

PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVERGENCIA JURISDICCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

Marc CARRILLO
Universitat Pompeu Fabra
marc.carrillo@upf.edu

RESUMEN:

La Constitución española de 1978 en general y el reconocimiento de los derechos fundamentales en particular supuso una ruptura con el pasado dictatorial. Pero después de cuarenta años, la garantía de los derechos se enfrenta a retos importantes: mejorar el sistema de justicia cautelar, consolidar el recurso de amparo como una garantía extraordinaria y subsidiaria y afrontar con eficacia la convergencia jurisdiccional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE:

Constitución. Garantías jurisdiccionales. Garantía multinivel. Justicia cautelar. Recurso de amparo. Cuestión prejudicial.

ABSTRACT:

The Spanish Constitution of 1978 in general and the recognition of fundamental rights in particular was a break with the dictatorial past. But after forty years, the guarantee of rights faces important challenges: to improve the system of pre-trial justice, to consolidate the appeal of amparo as an extraordinary and subsidiary guarantee, and to deal effectively with judicial convergence with the European Court of Human Rights and The Court of Justice of the European Union.

KEY WORDS:

Constitution. Jurisdictional guarantees. Multilevel guarantee. Cautionary justice. Appeal for amparo. Preliminary question.

1. UNA PREMISA SOBRE EL CONTEXTO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS

La Constitución racional-normativa que surge del proceso constituyente consecuencia del resultado de las elecciones del 15 de junio de 1977, incorporó en su Título I una carta propia de derechos y libertades. A cuarenta años vista de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, aquella primera convocatoria electoral democrática tras la dictadura franquista, junto a la entrada en vigor del texto constitucional y su Disposición derogatoria única, por la que desaparecían del ordenamiento jurídico la Leyes Fundamentales del franquismo, fueron dos factores de ruptura con aquel régimen ominoso.

En efecto, tras el túnel de la dictadura, las primeras elecciones democráticas celebradas en España desde la II República, constituyeron un primer elemento de ruptura con el régimen de Franco. Después de cuarenta años de ser tratados como súbditos de un poder absoluto, los españoles accedían, no sin dificultades, a la condición de ciudadanos y por tanto a ser titulares de derechos a los que la Constitución dotaba de garantía jurisdiccional. Pero los obstáculos con los que se enfrentaba el poder constituyente eran relevantes: la convocatoria electoral se producía en un contexto en el que los aparatos del Estado franquista permanecían intactos. Sin depuración alguna entre sus integrantes.

Era el caso de las Fuerzas Armadas comandadas por generales que habían intervenido en el golpe contra la República y que se declaraban vencedores de una cruzada; por su parte, la jerarquía católica así la había bendecido como una guerra contra el comunismo y la masonería; el poder judicial estaba integrado por jueces mayoritariamente depositarios de una ideología y de una cultura jurídica antagónicas con el Estado de derecho; la policía tenía una relación simbiótica con el régimen y la práctica de la tortura era una de sus señas de identidad que no desaparecieron el 15-J, y en lo que concernía al empresariado, este vivía cómodamente con un sistema que había negado la libertad sindical y le garantizaba su hegemonía económica.

Todo ello en el contexto de una sociedad desmovilizada, con un interés minoritario por la vida política a pesar del cambio generacional, y donde la acción clandestina de los partidos de la oposición a la dictadura fue inexistente en la mayoría de los casos y en otros –los vinculados a algunos partidos de la izquierda– resultó insuficiente. A pesar del precio que tuvieron que pagar en vidas e integridad física, frente al aparato represor de Franco. Y lo peor, con la indiferencia de una buena parte de la sociedad.

No obstante, en términos objetivos el resultado de estas primeras elecciones tuvo un decisivo efecto político. Por un lado el sufragio universal atribuyó una importante representación a la izquierda (PSOE y PCE/PSUC) y a los nacionalistas moderados en las nacionalidades históricas (Pacte Democràtic per Catalunya, el

precedente de CIU, y el PNV) que con mayor o menor grado de intensidad se opusieron a la dictadura. Y, por otro, la fuerza parlamentaria más directamente ligada al franquismo, la Alianza Popular de Fraga Iribarne, obtuvo una modesta representación de los votos emitidos. Razones por las que la UCD, el partido de nueva planta que acababa de crear Adolfo Suárez y que había ganado las elecciones por mayoría relativa, se encontró condicionado en su capacidad de decisión política. De tal forma que la oposición, que nunca dispuso de la hegemonía política para dirigir el proceso, sin embargo, estuvo en condiciones de imponer que la Legislatura resultante de aquellas elecciones no sólo fuese ordinaria sino sobre todo constituyente.

No se olvide que hasta entonces no estaba nada claro que hubiese que elaborar una nueva Constitución, sino que desde los sectores herederos del régimen franquista y los reformistas del centrismo político, predominaba la idea de reformar las Leyes Fundamentales de la dictadura para adaptarlas a la nueva realidad política y poco más. Y en materia de reconocimiento de los derechos, se barajaba la posibilidad de que fuese suficiente con una somera remisión a los Tratados y Convenios internacionales en la materia a fin de cumplir con unos de los requisitos del Estado de derecho: el reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades. Y si ello no prosperó, no fue como resultado de un pacto desde las alturas, sino como una ineluctable consecuencia de las elecciones del 15-J. Que no era otra cosa que el resultado de la movilización popular (partidos, entidades, asociaciones de vecinos, etc.) especialmente en Cataluña, Madrid, el País Vasco y en una parte de Andalucía, que no había surgido entonces sino que venía de lejos.

En aquel contexto tan poco favorable a la restauración de la democracia, como así lo demostraría en 1981 el golpe de Estado del 23-F, la segunda ruptura fue una consecuencia de la primera: la aprobación de la Constitución de 1978 dotada de una carta propia de derechos como una de la señas de identidad frente a un pasado de cultura autoritaria todavía muy incrustada en la sociología política de la sociedad española. Un ejemplo, en definitiva, de Constitución racional normativa que aseguraba la división de poderes y la garantía de las libertades, además de sentar las bases para intentar resolver el contencioso histórico de la inserción del País Vasco y Cataluña en la España democrática que entonces iniciaba su andadura. Una Constitución tributaria de los modelos democráticos, sobre todo de Alemania e Italia, que influyeron no sólo en el diseño de la forma de gobierno (especialmente, en lo concerniente a las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno) sino también en la configuración del sistema de derechos y las garantías constitucionales a ellos anudadas.

En este sistema constitucional, la jurisdicción ordinaria fue concebida como la sede natural de garantía de tutela de los derechos fundamentales mientras que el recurso de amparo se entendió que debía ser una vía extraordinaria y subsidiaria para la garantía de los mismos y un requisito previo para acceder, en su caso, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El balance que, sin embargo, ofrece la aplicación de este sistema de garantías durante las cuatro décadas transcurridas, permite afirmar que la tutela de los derechos fundamentales presenta algunas anomalías y entre ellas las deficiencias del sistema de justicia cautelar cuando, como resulta evidente, la lesión de los derechos no admite demora en su garantía. A pesar de los progresos que supuso en este aspecto la nueva regulación del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona prevista en el Título V de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por otra parte, el acceso a la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo no ha sido la vía excepcional que se pensaba, sino que desde los inicios aquel ya apareció como un último escalón en el sistema de recursos. La desnaturalización que ello supuso motivaría la reforma del recurso de amparo por la Ley Orgánica 2/2007, de 24 de mayo, que conduciría a la objetivación de los motivos de admisión de las demandas de amparo, circunstancia que desde entonces ha supuesto la incorporación de un sistema de admisión de recursos próximo al *writ certiorari* americano.

A todo ello es preciso añadir el impacto que con la incorporación en 1986 de España como Estado miembro de la entonces CEE en 1986, la actual Unión Europea, ha supuesto su sometimiento en materia de derechos y libertades a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión y la incidencia que en este ámbito tiene el procedimiento de la cuestión prejudicial, a través del cual cualquier órgano jurisdiccional, incluido el propio Tribunal Constitucional puede plantear al Tribunal de Luxemburgo, en el curso de un proceso judicial competencia del juez español, una duda sobre la validez o la interpretación del Derecho de la Unión aplicable al caso específico.

Con la perspectiva del tiempo transcurrido, las páginas que siguen versarán sobre algunos de los problemas de funcionamiento y convergencia que se presentan tanto en el plano interno como en el externo en este contexto de pluralidad de órdenes jurisdiccionales.

2. LA CONVERGENCIA JURISDICCIONAL O LA GARANTÍA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Acostumbra ya a ser habitual en la doctrina *ius publicista* emplear el término de constitucionalismo multinivel para referirse a la pluralidad de regulaciones que caracteriza al sistema constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea de garantía de los derechos y libertades¹. La concurrencia que se produce con las

¹ A. TORRES PÉREZ, 2009: 27-34.

Declaraciones de Derechos contenidas tanto en las constitucionales nacionales, como en las previstas por la justicia convencional que proporciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como también en el sistema jurisdiccional que el Tratado de la Unión Europea (TUE) establece a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para la garantía de los derechos y libertades reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), justifican esta pluralidad de niveles de garantía jurisdiccional. Una pluralidad compleja en la que, seguramente, el mayor reto con el que se enfrentan tanto los Estados como las instituciones supraestatales es la adecuada regulación de la concurrencia, a fin de evitar el riesgo del caos al que se puede enfrentar el justiciable que reclama la tutela de sus derechos.

En este sistema heterogéneo de garantías, además de los tribunales nacionales, el TEDH con sede en Estrasburgo ha tenido y sigue teniendo un notorio protagonismo como órgano supraestatal de tutela de los derechos de libertad y de participación política de los ciudadanos de los Estados miembros del Consejo de Europa. Pero además, en el lento y tortuoso proceso construido para la integración política de la Unión Europea iniciado a partir del Tratado de Maastricht en 1992, se ha añadido la CDFUE al serle reconocido el mismo valor jurídico que a los Tratados (art. 6 del TUE), motivo por el que se ha acrecentado la función jurisdiccional del TJUE de garantía de los derechos y libertades. Y en este nivel de la tutela de los derechos de los ciudadanos en los actuales 28 Estados miembros de la Unión, el incidente procesal de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) se ha consolidado como un instrumento especialmente adecuado para asegurar la observancia del Derecho de la Unión cuando este es aplicado por las instituciones, órganos y organismos de la UE, así como también por las instituciones de los Estados.

En este contexto de pluralidad jurisdiccional, la cuestión prejudicial ha generado un efecto descentralizador sobre el sistema judicial de la UE, puesto que ha atribuido a los jueces nacionales la capacidad para participar en el proceso de interpretación del Derecho Europeo a través de la remisión de las cuestiones al Tribunal de Luxemburgo. En efecto, la interpretación y la aplicación del Derecho de la Unión se ha descentralizado, dejándose, esencialmente, en manos de los jueces ordinarios que actúan para ello de acuerdo con las reglas interpretativas establecidas por la jurisprudencia del TJUE. Con ello la responsabilidad institucional de los jueces y tribunales ordinarios en los diversos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión se acrecienta. Por ejemplo, en el caso español, a la condición de sede natural para la tutela de los derechos y libertades que corresponde a la jurisdicción ordinaria frente al carácter subsidiario y extraordinario del recurso de amparo, se añade también la de ser garante de la correcta aplicación del Derecho de la Unión.

La consecuencia en el ámbito de los poderes jurisdiccionales de los tribunales constitucionales estatales ha sido la pérdida del monopolio de control del que disponían antaño². Ello ha sido especialmente relevante en materia de derechos y libertades, sobre todo en los casos en los que, sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria sea la sede natural de garantía de los derechos, algunos de sus tribunales constitucionales disponen de la competencia extraordinaria del recurso de amparo (Alemania, España...). En este sentido, la proliferación de cuestiones prejudiciales ha desplazado en parte al juez constitucional nacional en su función de garante de los derechos.

Pero no se trata de un tema nuevo. El fundamento de esta descentralización jurisdiccional data de tiempo atrás. A partir de la regla interpretativa que el Tribunal estableció en 1964 en su *leading case Costa/Enel* (1964) sobre la preeminencia del Derecho comunitario, es en el –también– célebre caso *Simmenthal* de 1978 cuando la construye plenamente, al negar que los tribunales internos, incluidos los constitucionales, pudieran enjuiciar o dejar de aplicar normas comunitarias. Antes al contrario, en estas circunstancias el juez nacional tenía la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas y, por tanto, se veía impelido a dejar de aplicar la norma estatal cuando esta resultase contraria a la legislación comunitaria.

Con esta doctrina, el Tribunal de la entonces Comunidad Económica Europea rechazó ya en ese momento las resistencias mostradas por los Tribunales constitucionales de Italia (Sentencia de la *Corte Costituzionale* de 27/III/1973, Caso Frontini, y la del Tribunal de Karlsruhe en Alemania, de 29/V/1974, Caso Solange I). Porque, ambas sentencias, reservaban a los tribunales internos un último derecho de supervisión de la legislación comunitaria que resultase contraria a las Constituciones nacionales, cuando estas ofrecían un nivel superior de protección de los derechos fundamentales.

No obstante, y precisamente en lo concerniente a la garantía de los derechos y libertades, la regla descentralizadora que se deriva de la doctrina *Simmenthal*, ha sido matizada posteriormente al objeto de flexibilizar sus efectos sobre la actividad jurisdiccional de los jueces nacionales. Como ha puesto de relieve SARMIENTO³, en este terreno el TJUE parece moverse en un registro distinto. Así, cuando se trata de resolver problemas de naturaleza constitucional, acepta un mayor pluralismo interpretativo y por ello, en esos casos, el TJUE se decanta por no ofrecer respuestas detalladas a las cuestiones planteadas. La razón de esta posición más flexible se cifra en la convicción de que las jurisdicciones nacionales pueden encontrarse en mejores condiciones que el TJUE para resolver determinados temas⁴.

² V. FERRERES COMELLA, 2011, 183.

³ D. SARMIENTO, 2004, 294 y ss.

⁴ Véase, en este sentido, el caso C-368/95, de 26 de junio de 1997 [*Bauer Verlag (Familiapress)*].

Este podría ser el caso de los Tribunales constitucionales en general, y sobre todo en los supuestos en los que disponen de competencias extraordinarias en materia de derechos fundamentales a través del recurso de amparo. De esta forma, se ha sugerido que podría resultar procedente la intervención del Tribunal Constitucional español cuando sea preciso anular una ley española a la luz del Derecho de la Unión⁵. Por su parte, y a este respecto, el Consejo de Estado en su informe sobre la necesidad de incorporar en una eventual reforma constitucional la cláusula sobre la integración del Derecho europeo en el ordenamiento jurídico español⁶, ya sostuvo la conveniencia de que el Tribunal pudiese evaluar las leyes españolas también bajo el prisma de la normativa europea.

Esta descentralización del sistema judicial europeo ha encontrado el núcleo de mayores resistencias en algunos Tribunales constitucionales. En efecto, su relación con el TJUE no fue especialmente pacífica en los inicios y, si bien se ha pasado de una fase de resistencia a una nueva y más reciente de colaboración⁷, la cuestión de la posición de la jurisdicción constitucional frente al ordenamiento europeo sigue sin resolverse de manera satisfactoria.

La posición más beligerante fue la adoptada en su momento por el Tribunal Constitucional polaco en sus sentencias de 2005 sobre *la Directiva marco relativa a la euro-orden* y sobre la adhesión de Polonia a la Unión Europea. En Francia fue también reticente la posición mostrada por la *Cour de Cassation* en la cuestión prejudicial del caso Melki, en la que el TJUE resolvió las preguntas planteadas por el alto tribunal francés en las que se cuestionaba la compatibilidad con la cuestión prejudicial europea del TUE, de la reforma constitucional de 2008 que introdujo el procedimiento de la *Question Prioritaire de Constitutionnalité* (QPC).

Por su parte, también la *Corte Costituzionale* italiana, que si bien se había mostrado inicialmente dubitativa al sostener la posibilidad de ser ella misma la que asumiese la descentralización que propugnaba *Simmenthal*, en 2008 ya decidió plantear su primera cuestión prejudicial. Por su parte, la antigua *Cour d'Arbitrage* (la actual *Cour Constitutionnelle*) belga, desde 1997 se había mostrado más predispuesta a activar el incidente procesal ante el TJUE. Y en España, el ya muy conocido asunto Melloni⁸ ha supuesto en punto de inflexión en la ausencia de diálogo entre el Tribunal Constitucional y el TJUE.

⁵ R. ALONSO GARCÍA, 2003: 53 y ss.

⁶ F. RUBIO LLORENTE y J. ALVAREZ JUNCO, Eds. (2006).

⁷ A.I. SANTAMARÍA DACAL. 2014: 103-104. «El diálogo entre tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: resistencia, resignación, cooperación». En: *J. E. Soriano García (dir.), Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor J.A. Santamaría Pastor*. Madrid: Iustel, 2014.

⁸ STJUE de 26 de febrero de 2013 (C-399/11).

Pues bien, que los Tribunales constitucionales de los Estados miembros no vivan al margen de ese necesario diálogo con el TJUE cobra ya un mayor relieve, teniendo en cuenta la posición institucional que ostentan como intérpretes y garantes de la Constitución. Por esta razón, que se decidan también a activar la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, habría de evitar que cualquier juez ordinario *–per saltum* de la autoridad de la jurisdicción constitucional– proceda a plantearla antes de que se pronuncie el propio Tribunal Constitucional⁹.

En fin, este proceso de relaciones de diálogo entre los sistemas jurisdiccionales estatales y europeo, provocado por la extraordinaria operatividad que ha demostrado tener la cuestión prejudicial ante el TJUE, ha puesto de manifiesto, específicamente en el ámbito de la garantía de los derechos y libertades, un reparto de *–valga la expresión–* zonas de influencia jurisdiccional en el que está fuera de toda duda que el TJUE ha aumentado su capacidad de intervención.

3. LA IMPORTANCIA DE LA JUSTICIA CAUTELAR

Pero claro está, la funcionalidad institucional de este sistema plural de garantías jurisdiccionales en beneficio de los derechos del ciudadano debe cumplir con una ineludible premisa: que el sistema constitucional interno sea eficaz. Es decir, hay que partir de la solidez de los cimientos de propio sistema jurisdiccional. Y es aquí donde los cuarenta años transcurridos de régimen constitucional de libertades presentan sombras en cuanto a la necesaria diligencia en la respuesta de los poderes públicos en general y de la autoridad judicial en particular ante vulneración de derechos que, de haber indicios de que aquella se ha producido, no puede admitir demora. Para ello, es precisa la articulación desde el Derecho Procesal de un buen sistema de justicia cautelar. La nueva legislación aprobada a los largo de las cuatro décadas transcurridas ha pretendido dar respuesta a este reto. Especialmente, tanto la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LECv), como la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), o también la reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (LOT), llevada a cabo por el artículo 22 de la Ley 6/2007, de 24 de mayo. En este trabajo, se centrará la atención en las novedades que introducidas por la LJCA.

Porque, en efecto, la nueva LJCA constituyó en su momento y lo sigue siendo en la actualidad, un buen referente en este sentido que, sin embargo, su aplicación práctica no acredita que haya sido utilizada con la debida eficacia en casos en los que habiendo razones para ello, la autoridad judicial se ha mostrado remisa a tomar decisiones cautelares, a fin de reparar los efectos sociales de una presunta

⁹ M. REVENGA, 2012, pp. 139-150.

vulneración de derechos, que tiempo después se ha visto confirmada por resolución judicial firme. Probablemente, uno de los casos que pueden ilustrar este problema, lo constituyen los numerosos supuestos de decretos aprobados por las diversas autoridades administrativas (estatales o autonómicas), destinados a regular los servicios mínimos en casos de huelgas convocadas legalmente. La razón de ello es que, en ocasiones, el contenido abusivo de los mismos ha supuesto que los efectos de la huelga como derecho fundamental para la defensa de los intereses de los trabajadores (art. 28.2 CE) queden –de hecho– neutralizados por la *vis expansiva* atribuida al decreto regulador. De tal forma que la eficacia práctica de una posterior sentencia declarando la nulidad del decreto deviene ya inútil.

Veamos, no obstante, algunas de las características de la regulación de la tutela cautelar que cuando se promulgó constituyó uno de los capítulos de la reforma introducida por la LJCA que merece especial atención: 1) por la pluralidad de medidas que la Ley permite al órgano judicial tomar, dando entrada también a la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas; y 2) porque se ha modificado sustancialmente el criterio a emplear por el juez o tribunal para decidir sobre la procedencia de la medida a adoptar, rechazando la regla anterior que mantenía la suspensión del acto o disposición impugnados y como excepción su ejecutividad.

1) *Sobre la pluralidad de medidas cautelares.* Las medidas cautelares previstas en la LJCA se aplican de forma común tanto para el procedimiento contencioso-administrativo general (Título IV) como para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (Título V). Se trata de medidas de diversa naturaleza porque así lo reconoce más o menos explícitamente la ley al atribuir a los interesados la potestad para «solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (art. 129.1 LJCA).

Este precepto legal atribuye una amplia flexibilidad a la parte recurrente para instar al órgano judicial a la adopción de medidas de contenido y alcance diverso que, en función del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que puedan incidir sobre un derecho fundamental eventualmente lesionado, permitan la efectividad futura de la sentencia. Ya no es, por tanto, la suspensión cautelar sobre el acto o disposición impugnados la única institución procesal puesta a disposición del recurrente para intentar salvaguardar la integridad de sus derechos o intereses legítimos, sino que el legislador ha introducido –aunque, ciertamente, de forma genérica– la posibilidad de adoptar medidas cautelares de hacer y de no hacer, en la línea de las propuestas doctrinales y jurisprudenciales realizadas en aquellos años¹⁰ y acorde también con la estela dejada por el Derecho comparado sobre esta materia (especialmente, Alemania, Francia e Italia).

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1992.

A) *Las medidas cautelares «de hacer»* se plantean en el artículo 136 en relación con el artículo 29 de la LJCA. Consisten en lo siguiente: «*cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación*». El artículo 32.1 se refiere, por su parte, a los supuestos de inactividad administrativa; en este caso «*el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas*». A partir de aquí, y en caso de que la Administración no hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones, la ley establece un plazo de tres meses a partir de la pertinente reclamación para deducir el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

En su segundo apartado, el artículo 29 también establece que «*cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo...*», el cual se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en la ley en el artículo 78.

Pues bien, en ambos supuestos en los que la Administración debiendo actuar decide no hacerlo, el artículo 136 establece que se adoptará la medida cautelar que proceda –aunque no especifica en qué puede consistir esta–, salvo que: a) se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los supuestos descritos; b) la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En ambos casos, el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada los intereses en conflicto.

No obstante –y es aquí donde aparece la aportación de la nueva LJCA más sustancial–, las medidas cautelares que decida poner en acción el órgano judicial «*también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo*». Ello se producirá cuando concurren en el caso circunstancias de especial urgencia. En tal supuesto, el órgano judicial adoptará la medida cautelar que estime pertinente «*sin oír a la parte contraria*», sin que el Auto de decisión dé lugar a recurso alguno. Ahora bien, en dicho Auto el órgano judicial competente convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse en los tres próximos días, en la que se decidirá sobre el levantamiento o modificación de la medida adoptada. Una vez celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará Auto al respecto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales establecidas en la LJCA (art. 135).

En estos supuestos de especial urgencia, y una vez que el recurrente interponga el recurso contencioso-administrativo posterior, deberá incluir en el mismo la petición de la ratificación de la medida cautelar previamente adoptada. Obvia-

mente, de no plantearse dicho recurso quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas con anterioridad, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios causados (art. 136.2).

B) *Las medidas cautelares de «no hacer»* también están previstas en la LJCA (art. 30), en los siguientes términos: de acuerdo con lo establecido en este precepto, en los supuestos *«de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación»*. Si ello no se produce, bien porque el requerimiento no se haya formulado o bien porque no haya sido atendido por la Administración en los diez días siguientes a su presentación, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

Ahora bien, al igual que ocurría en el caso anterior –y de acuerdo con los mismos requisitos procesales preceptuados por los artículos 135 y 136 LJCA– en los casos de especial urgencia, también las medidas cautelares de «no hacer» podrán solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo. Esta diversificación de las formas de tutela cautelar de los derechos fundamentales constituyó sin duda un avance por el que había postulado en los últimos años la doctrina, a la que habría que añadir una cierta actitud coadyuvante de la jurisprudencia desde la década de los años noventa. Este avance se expresó en la línea de *consolidar el concepto de tutela cautelar como una expresión indiscutible del contenido esencial del derecho a la tutela judicial*. En este sentido, conviene recordar el significado conceptual de la institución procesal de la medida cautelar como una decisión jurisdiccional de carácter urgente y provisional, dotada de finalidad instrumental cuya ponderación de bienes en conflicto corresponde al órgano judicial, a fin de conseguir una efectiva tutela de los derechos fundamentales, cuando de la ejecutividad del acto administrativo puedan derivarse efectos de reparación material irreversible¹¹.

La introducción de las medidas cautelares positivas por la nueva LCJA supuso un avance y un complemento que pretendió cubrir las lagunas que presentaba la adopción de la tradicional suspensión del acto administrativo impugnado. Porque, en efecto, la suspensión del acto administrativo se había convertido en una técnica cautelar insuficiente en una Administración cada vez más expansionista, que respondía a patrones jurídico-políticos que, aun conservando las tradicionales formas de tutela cautelar, exigen, no obstante, nuevas modalidades de instrumentos que garanticen los derechos e intereses legítimos de individuos y grupos que concurren con los órganos públicos en los diversos ámbitos de la intervención administrativa. Hoy, la Administración pública es contratante, concertadora y prestadora de Servicios de forma individualizada y –las más de las veces– en

¹¹ M. CARRILLO, 1999: 173.

colaboración con entes privados, lo que exige al ordenamiento jurídico-administrativo dotarse de mecanismos que faciliten un nivel de equiparación aceptable entre entes públicos y particulares. Desde la perspectiva del sujeto receptor de la actividad administrativa, es decir, esencialmente, desde el ámbito de los derechos de la persona, el principio de eficacia administrativa no puede ir en detrimento de aquellos y por esta causa deberá ceder si las garantías procesales son cuestionadas.

Las medidas cautelares pretenden la obtención de la tutela judicial sobre intereses legítimos cuya salvaguarda se plantea durante el desarrollo del proceso y con anterioridad a una sentencia firme. Presentan una clara dimensión de garantía sobre el contenido de bienes jurídicos, al objeto de evitar que la ejecutividad del acto administrativo –aun en la eventualidad de que sea declarado posteriormente nulo– produzca efectos irreversibles.

No hay que olvidar que la teoría general del acto administrativo se ha basado y en la actualidad también se fundamenta en una doble condición: la presunción de validez y en la ejecutoriedad de su contenido. Pero, desde luego, no hay que ver en ello un arma arrojadiza que la Administración emplee contra la persona, sino que aquella es, precisamente, la forma habitual de actuación de la Administración pública para el cumplimiento de los fines que constitucionalmente le han sido encomendados (art. 103.1 CE) y, más genéricamente, para la defensa del interés público¹². Sin embargo, el principio de ejecutividad de los actos administrativos no puede concebirse en términos absolutos, sino más bien como un elemento más de un entramado institucional del Estado de Derecho comprometido con el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional de jueces y tribunales.

A este respecto, y como es harto sabido, de poco servirá una sentencia estimativa de una pretensión sobre un derecho fundamental, si la ejecutividad del acto o disposición impugnados ha diluido cuando no anulado sus hipotéticos benéficos efectos. Las medidas cautelares se plantean, en fin, como un instrumento que debe evitar que la justicia pierda eficacia por causa de la demora y, para ello, se han de articular las fórmulas jurídicas más diversas imbuidas de la máxima lógica garantista. El objeto no ha de ser otro que el aseguramiento provisional de bienes, derechos o situaciones jurídicas del contenido más heterogéneo. Por esta razón, cobra gran relevancia que la nueva LJCA haya incorporado, aunque con carácter muy genérico, formas de tutela cautelar de carácter positivo.

Como referente de Derecho Comparado, es preciso traer a colación las oportunidades que puede ofrecer el ejemplo alemán de las *órdenes provisionales*, tanto las que consisten en el aseguramiento de derecho que se encuentra en peligro de

¹² C. CHINCHILLA MARÍN, 1991: 28.

vulneración, como las que tienen por objeto la ordenación provisional de una situación. Se trata de una modalidad de medida cautelar subsidiaria que puede ser aplicada en todos aquellos supuestos en los que no procede en el proceso principal la anulación del acto; es decir, en aquellos litigios cuyo objeto no es un acto administrativo de gravamen.

Con respecto a la suspensión cautelar, las órdenes provisionales presentan los siguientes elementos diferenciadores: a) la *carga* de la prueba corresponde al solicitante, pues lógicamente es a él a quien incumbe demostrar que su derecho está en peligro, o que el restablecimiento de una situación jurídica resulta necesario; b) en caso de ser vencido en el proceso principal, el solicitante de una orden provisional soporta un mayor riesgo, que no es otro que la restitución de las prestaciones recibidas durante el período de vigencia de la medida; c) el margen de apreciación del que dispone el juez es más reducido, ya que se ha de atener a valorar si concurren los supuestos tasados de orden provisional establecidos por la norma; d) son diversas las posibilidades de recurso contra una decisión denegatoria; e) en todo caso, si ello es procedente, la aplicación de la suspensión cautelar es considerada como una solución preferente¹³.

C) *El sentido del cambio de criterio en la adopción de medidas cautelares que introdujo la LJCA en 1998.* Como es sabido, la promulgación de la lejana Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, aprobada en pleno proceso constituyente, supuso una importante ruptura con el criterio tradicional fijado en la antigua Ley Jurisdiccional de 1956, basado en el principio de ejecutividad del acto administrativo. Hasta entonces, la suspensión del acto administrativo objeto de un recurso era la excepción mientras que la regla era la presunción de legalidad del mismo que le otorgaba plena ejecutividad. La Ley de 1978 invirtió el criterio e, incluso, en materia de orden público estableció –con efecto automático directo– la suspensión del acto. Posteriormente, este automatismo fue suprimido por la antigua Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana que, a su vez, ha sido derogada por la muy autoritaria Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que en este sentido supone un retorno al pasado, con la adopción, en relación a las medidas de carácter provisional, de la regla de la inmediata ejecutividad de las medidas tomadas en el procedimiento sancionador, «[...] sin perjuicio de que los interesados puedan solicitar la suspensión justificando la apariencia de buen derecho y la existencia de daños de difícil reparación, prestando, en su caso, caución suficiente para asegurar el perjuicio que pudiera derivar para la seguridad ciudadana» (art. 49.5).

¹³ M. BACIGALUPO, 1992: 309-310.

Pues bien, en 1998 la LJCA prescindió del establecimiento de cualquier regla en el sentido vigente hasta entonces que pudiese vincular al juez, y remitió a la ponderación que el mismo lleve a cabo sobre los intereses en conflicto para determinar la procedencia, tanto de la ejecutividad del acto como, en su caso, la aplicación de la medida cautelar que proceda. El artículo 130 de la LJCA lo expresó en los siguientes términos:

«1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso 2.– La medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

Probablemente, esta importante modificación que incorporó la LJCA respondía a los abusos que en su momento dio lugar la regla favorable a la suspensión, en la medida que –especialmente, en los primeros años de vigencia de la Ley 62/1978– constituyó un cierto señuelo para recurrentes más preocupados por dilatar el proceso a través de un auto estimativo sobre la petición de suspensión, que deseosos de argumentar de forma solvente la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pero ante esta tendencia –a veces con ribetes patológicos– manifestada en los primeros tiempos, los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y, por supuesto, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respondieron con el establecimiento de unos razonables criterios de admisión de recursos, que tendieron a evitar los excesos de recurrentes temerarios. En esencia, entre otros requisitos, estos criterios obligaban a una exposición razonada de los motivos del recurso en cuanto a la afectación lesiva sobre derechos fundamentales, no únicamente en el escrito de demanda sino ya desde el primer momento procesal, es decir, en el escrito de interposición del recurso. Se trataba con ello de impedir un uso instrumental del recurso especial, a través de una simple invocación literal de preceptos constitucionales, carente de la más mínima fundamentación. El resultado posterior supuso una racionalización del procedimiento en este concreto aspecto¹⁴.

Pues bien, fueran estas u otras las razones invocadas, lo cierto es que la solución adoptada consistente en remitir únicamente a la ponderación judicial la decisión última sobre la procedencia de la medida cautelar que convenga aplicar, no es la mejor de las soluciones. No lo es porque lo que se dilucida en este procedimiento es la tutela de los derechos fundamentales de la persona a través de una vía preferente y sumaria, concebida como una garantía jurisdiccional que se pro-

¹⁴ M. CARRILLO, 1995: 146.

yecta sobre los derechos y libertades de la persona. Esto significa que el contencioso administrativo entre el recurrente y un poder público planteado ante el órgano judicial, no puede obviar la vigencia del principio *in dubio pro libertatis* como eje vertebrador de toda relación jurídica, especialmente intenso cuando una de las partes es la Administración Pública. Razón por la cual, cuando estén en juego derechos fundamentales, el legislador debería establecer una regla de naturaleza más compulsiva hacia el órgano legislador y no remitir la decisión del contencioso a la exclusiva ponderación de este. Sobre todo, teniendo en cuenta, las abusivas atribuciones que en materia de orden público han sido puestas a disposición de la Administración pública por la nueva legislación sobre seguridad ciudadana.

4. LA OBJETIVACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

La condición de la jurisdicción ordinaria como sede natural de tutela de los derechos y libertades ofrece, como hemos visto, sus luces y sus sombras. En el apartado anterior se han examinado algunos aspectos insuficientes que presenta todavía la aplicación de la justicia cautelar en la jurisdicción ordinaria. En la fase procesal posterior, habría que añadir que la recepción de la jurisprudencia constitucional por los jueces y tribunales ordinarios no siempre ha sido pacífica. No se trata ahora de examinar esta cuestión, pero en ella también se encuentran algunas de las causas que motivaron la reforma del recurso de amparo, a través de la objetivación de las condiciones de la demanda que pasamos a abordar seguidamente.

A) *La validez constitucional de la reforma de 2007.* La nueva concepción del trámite de admisión se contiene en la redacción dada al artículo 50 de la LOTC:

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

- a) *Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 46 y 49.*
- b) *Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.*

2. *Cuando la admisión a trámite, aun habiendo obtenido la mayoría, no alcance la unanimidad, la sección trasladará la decisión a la Sala respectiva para su resolución.*

3. Las providencias de admisión, adoptadas por las Secciones y las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna.

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

La reforma de la LOTC llevada a cabo en 2007 respondió a la necesidad de objetivar el recurso de amparo, sin que ello supusiese forzar su naturaleza constitucional, sino antes bien darle sentido al carácter extraordinario de la demanda ante el Tribunal Constitucional.

Los problemas estructurales que padecía la jurisdicción constitucional en España partían de la constatación, al igual que había ocurrido en Alemania en la década anterior, de la acumulación desbocada de recurso de amparo, que le impedía estar en disposición de cumplir con plenitud y seguridad las funciones constitucionales atribuidas. Era una percepción compartida no sólo por una buena parte de los magistrados que lo habían integrado, sino también de representantes de las diversas profesiones jurídicas. En este sentido, la doctrina *ius publicista*, y en especial, un grupo de los profesores de Derecho Constitucional, en una línea similar a la que mostraban sus homólogos alemanes¹⁵ respecto de los peligros que acechaban al Tribunal de Karlsruhe, puso de manifiesto el peligro de colapso del Tribunal Constitucional a causa de una errónea concepción del recurso de amparo¹⁶. Un recurso o demanda de garantía extraordinaria de derechos fundamentales, que de hecho ha sido entendida más como una instancia procesal más del procedimiento ordinario de tutela y no como una vía especial para su protección, cuando se ha producido una lesión de bienes jurídicos dotados de contenido constitucional, y que sólo en razón de este previo requisito deban ser tutelados de forma subsidiaria, a través de un procedimiento especial y extraordinario como en puridad había de ser entendida la demanda de amparo ante el Tribunal.

El problema estructural de la acumulación de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional ha radicado en que la jurisdicción ordinaria, por razones de orden diverso, no siempre ha operado con todo el alcance que era preciso como un ámbito habitual de tutela de los derechos fundamentales, que era la consecuencia directa derivada de razones diversas, pero que sin duda también tuvieron mucho

¹⁵ Vid. R. WAHL, y J. WIELAND, 1997: 11-13; P. LÓPEZ PIETSCH, 1998: 115-151. J.L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, 1994: 139-150.

¹⁶ P. PÉREZ TREMPES y otros, 2004.

que ver con las condiciones estructurales y de orden subjetivo que presidieron, en el ámbito del Poder Judicial, la transición de la dictadura a la democracia.

Así, en los inicios del sistema democrático, amplios sectores de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial eran todavía tributarios de una cultura jurídica impermeable a valores y principios democráticos, y de unas normas de cultura política muy distantes, cuando no claramente beligerantes, frente a la forma democrática de gobierno (división de poderes y garantía de los derechos fundamentales de sus conciudadanos). Estas circunstancias probablemente pueden explicar la opción del constituyente de recuperar la garantía especial que ya había existido durante del recurso de amparo, como muestra de una cierta desconfianza en los albores del sistema democrático, frente al juez ordinario como único baluarte de la garantía de los derechos y libertades.

Y ciertamente, las razones para esta reticencia no eran infundadas como así lo puso de manifiesto aquel desafortunado Auto 35/1980, nada menos que del Tribunal Supremo, en el que respecto del principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado del artículo 14 CE, se llegaba a sostener que no era otra cosa que *«(...) un principio programático y como tal su normativa y su ámbito se desenvuelven a través de leyes procedentes que le dan aplicación práctica»*. Sin olvidar, en relación a este mismo derecho, la tampoco feliz Sentencia, de nuevo, del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1982 (Sala 1ª), referida a la filiación de un hijo natural, en la que el TS, respecto del citado artículo 14 CE, afirmaba que el antiguo artículo 137 del Código Civil, no puede estimarse que haya devenido inconstitucional, *«(...) porque el artículo 14 de la CE establezca la igualdad de los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, pues tal mandato tiene el alcance de una declaración de principio...»*. Es decir, que para el TS, el principio de igualdad del artículo 14 de la CE carecía de fuerza normativa para obligar a las partes.

En este contexto inicial poco permeable a los valores y principios constitucionales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos y libertades sentó desde el inicio nuevos criterios interpretativos que, en la medida que vinculaban a la jurisdicción ordinaria (artículos 9.1 CE y 5.1 de la LOPJ y, ahora, con esta reforma, el artículo 40.2 de la LOTC), adoptó también un marcado carácter pedagógico para el conjunto de los operadores jurídicos, en especial para los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Y, desde luego, también para los abogados y los recurrentes. Pero esta función de colaboración inestimable en la consolidación del régimen constitucional, llevada a cabo por el Tribunal no dejaba de ser impropia de su función constitucional y a tres décadas de vigencia de la Constitución exigía ser revisada¹⁷. Además de razones de orden dogmático, entraban en juego otras de pura supervivencia institucional.

¹⁷ P. CRUZ VILLALÓN, 2006: 6-13.

Porque el precio derivado, entre otras razones, de aquellos orígenes fue –de facto– una reconversión del amparo constitucional en una última instancia judicial que llevó a la jurisdicción constitucional a una situación insostenible. Si en 1980, cuando el Tribunal Constitucional inició su andadura, se presentaron 218 recursos de amparo, diez años después, en 1990, se presentaron 2.896. Y en 2006 fueron 11.471 recursos de amparo de un total de 11.471 asuntos ingresados. Un análisis más específico de esta dinámica estadística reflejada por la Memoria de 2005 del Tribunal, permitía subrayar que –por ejemplo– en 2004, del total de 7.951 asuntos ingresados, 7.841 eran recursos de amparo. Ello significaba que nada menos que el 98% de los asuntos ingresados en un año en el Tribunal eran procedimientos de amparo, que hacen que su función jurisdiccional quede en buena parte absorbida por la necesidad de resolver estas demandas de los ciudadanos.

Con estos antecedentes, la reforma del recurso de amparo contenida en 6/2007 pretendió a reducir la carga de asuntos de amparo constitucional. Desde la perspectiva de su validez constitucional, la fórmula adoptada para llevarla a cabo no podía ser entendida como un peligro de reducir la protección práctica de los derechos y libertades fundamentales. La lógica de la reforma se centró en la objetivación del objeto del recurso, en el establecimiento de un criterio formulado en positivo para juzgar la admisión de los recursos y en el reforzamiento de la jurisdicción ordinaria a través de una nueva concepción del incidente de nulidad a de actuaciones (art. 241.1 LOPJ).

Centraremos la atención únicamente en el significado de esta objetivación del recurso de amparo, sosteniendo desde este momento que fue una opción legítima del legislador. Las razones son las que siguen. El artículo 53.2 de la Constitución no prefigura un modelo explícito de recurso de amparo, si por ello se entiende que esta garantía especial de los derechos fundamentales excluye una concepción de la demanda de amparo que atienda al enjuiciamiento del caso en términos objetivos y no únicamente centrado en el examen de los intereses específicos del demandante de amparo. No hay una razón suficiente por la que quepa concluir que la objetivación del amparo constitucional comporte el peligro de reducir la protección efectiva de los derechos fundamentales. Sólo sería así si el recurrente no hubiese podido alegar la vulneración de sus derechos en sede judicial ordinaria, que no es el caso, dada la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo.

Ciertamente, hay buenos argumentos en sentido contrario en los que se arguye¹⁸ que si nos atenemos a la Constitución, no puede desconocerse que el recurso de amparo cumple y no puede dejar de hacerlo mientras que no se reforme, una función garantista de carácter subjetivo de los derechos fundamentales; y que, sin

¹⁸ G. FERNÁNDEZ FARRERAS 2007: 22-23.

perjuicio de la llamada dimensión objetiva, la tutela subjetiva es consustancial al recurso de amparo. Sin embargo, la opción del legislador orgánico de introducir a través de los requisitos que han de condicionar el trámite de admisión de un recurso de amparo, una lógica basada en la objetivación del objeto de la demanda, no ha de suponer una contradicción radical con las previsiones constitucionales. No hasta el punto de comportar una tacha de inconstitucionalidad. Ciertamente es que cuando la Constitución define los criterios de legitimación procesal para interponer el recurso de amparo, se refiere para ello a «*toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo...*» (art. 162.1 b), lo cual podría llevar a sostener que la garantía de los derechos fundamentales del demandante de amparo, a través de esta vía extraordinaria, siempre ha de responder a la tutela sea cual fuere el interés legítimo invocado por el recurrente. Y ciertamente, la historia de la práctica jurisdiccional del recurso de amparo tras la posición expansivamente *garantista* mantenida por el Tribunal Constitucional desde 1980 hasta ahora, podría avalar esta conclusión. No obstante, esta no ha de ser forzosamente la única opción constitucional a retener.

Porque el Tribunal Constitucional no es jurisdicción ordinaria ni puede actuar como lo han de hacer los órganos dependientes del Poder Judicial. En este sentido, la tutela de los intereses legítimos vinculados a los derechos fundamentales ha de encontrar en los juzgados y tribunales ordinarios la sede natural o habitual de su garantía. Pero lo que entonces importaba a la reforma era que el recurso de amparo no se aplicaba como debería ser, una vía extraordinaria de garantía de los derechos, lo que hacía que accediesen al Tribunal Constitucional demandas de amparo que nunca deberían haber sido ni tan siquiera registradas.

El carácter subsidiario del recurso de amparo permite al recurrente obtener de la jurisdicción ordinaria, en todas las fases procesales que cada caso pueda admitir, evaluación y tutela en todos sus extremos (tanto en el orden de la legalidad ordinaria como de la legalidad constitucional), de los intereses que legítimamente invoca como persona legitimada. En esta fase de garantía ordinaria de los derechos fundamentales que la Constitución establece en el artículo 53.2, los jueces y tribunales no actúan de vacío. Ello es así puesto que en el juicio de constitucionalidad que para la tutela de los derechos fundamentales deben realizar, además de su conocimiento del ordenamiento jurídico, la jurisdicción ordinaria está vinculada por la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, incluido, el recurso de amparo. Así lo prescribe el art. 9.1 CE y lo reiteran aunque no fuese necesario, los artículos 40.2 LOTC y el art. 5.1. Por lo tanto, los intereses legítimos de la persona que recurre han de ser tutelados en sede judicial ordinaria, *mediante un modo de enjuiciamiento* que es el propio de la jurisdicción ordinaria. Esto es, a través de la función jurisdiccional, en la que las diversas fases del proceso (alegaciones, prueba y conclusión) han de permitir ahondar en todos los ámbitos formales y materiales que identifican el caso. Espe-

cialmente, los elementos de orden fáctico sobre los que la jurisdicción ordinaria ha de ser –digamos– *soberana* en enjuiciar. Así ha de ser, porque la función de garantía que corresponde dispensar a la jurisdicción constitucional mediante el procedimiento de amparo, no obedece a la misma lógica que preside la tutela de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria. El carácter extraordinario del procedimiento de amparo y de la jurisdicción que lo garantiza, hacen que –por ejemplo–, como establece el artículo 44.1 LOTC en relación a las violaciones de los derechos de los derechos y libertades susceptibles de amparo, que tuvieren su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, deban cumplir –entre otros requisitos– el que prescribe: «b) *que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional*». Por tanto, la valoración de los hechos no es un ámbito material en el que –en principio– el Tribunal Constitucional deba entrar. Y es en los hechos donde en mayor medida se hacen tangibles, o no, los intereses legítimos del recurrente. Ciertamente, el matiz es importante porque no siempre es evidente que la jurisdicción constitucional no deba entrar a los hechos, sobre todo cuando el juez ordinario no ha actuado correctamente.

Pero aun así, en relación al juicio de constitucionalidad que ambas jurisdicciones, la ordinaria y la constitucional, han de llevar a cabo para la adecuada garantía de los derechos fundamentales, es preciso afirmar que la posición institucional es distinta. Por tópico que a estas alturas de la experiencia constitucional pueda parecer, a casi cuarenta años de jurisdicción constitucional, el recurso de amparo no es un recurso judicial. No es una nueva instancia, sino una vía excepcional para tutelar la libertad de la persona.

Y no se trata de negar el precepto constitucional que demanda a través del recurso de amparo una protección de los intereses legítimos del recurrente. Sino más bien, de poner de relieve que dichos intereses han de ser atendidos por la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional de diferente manera. Especialmente intensa por el juez ordinario en un caso, y atendiendo a criterios de orden más general por el juez constitucional en el otro. En este sentido, la opción del legislador de construir una regla de orden objetivo para la admisión de recursos de amparo, fruto precisamente del carácter extraordinario de la jurisdicción constitucional, es una opción que no fuerza el significado constitucional del recurso de amparo en su conjunto. Sobre todo, si no se pierde de vista la naturaleza de la jurisdicción constitucional como jurisdicción especial.

Por ello, la reforma llevada a cabo la década pasada es una opción tan legítima en términos constitucionales, como la que hasta entonces había estado vigente y que ha basado el contenido del art. 50 LOTC en un juicio de inadmisión, que también incorporaba un criterio fuertemente objetivo como era el previsto en el

apartado c) del art. 50.1 LOTC por el que se establecía que «*la Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando (...) c) ...la demanda carezca manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo de la misma por parte del Tribunal Constitucional*». Esta configuración del criterio de inadmisibilidad fue el resultado de la reforma llevada a cabo por 6/1988, de 9 de junio, que ya entonces pretendió responder a la entonces acuciante necesidad de arbitrar fórmulas constitucionales que permitiesen reducir el número de recursos de amparo¹⁹.

De hecho, la filosofía que inspiró a esta reforma ya ha conducido a sostener que el *writ certiorari* ya se había introducido en la LOTC²⁰ en 1988. Lo que a nivel teórico no deja de ser cierto –otra cosa ha sido la práctica del Tribunal–, al igual que lo fue la reforma protagonizada por 6/2007. Pero, para facilitar el sentido de la misma se precisa una reforma de la jurisdicción ordinaria, como medida que venga pareja a la reconsideración de la jurisdicción constitucional. Sin esta reforma, que a la vez permita instituir al Poder Judicial en sede natural para la garantía de los derechos y libertades y configurar un sistema ágil de justicia cautelar todavía no resuelto, como procedimiento incidental aplicable a cualquier supuesto, el uso inapropiado del recurso de amparo del que han hecho una parte de los ciudadanos y sus abogados, seguirá siendo una fuente de problemas estructurales para la jurisdicción constitucional.

B) *Los criterios de la reforma*. Los dos criterios que identificaron a la reforma del recurso de amparo en 2007 respondieron a la doble lógica de: objetivar el recurso de amparo a través del requisito de la trascendencia constitucional del objeto de la demanda y a la inversión del trámite de admisión, dado que lo que hasta entonces era un juicio de inadmisibilidad de la demanda de amparo, la reforma lo convirtió en un juicio en positivo sobre la admisión a trámite de la misma.

La introducción del requisito de la trascendencia o la especial relevancia constitucional de la demanda de amparo de alguna forma supuso, como ya ha quedado dicho, un intento de incorporar a la jurisdicción constitucional española la regla de actuación jurisdiccional próxima al *writ certiorari*²¹ propia de la cultura jurídica del *common law* que se aplica en los Estados Unidos. A través de esta forma de concebir la admisión de los casos que llegan a su conocimiento, el Tribunal había de estar dispuesto para asumir una nueva manera de enjuiciar las demandas de amparo acorde con un criterio que, *sin perjuicio de los intereses subjetivos que naturalmente subyazcan, prime la dimensión objetiva del recurso*,

¹⁹ F. RUBIO LLORENTE, 1988: 507.

²⁰ FERNÁNDEZ FARRERAS, 2007: 22.

²¹ M.A. AHUMADA RUIZ, 1994: 89-138.

basada en la trascendencia o especial relevancia constitucional del caso sometido a su enjuiciamiento. La objetivación del recurso había de significar para el Tribunal Constitucional, que lo relevante para su función de garantía de derechos no era tanto la lesión individual sino el estado general de la adecuada interpretación y observancia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico²².

Los criterios para definir la trascendencia constitucional que la reforma de la LOTC y que han de ser apreciados por el TC son tres: a) su importancia para la interpretación de la Constitución; b) su importancia para su aplicación o su eficacia general; y c) su importancia para determinar el alcance de los derechos fundamentales. Se trata de tres criterios de interpretación que claramente sitúan al recurso de amparo como garantía extraordinaria sobre derechos fundamentales. Una garantía ante un órgano jurisdiccional –el Tribunal Constitucional– cuya función no es la que corresponde a un órgano judicial sino la atribuida a un órgano constitucional, concebido para garantizar la supremacía normativa de la Constitución.

El carácter extraordinario del recurso de amparo estriba en *una forma distinta de entender la tutela jurídica subjetiva de los derechos*, una diferencia que viene marcada por la singularidad que presenta la jurisdicción constitucional. La objetivación del recurso de amparo no equivale a la desaparición de la tutela subjetiva; la libertad del Tribunal para escoger los casos relevantes, es decir, para determinar su propia agenda jurisdiccional en esta materia, no es sinónimo de decisión arbitraria. Lo verdaderamente importante en un sistema de justicia constitucional concentrada es que, una vez reconocida la condición del Poder Judicial como el ámbito de garantía de los derechos fundamentales, la jurisdicción constitucional disponga siempre de la posibilidad de hacer valer su condición de supremo intérprete de la Constitución a través del recurso de amparo, en los supuestos que ella misma seleccione²³. Y en esta función de selección de casos, la finalidad de objetivar el recurso, cuando la relevancia del caso así lo exija, no ha de excluir –simultáneamente– la tutela subjetiva.

A lo largo de la función ejercida por el Tribunal Constitucional desde su constitución en 1980, se ha construido un importante *corpus* jurisprudencial para la garantía de derechos fundamentales. En esta tarea cierto es que, por las razones antes apuntadas, había prevalecido la dimensión subjetiva de la tutela de los derechos por él dispensada. Pero junto a esta legítima opción jurisdiccional, se ha producido otra de carácter objetivo que ha servido para construir unas reglas interpretativas con sólida proyección de futuro y voluntad de permanencia. El sentido de la reforma de 2007 permite afirmar que el tiempo transcurrido y la expe-

²² LOPEZ PIETSCH, art. cit. p. 119.

²³ P. LOPEZ PIETSCH, 1988: 135.

riencia acumulada tanto por el Tribunal Constitucional como también por la jurisdicción ordinaria, responde a que lo que hasta ahora ha sido un notorio predominio de la tutela subjetiva de los derechos, se torne en preeminencia de la tutela objetiva. De tal forma que permita al Tribunal seleccionar los casos que ofrezcan posibilidades de innovar su propia doctrina, bien porque la singularidad del caso aporte nuevas perspectivas a unos criterios que requieren ser revisados, o porque el recurso ofrece la oportunidad de pronunciarse por vez primera acerca de un problema específico de especial relevancia constitucional.

Resultan en este sentido de interés las aportaciones de un sector de la doctrina alemana cuando, como aquí, el tema del peligro de colapso del Tribunal de Karlsruhe estaba más candente. La propuesta de seleccionar los casos por parte del Tribunal se construía en función de los siguientes criterios: a) la importancia del recurso para el individuo y el conjunto de los individuos; b) la proximidad que el recurso pueda tener en relación a cuestiones centrales que se planteen en relación a los derechos fundamentales. Y ello, en el marco de un modelo para el *Bundesverfassungsgericht* basado en resaltar, sin duda, el carácter abierto del acceso al TCF pero, al mismo tiempo, en su libertad de admisión de demandas de amparo²⁴.

En lo que concierne a la reforma que se contiene en 6/2007, la forma y los criterios que han presidir la garantía jurisdiccional especial o, si se quiere, el *plus* de protección constitucional que dispensa el recurso de amparo, no quedan determinados en toda su integridad por carácter abierto del artículo 53.2 de la CE permite concebir la garantía jurisdiccional del amparo en los términos que prevé el art. 50 de la LOTC, esto es con predominio de un criterio objetivo de recepción de demandas que –en sí mismo– no excluye la valoración de intereses subjetivos, sin que por ello pueda derivarse un riesgo tangible de inconstitucionalidad.

Y, en fin, el segundo pilar de la reforma consiste en la regulación del trámite de admisión del recurso en sentido inverso. La redacción del antiguo artículo 50 de la LOTC establecía un procedimiento de inadmisión del recurso, en los términos que siguen: «*la Sección, por unanimidad de sus miembros, podrá acordar mediante providencia la inadmisión del recurso cuando concurra alguno de los siguientes supuestos (...)*». Mientras que 6/2007, invierte los términos al establecer que: «*El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte del recurso solamente cuando concurran los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla lo dispuesto en los artículos 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional que se apreciará (...)*».

²⁴ R. WAHL y J. WIELAND, 1997: 32 y 35.

Este juicio de admisión formulado en positivo, permite un mayor margen de acción al Tribunal Constitucional para evaluar la trascendencia constitucional de la demanda de amparo y, a la postre, determinar o seleccionar cuáles de ellas merecen ser objeto de enjuiciamiento en cuanto al fondo, en coherencia con la lógica de la objetivación de los motivos de la demanda.

Sin duda, el carácter de la reforma supone un cambio sustancial en la política jurisdiccional del Tribunal, como jurisdicción de la libertad a la que se refería Cappelletti. El reforzamiento de la posición de la jurisdicción ordinaria en la tutela de los derechos fundamentales, conduce a que la jurisdicción constitucional haya de asumir un importante reto, que no es otro que el estar dispuesta a asumir, tras la experiencia acumulada de jurisprudencia constitucional, que el número de recursos de amparo con trascendencia constitucional sobre los que deba juzgar sea muy reducido. Ello ha de comportar un cambio notable en la cultura jurisdiccional de los Magistrados del Tribunal Constitucional aunque muchos de los que fueron o siguen siendo miembros del Tribunal no esté hecha para tanta objetivación. Pero se trata de un cambio ineludible que ha de permitir poner en práctica un criterio de enjuiciamiento constitucional que exija un rigor extremo en detectar y razonar la existencia de la relevancia constitucional, de acuerdo con los parámetros objetivos que la reforma aporta. Y esta *nueva cultura jurisdiccional* ha de incidir también en la organización interna y en los métodos de trabajo internos, a través del Tribunal reunido en pleno, como único órgano de enjuiciamiento de los recursos sobre los que decida actuar.

C) *La aplicación jurisdiccional de la reforma.* A fin de llevar a cabo una primera valoración de la reforma del amparo de 2007, es ineludible tener en cuenta la STC 155/2009, de 25 de junio, por la que el Tribunal estableció las reglas de interpretación que habían de ser tenidas en cuenta para enjuiciar el criterio de la «*especial trascendencia constitucional*», establecido por el art. 50.1 b) de la LOTC, que pueda presentar un recurso de amparo. En su Fundamento Jurídico 2º establece los casos siguientes:

- . « a) cuando el recurso de amparo plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del TC;
- . b) cuando dé ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, o por surgimiento de nuevas realidades sociales o cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de los tratados y acuerdos internacionales;
- . c) o cuando la vulneración del derecho fundamental provenga de una ley o de otra disposición de carácter general;
- . d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el TC considere lesiva del derecho

fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;

– e) cuando la doctrina del TC sobre el derecho fundamental alegado esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o cuando existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

– f) en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC.

– g) o bien, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en amparo electorales o parlamentarios».

De entre estos siete supuestos de elaboración jurisprudencial, la experiencia que ofrece los años transcurridos permite sintetizarlos en tres grupos: 1) los supuestos relacionados con el desarrollo material de los derechos fundamentales o cuestiones novedosas en la doctrina constitucional o cambios en la misma; 2) los supuestos relacionados con la aplicación de la doctrina constitucional por parte del conjunto de los poderes públicos, en especial por los órganos jurisdiccionales (amparo frente a leyes; reiterada jurisprudencia ordinaria vulneradora de un derecho fundamental; un incumplimiento reiterado y general de la jurisprudencia constitucional o una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC); y 3) un tercer grupo de supuestos componen un cláusula de apertura, en la se excluyen los dos anteriores, pero se incorporan otros que por su importancia trascienden al caso concreto objeto del recurso: por ejemplo, amparos electorales o parlamentarios.

La descripción del balance de la aplicación de la jurisprudencia sentada en la STC 155/2009, como ha señalado el profesor HERNÁNDEZ RAMOS²⁵ ha sido el que sigue:

– La aplicación de las reglas agrupadas en los tres supuestos antes indicados es desigual: predominan las admisiones del primer bloque, relacionadas con el desarrollo de normas constitucionales, abundan menos las del segundo bloque y son también numerosas las cláusulas de apertura.

– En relación a las cuestiones novedosas que hasta el presente se han planteado respecto del primer grupo, pueden destacarse, entre otras, las relacionadas con: el derecho a la tutela judicial efectiva, por ejemplo, si el fax es un medio idóneo de comunicación procesal (STC 58/2010); el secreto de las comunicaciones

²⁵ M. HERNÁNDEZ RAMOS, 2009: 348-352.

en el ámbito penitenciario (STC 15/2011); el derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales (STC 36/2011); el derecho a la integridad física, en especial en lo que concierne al consentimiento informado en el ámbito sanitario (STC 37/2011), etc. También en este primer grupo, pero en relación con los cambios de doctrina, se han admitido demandas de amparo por razón de la existencia de nuevas realidades sociales en el ámbito de la contratación laboral (STC 26/2011); o por un cambio legislativo relevante en la configuración del contenido del derecho fundamental de participación política (STC 133/2011, con respecto al derecho de sufragio activo); o, sobre todo, para aclarar el sentido de la doctrina del propio TC (STC 45/2011).

–. En relación al segundo grupo de las normas jurisprudenciales sobre la admisión de recursos, las más claras son los supuestos sobre negativa manifiesta de los tribunales ordinarios de acatar la doctrina del TC (por ej. la STC 133/2011 sobre la doctrina de la prescripción penal). También puede incluirse aquí el caso de la reiterada jurisprudencia ordinaria vulneradora de los derechos fundamentales por causas estructurales en la jurisdicción contencioso-administrativa (STC 141/2010).

–. En el tercer grupo referido a la cláusula de apertura, se han admitido recursos de amparo electoral (STC 62/2011), en sede parlamentaria (STC 57/2011) y sobre el derecho de reunión y manifestación (STC 96/2010).

–. Cabe destacar también algunos supuestos problemáticos: es el caso de incumplimiento o inaplicación no general ni reiterada, sino puntual o episódica de la doctrina constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales sobre prescripción de los delitos (STC 97/2010), o la tutela de los derechos fundamentales como criterio de admisión del recurso de amparo (STC 40/2010, relativa al ámbito penitenciario)

A modo de conclusiones provisionales, señalaba que aunque era todavía prematuro para extraer conclusiones sólidas sobre los criterios de admisión establecidos por el TC, de momento cabía señalar que el Tribunal no explicita el motivo de admisión ni tampoco si se han aplicado simultáneamente una o varias de las reglas establecidas en la STC 155/2009. Lo cual, no deja de ser un comportamiento procesal que además del beneficio de admitir el recurso, no aporta, sin embargo, seguridad jurídica al recurrente ni a los futuros para casos similares. En segundo lugar no queda clarificada la determinación de la función subjetiva que también corresponde al recurso de amparo. Ni tampoco, qué hacer ante los supuestos de «series de demandas de amparo» con el mismo objeto: una vez admitida a trámite la primera, las otras no deberían serlo por razón de la dimensión objetiva que ahora se atribuye al amparo. Pero, en ese caso, ¿dónde queda la tutela del derecho fundamental, si este ha sido lesionado?

A modo de conclusión, puede afirmarse que el recurso de amparo contra actos y disposiciones de naturaleza infralegal es también una forma indirecta de

limitar la potestad legislativa del Parlamento. En este sentido, la adopción del juicio de «especial relevancia» y la regla del «writ certiorari» en la demanda de amparo, coloca al Tribunal Constitucional en una posición de preeminencia.

5. LA RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

El tercer nivel procesal de la garantía de los derechos y libertades es el que corresponde a las jurisdicciones de ámbito supraestatal: el TEDH y el TJUE. A los efectos de este trabajo la atención quedará centrada en el Tribunal de Luxemburgo, en tanto que es el destinatario de las cuestiones prejudiciales que cualquier órgano jurisdiccional español, en su doble condición de juez nacional y juez europeo, puede plantear sobre la interpretación o la validez del Derecho de la Unión.

El artículo 267 del TFUE establece que el TJUE: «[...] será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. [...] [...]».

A través de las cuestiones prejudiciales sobre la validez y la interpretación del Derecho derivado de la Unión producido por sus instituciones, órganos u organismos, el TJUE ha ido construyendo una doctrina, también en materia de derechos y libertades, que progresivamente ha ido matizando o, incluso, desplazando en algunos aspectos a la función jurisdiccional de los tribunales nacionales. De hecho, este procedimiento incidental se ha convertido en la joya de la corona²⁶, en la medida que, además de fiscalizar el Derecho de la Unión por el monopolio que ostenta para enjuiciar la validez de sus actos como señaló en su sentencia del caso Foto-Frost²⁷, se ha convertido también en un instrumento procesal de control indirecto de la adecuación de los Estados miembros a la legalidad europea.

Además, con la atribución a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) por el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE) del mismo valor jurídico que los Tratados, la garantía jurisdiccional de los mismos que puede derivarse a través del planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (art. 53-1 CDFUE), se convierte en un nuevo nivel de tutela para el ciudadano. Un nuevo ámbito jurisdiccional que puede desplazar a las propias jurisdicciones estatales, a través del señuelo que el incidente procesal de la cuestión prejudicial supone para la posibilidad o, en su caso, la obligación de acudir a

²⁶ SARMIENTO, 398: 294.

²⁷ Caso Foto-Frost (314/85, EU: C: 1987: 452).

Luxemburgo, antes de pronunciarse sobre el fondo de asunto que está enjuiciando y en el que han de aplicar no sólo el Derecho nacional sino también normas de Derecho europeo sobre derechos y libertades.

En efecto, hacer uso del incidente procesal del artículo 267 TFUE es una facultad pero, según el caso, también es concebido como una obligación para la jurisdicción nacional que albergue dudas sobre la interpretación o la validez del Derecho europeo aplicable al caso. Constituye una facultad si la decisión que se tome en sede jurisdiccional estatal no sea firme, pero será una obligación si la resolución judicial, de acuerdo con las normas procesales de Derecho interno ya no es susceptible de recurso judicial. Así, por ejemplo, en relación al ordenamiento jurídico español, si la resolución judicial sólo es posible que sea recurrida a través de un procedimiento de objeto tasado y con carácter extraordinario como es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el TJUE interpreta que en estos supuestos ya no es posible un ulterior recurso y, en consecuencia, queda expedita la vía de la cuestión prejudicial²⁸. Como es lógico, la interrelación entre las garantías nacionales y las europeas hace que la buena articulación procesal de las primeras (justicia cautelar, recurso de amparo, etc.) pueda permitir un acceso más ágil y rápido a las segundas.

Ahora bien, la *opa* que en términos jurisdiccionales puede constituir en ocasiones el planteamiento de la cuestión prejudicial para la propia jurisdicción estatal²⁹, queda matizada en los casos en los que resulta objetivamente innecesaria. Así, en el contexto de lo que ha dado en denominar el diálogo entre tribunales³⁰ en el sistema multinivel de garantías jurisdiccionales, tanto estatal como supraestatal, la obligación de plantear la cuestión prejudicial decae cuando la interpretación sentada por Luxemburgo en casos similares no ofrece dudas para ser aplicada al caso concreto sobre el que ha de discernir y resolver el juez nacional. Cuando, efectivamente, ya no hay ocasión para la controversia sobre la interpretación de la norma europea, puesta en relación con la norma estatal aplicable al caso, procede aplicar la doctrina del *acto claro* y del *acto aclarado* recogida en la sentencia del caso CILFIT. Esta regla interpretativa significa que la jurisdicción nacional de última instancia quedará exenta de promover una cuestión prejudicial cuando la correcta aplicación del Derecho de la Unión no ofrece dudas al objeto de resolver el caso específico, razón por la que “el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que esta evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia”³¹.

²⁸ Caso Krizan y otros (C-416/10, EU: C: 2013:8).

²⁹ M. CARRILLO, 2017: 222.

³⁰ R. BUSTOS GIBBERT, R., 2012: 16-63.

³¹ Caso CILFIT (283/81, EU: C: 1982: 335).

No obstante, en los litigios en los que dilucide no sea la interpretación sino la validez de la norma europea, habrá de ser el propio TJUE quien indefectiblemente se pronuncie al respecto y, en consecuencia, el planteamiento de la cuestión prejudicial será preceptivo dado que en estos casos reaparece el monopolio del Tribunal de Luxemburgo para decidir sobre la validez del Derecho de la Unión.

En ese diálogo inter-jurisdiccional que provoca la cuestión prejudicial sobre la compatibilidad entre la norma estatal y la norma europea, el juez nacional promotor dispone de capacidad de decisión plena sobre las preguntas que decida formular al TJUE, ya sea sobre el número como el contenido de las mismas, así como también sobre la oportunidad de plantear la cuestión si se trata de un órgano judicial que no sea de última instancia. Por otra parte, a diferencia de lo que ocurre con la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales en España (art. 163 CE y 35 a 37 LOTC) donde la negativa del juez a plantearla no equivale *ipso facto* a la vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE)³², en el caso europeo es preciso diferenciar entre los supuestos en los que la cuestión prejudicial es una facultad del órgano judicial y aquellos otros en los que es una obligación. Sólo en estos últimos es cuando la negativa del juez o tribunal nacional a plantearla podrá dar lugar a una reacción procesal para atacarla. En este sentido, el TJUE ha admitido la posibilidad de combatir esta infracción a través del recurso por incumplimiento contra el Estado cuyo órgano jurisdiccional se muestre renuente en plantearla (Caso Comisión/Italia)³³.

La funcionalidad de dicho diálogo entre tribunales ha de fundamentarse en la buena argumentación que acompañe el juez nacional a las preguntas que decida renviar al TJUE. Y es aquí donde su función, a su vez, de juez comunitario³⁴ puede cobrar una especial relevancia para interpretar los derechos y libertades reconocidos en la Constitución nacional a la luz del Derecho europeo, tanto en relación a la Carta como, por supuesto, también con respecto al Derecho Convencional del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH). Para ello ha de superar los criterios jurisprudenciales establecidos por la jurisprudencia de Luxemburgo. Siguiendo la sistematización aportada por SARMIENTO³⁵, la cuestión prejudicial ha de tener una relación evidente con el objeto de la controversia en el procedimiento principal (caso BOSMAN)³⁶; ha de afectar a la interpretación o a la validez del Derecho de la Unión (caso GUIMONT)³⁷; deberá contener todos

³² Por todas, la STC 139/1994, de 9 de mayo.

³³ Caso COMISIÓN/ITALIA (C-129/00, EU: C: 2003:656).

³⁴ D. RUIZ-JARABO COLOMER, 1993.

³⁵ D. SARMIENTO 2016: 408.

³⁶ Caso BOSMAN (C.415/93, EU: C: 1995: 463).

³⁷ Caso GUIMONT (C-448/98, EU: C: 2000: 663).

los elementos de hecho y de Derecho precisos para que el TJUE aporte una respuesta útil (caso COLONIA VERSICHERUNG)³⁸; ha de promoverse en el marco de un verdadero litigio ante el órgano jurisdiccional nacional (caso FOGLIA/NOVELLO)³⁹ y finalmente, la cuestión prejudicial, para ser admitida, no permite plantear una cuestión de validez cuando el recurrente sea un particular que disponiendo de legitimación activa para recurrir directamente el acto ante los tribunales de la Unión no lo ha hecho en el plazo prescrito (TMK Europe)⁴⁰.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R. (2003). *El juez español y el Derecho Comunitario*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- AHUMADA RUIZ, M.A. (1994). «El certiorari. Ejercicio discrecional de la Jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *REDC* n° 41, Madrid.
- BACIGALUPO, M. (1992). «El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991», *RAP* n.º 128, Madrid.
- BUSTOS GISBERT, R. (2012). «XV Propositiones generales para una teoría de los diálogos judiciales». *REDC* n° 95. Madrid.
- CARRILLO, M. (1995). *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: CEC.
- CARRILLO, M. (1999). *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Madrid: Cuadernos de Derecho Público.
- CARRILLO, M. (2017). *Sobre el Tribunal de Luxemburgo y la tutela de derechos*. Madrid: Teoría y Realidad Constitucional n° 39.
- CHINCHILLA MARÍN, C. (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Madrid: Cívitas.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2006). «Qué hacer con el amparo», *Tribuna Abierta. Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, n° 15. Madrid.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007). «La reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)». *REDC* n° 81: Madrid.
- FERRERES COMELLA, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1992). *La batalla por las medidas cautelares (Derecho Comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español)*. Madrid: Cívitas.

³⁸ Caso COLONIA VERSICHERUNG, (C-422/98, EU: C: 1999: 113).

³⁹ Caso FOGLIA/NOVELLO (244/80, EU: C: 1981: 302).

⁴⁰ Caso TMK Europe (C.143/14, EU: C: 2015: 236).

- HERNÁNDEZ RAMOS, M. (2009). *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*. Madrid: Reus.
- LÓPEZ PIETSCH, P. (1998). «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español». *REDC* n° 53, Madrid.
- PÉREZ TREMPES, P. y otros (2004). *La reforma del recurso de amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REVENGA, M. (2012). «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia (ATC 86/2011, de 9 de junio)». *Revista Española de Derecho Europeo* n° 41, Madrid.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.L. (1994). «Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la Verfassungsbeschwerde». *REDC* n° 41, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, F. (1988). «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a 6/1988)». *REDA* n° 60, Madrid.
- RUBIO LLORENTE, F. y ÁLVAREZ JUNCO, J. Eds. (2006). *El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional*. Madrid: Consejo de Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUIZ-JARABO COLOMER, D. (1993). *El juez nacional como juez comunitario, Fundación Universidad Empresa* (Cuadernos de Estudios Europeos). Madrid: Civitas.
- SANTAMARÍA DACAL, A.I. (2014). «El diálogo entre tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: resistencia, resignación, cooperación». En: *J. E. Soriano García (dir.), Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al profesor J. A. Santamaría Pastor*. Madrid: Iustel.
- SARMIENTO, D. (2004). *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo para la Unión*. Madrid: Civitas.
- SARMIENTO, D. (2016). *El Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons.
- TORRES PÉREZ, A. (2009). *Conflict of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.
- WAHL, R y WIELAND, J. (1997). «La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al Bundesverfassungsgericht», *REDC* n° 51, Madrid.