERT, *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration*. G.L.J. Paris, 1956. BURDEAU, G. «libertés publiques» L.G.D.J. 4.ª edit. Paris. 1972.

(4) DRAN, M. «*Le controle juridictionnel et la garantie del libertés publiques*. L.G.L.J. París.1968, p. 15. MARTIN REBOLLO, Luis. «*Libertades públicas y control judicial*». Revista de Admón. Pública, n.º 84, Sept. Dic. 1977.

(5) GARCIA DE ENTERRIA, E. *La Constitución como norma jurídica*. En la «*Constitución española. Un Estudio Sistemático*». Civitas. Madrid 1980.

(6) SOLE TURA, J. «*Introducción al régimen político español*». 2.ª edic. ARIEL, Barcelona 1972. pp. 82-84.

(7) GIMENO SENDRA, V. «*Poder Judicial, potestad jurisdiccional y legitimación de la actividad judicial*». Rev. Dcho. Procesal Iberoamericana n.º 2-3. 1978.

(8) CASTEDO ALVAREZ, «*El recurso de Amparo Constitucional*», en «*El Tribunal Constitucional*». I. Madrid, 1981, p. 193.

(9) GOMEZ-FERRER MORAN. «*Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos*», REDA, 1982, N.º 3, p. 189. ALMAGRO NOSETE, 1. «*Cuestiones sobre legitimación en el proceso constitucional de amparo*». Revista de Derecho Político, n.º 10. 1981.

(10) GONZALEZ PEREZ, «*Derecho Procesal Constitucional de Amparo*», en «*El Tribunal Constitucional*» I, p. 305.

(11) Cfr. ALMAGRO NOSETE 1., «*ob. cit.*», pp. 401 y 53.

(12) GARCIA PELAYO, M. «*El status*» del Tribunal Constitucional, Revista española de Derecho Constitucional, vol. I, n.º 1, 1981. Cfr. GARCIA ENTERRIA, E. «*La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectiva*». Revista española de Dcho. Constitucional. Volumen I. 1981.

(13) EMBID IRUJO, A., «*El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*». Cintas. R.E.D.A. n.º 25. 1980.

(14) GOMEZ FERRER Morán, «*ob. cit.*» SALAS, 1. «*Comentarios a la Ley de protección constitucional de los derechos fundamentales de la persona*». Revista de Admón. Pública n.º 93, 1981. LINDE PANIAGUA, E. «*Protección de los derechos fundamentales de las personas y libertades públicas en la Constitución española de 1978*». Revista Gral. de Legislación y Jurisprudencia. Tomo 82. Mayo 198