

La poco feliz idea (y realidad) de objetivar nuestro Recurso de amparo

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. LA ESPECIAL GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR MEDIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.—II. LA DETERMINANTE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR MEDIO DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL.—III. APUNTE CRÍTICO ACERCA DE DOS ASPECTOS FUNDAMENTALES ABORDADOS POR LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO DE REFORMA DE LA LOTC.—3.1. Valoración del nuevo trámite de admisión del Recurso de amparo diseñado.—3.2. Valoración de la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones.

RESUMEN

Los Tribunales Constitucionales han incidido de manera decisiva en la realidad constitucional. El más alto tribunal hace valer los Derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado por medio de su jurisprudencia; Derechos Fundamentales que constituyen el sistema de valores en orden a la pervivencia de la Comunidad política. En España, era poco probable la rápida imposición de los Derechos fundamentales sin la privilegiada garantía de un Tribunal Constitucional comprometido ante la nueva Constitución. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español operada por la Ley Orgánica 6/2007, pretendía, entre otras cosas, acabar con el colapso que el Recurso de amparo ha ocasionado en el Tribunal Constitucional. Para solucionar esta situación, el Legislador ha adoptado una serie de reformas. Se analizan así críticamente las dos reformas fundamentales que finalmente se adoptaron por el Legislador operadas por la Ley Orgánica 6/2007 y su pertinencia para el fin perseguido: la admisión del recurso de amparo y el incidente de nulidad de actuaciones.

* Catedrático acreditado de Derecho Constitucional. Universidad de Cantabria.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales; Tribunales constitucionales; Jurisdicción constitucional; Recurso de amparo; Admisión a trámite del Recurso amparo; Incidente de nulidad de actuaciones.

ABSTRACT

The Constitutional Courts has decisively influenced the constitutional reality. The highest court enforces fundamental rights of citizens against the state by way of its case law; Fundamental Rights that consist of a system of values in order to guarantee the survival of the political Community. In Spain the imposition of the fundamental rights was unlikely without the privileged guarantee of a Constitutional Tribunal being committed to the new Constitution. The reform of the Organic Law of the Spanish Constitutional Court operated by Organic Law 6/2007, was intended, amongst other things, to end with the collapse which the amparo appeals created in the Constitutional Court. In order to solve this situation the Legislator have adopted several reforms. We analyze so criticism the fundamental tho reform of which was finally adopted by the legislature by Organic Law 6/2007 was and their relevance for the intended purpose: admission of amparo appeals and of motion for dismissal of judicial proceedings.

KEYWORDS: Fundamental rights; Constitutional courts; Constitutional jurisdiction; Amparo appeals; Admission process of amparo appeals; Motion for dismissal of judicial proceedings.

I. LA ESPECIAL GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR MEDIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Los Derechos fundamentales encarnan los bienes jurídico-materiales necesarios para la existencia de la comunidad garantizada por la Constitución, con lo cual, la legitimidad del Estado constitucional democrático es principalmente de índole material-racional¹. Y en esta misma línea, el Tribunal Constitucional español ha reconocido que «los derechos fundamentales no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva»². En efecto, las garantías constitutivas de carácter sustancial que representan los Derechos fundamentales,

¹ Así lo declararía WALTER HAMEL, *Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Eine Kritik an Gesetzgebung und Rechtsprechung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1957, p. 44.

² Por todas, STC 245/1991, de 16 de diciembre.

proyección y articulación concreta de los valores superiores que el artículo 1.1 de la Constitución española identifica como fundamento del Estado constituido, pone de relieve la comunicación directa entre valores y necesidades concretas del individuo en orden a su autodeterminación³. Esto equivale a decir que los Derechos fundamentales en cuanto «pertenecen a la sustancia de la Constitución»⁴, son socialmente constituyentes⁵, al modo cómo refleja el artículo 10.1 de la CE: «fundamento del orden político y de la paz social». Asimismo, son inherentes al individuo en cuanto miembro activo de la Comunidad política y directamente aplicables desde su reconocimiento constitucional; o, para expresarlo en términos del Tribunal Constitucional español, dado que la Constitución es «nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal» tal como «se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1», ante ello no cabe duda «a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del artículo 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo “vinculan a todos los poderes públicos”», y el hecho de que su ejercicio «haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente “los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial” (art. 117 de la C.E.), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional»⁶.

En atención a su reconocido carácter esencial para la constitución y pervivencia de la Comunidad Política, y precisamente porque los Derechos fundamentales tienen reconocida eficacia normativa inmediata, así como su vigencia, respeto y garantía, constituye una cuestión esencial de la legitimidad del Estado. Y, en lógica consecuencia, «los derechos fundamentales se protegen por su importancia», si bien, «obviamente, no deben su importancia a su protección»⁷, al menos no solo. Se encuentra ahí la justificación de que buena parte de los mismos (aquellos que tienen un «plus de fundamentalidad»⁸)

³ Puede verse en tal sentido JOAQUÍN HERRERA FLORES, *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 53-54; e incluso un paso más en RUTH ZIMMERLING, para quien las necesidades son auténticas realidades empíricas en las que se aprecia un decidido e inevitable contenido axiológico-valorativo, «Necesidades básicas y relativismo moral», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 1990, pp. 47 y ss.

⁴ En los conocidos términos de CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 181.

⁵ Ya por todos en este sentido RUDOLF SMEND en *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), citamos ahora por la traducción castellana *Constitución y Derecho Constitucional*, CEC, Madrid, 1985, p. 231.

⁶ STC 80/1982, de 20 de diciembre.

⁷ JUAN-JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Los derechos fundamentales en la Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 105, 1999, p. 22.

⁸ Expresión de JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 211. Aunque respecto de algunos de estos derechos se suscite cierta perplejidad, dicho sea por comparación a los incluidos en la Sección 2.ª, del Capítulo II del Título I. Actualmente la

reciban una protección jurisdiccional privilegiada y última (tutela a través del Recurso de amparo) por parte de órganos constitucionales independientes que ocupan una posición y desarrollan una función central en la estructura del Estado constitucional moderno, atendida sea su condición de «intérpretes» y «guardianes» de la Constitución. Esto es, de parte de los tribunales constitucionales; tribunales cuya legitimidad democrática de origen (por el modo de designación de sus miembros) es más intensa que la de los jueces y tribunales ordinarios⁹. Aspecto éste determinante, aunque ahora no vamos a detenernos¹⁰, habida cuenta de los elementos políticos que inevitablemente alberga toda interpretación de normas constitucionales abiertas¹¹, y teniendo en consideración que a la mayor legitimidad democrática de la norma a enjuiciar debe corresponder una mayor legitimidad democrática de origen del órgano encargado de su enjuiciamiento. En este sentido, el papel extraordinario desarrollado por la jurisdicción constitucional, en definitiva su autoridad, deriva de este lugar «singular» que ocupa en el orden constitucional, lo que permite el desarrollo de «su influencia en la democracia conforme al postulado del Estado de Derecho (...) cuyo contenido y peculiaridad no serían concebibles sin la jurisprudencia constitucional». Recuerdan en tal sentido *R. Wahl* y *F. Rottmann*, que ya con el constitucionalismo democrático de la República de Weimar se generó la conciencia acerca de que el significado de una Constitución se diferenciaba cualitativamente en virtud de la existencia o inexistencia de una jurisdicción constitucional¹², y como se ha demostrado

mayor parte de la literatura jurídica española considera Fundamentales, al menos, la totalidad de los Derechos comprendidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución. De modo más concreto, el artículo 53.2 de la Constitución española establece que dan lugar a la interposición del recurso de amparo las vulneraciones de los derechos reconocidos en el artículo 14, la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I y el artículo 30.2 de la Constitución española. A su vez, el artículo 162.1 b) de la Constitución española confiere legitimación para su interposición a toda persona (natural o jurídica) que tenga un interés legítimo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

⁹ THOMAS WÜRTEMBERGER, «Zur Legitimität des Verfassungsrichterrechts», en *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, ed. de Bernd Guggenberger / Thomas Würtenberger, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 60 y ss.

¹⁰ En todo caso, ha advertido HANS-HUGO KLEIN, el procedimiento actual de nombramiento de magistrados se traduce, en cierto modo, en una relación de proximidad entre los actores políticos y los propios magistrados, y esta relación es, precisamente, imprescindible, puesto que un tribunal cuyas competencias son tan amplias, de modo que sus decisiones pueden incidir de una manera profunda en el proceso político, incluso hasta modificarlo por completo, debe contar con la confianza de las fuerzas políticas determinantes que han de aceptar sus fallos, «Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstag von Peter Lerche*, ed. de Peter Badura / Rupert Scholz, C.H. Beck, München, 1998, p. 59.

¹¹ En este sentido, a modo de ejemplo, PEDRO DE VEGA GARCÍA, «Jurisdicción constitucional y crisis de Constitución», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pp. 93 y ss; KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, 2.ª ed., CEC, Madrid, 1992, pp. 37 y ss.

¹² RAINER WAHL / FRANK ROTTMANN, «Die Bedeutung der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik - ein Vergleich zum 19. Jahrhundert und zu Weimar», en *Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland: Beiträge zum Kontinuitätsproblem*, ed. de Werner Conze / M. Rainer Lepsius, Klett-Cotta, Stuttgart, 1983, p. 339.

durante la vigencia de la Ley Fundamental ha ejercido desde el primer momento una decisiva influencia sobre la realidad constitucional.

II. LA DETERMINANTE DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR MEDIO DEL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

La experiencia histórica ha confirmado, y conviene recordar a nuestro propósito, que las constituciones democráticas han demostrado su eficacia cuando no solamente los órganos estatales sino también los ciudadanos las llenan de vida y las hacen realidad; en particular, la igualdad, la libertad y participan en ellas¹³. La Constitución misma es así Derecho político y en el sentido específico de la palabra, derecho político, al ordenar democráticamente a favor del bienestar común la actividad de relevantes actores estatales y sociales y establecer los límites de su actuación y de comportamiento ciudadano¹⁴. Teniendo en cuenta, de otro lado, que la Democracia como algo viviente, dinámico, delicado, está permanentemente expuesta al peligro de su deformación y extinción¹⁵, solo cuando los ciudadanos abren los ojos a la realidad¹⁶ y realizan voluntariamente aquellas acciones que resulten necesarias para alumbrar un proceso democrático libre, abierto, comunicativo, puede funcionar un ordenamiento estatal como el que pretende organizar y garantizar el constitucionalismo actual.

Resulta así obligado «agradecer a su atención, su sentido del Derecho y, no en última instancia, a su espíritu de resistencia, que el Tribunal constitucional pueda actuar como defensor de los Derechos individuales»¹⁷ a partir de la interacción ciudadana, para lo que deberá estar dotado —sus integrantes, desde una composición lógicamente pluralista— de alta sensibilidad social y política¹⁸. Un tema que, a decir por ejemplo de la literatura jurídica alemana, se suscitó en las deliberaciones sobre la introducción del Recurso de amparo en aquel país, y que modernamente se ha resumido por algunos destacados representantes de esa misma doctrina científica en términos de: la movilización de los ciudadanos por la ejecución del Derecho constitucional en la expresión aclarativa de *Johannes Massing* y *Christoph Gusy* (*Die Mobilisierung der*

¹³ ROMAN HERZOG, «Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers», en *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, ed. de Walter Fürst / Roman Herzog / Dieter C. Umbach, Bd. 2, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pp. 1415 y ss.

¹⁴ ANDREAS VOßKUHL, «Kommentierung Artikel 93 Grundgesetz, § 32», en *Kommentar zum Grundgesetz*, ed. de Hermann von Mangoldt / Friedrich Klein / Christian Starck, Bd. III, 5.ª ed., Vahlen, München, 2005.

¹⁵ WALTER LEISNER, *Demokratie. Betrachtungen zur Entwicklung einer gefährdeten Staatsform*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

¹⁶ Así, RALF DAHRENDORF, *Después de la democracia*, Crítica, Barcelona, 2002.

¹⁷ JUTTA LIMBACH, «Papel y Poder del Tribunal Constitucional», en *op. cit.*, p. 105.

¹⁸ JUTTA LIMBACH, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 1999, pp. 32 y ss.

Bürger für die Durchsetzung des Rechts —des Vefassungsrechts—)¹⁹. Proceso, como ya se apuntó, en el que el Recurso de amparo desempeña un papel decisivo, porque abre el procedimiento democrático a la participación de los ciudadanos en la vida constitucional desde el punto de vista jurídico-procesal: ante el tribunal de más alto rango para salvaguardar e imponer la Constitución, los órganos supremos del Estado no pueden quedarse solos como partícipes de un procedimiento de tal trascendencia²⁰. Por medio del Recurso de amparo el ciudadano ha tomado conciencia de que no está inerme ante medidas estatales autoritarias y arbitrarias, y ha dotado de rasgos firmes a los principios estructurales del Estado de Derecho²¹, habiendo «hecho de los ciudadanos gendarmes de la Constitución»²². La doctrina constitucionalista alemana unánimemente reconoce que ninguna otra parte de la Ley Fundamental ha tenido tal incidencia en la convivencia social y en la relación del Estado con sus ciudadanos como la integrada por la carta de los Derechos fundamentales en ella contenida²³. De este modo, la comprensión que por la jurisdicción se hace de los Derechos fundamentales termina por determinar no solo la relación del ciudadano frente al Estado sino también las relaciones de los ciudadanos entre sí.

La institución del Recurso de amparo desarrolla, por consiguiente, una función múltiple. Inicialmente, era cierta la pretensión de que sirviera a la defensa eficaz y a la protección inquebrantable de los Derechos fundamentales en cuanto pieza capital de la estructura constitucional²⁴; se aludía de este modo a la protección jurídica a desarrollar por el mismo, pero sin por ello descartar otras funciones. En consecuencia, aunando ideas democráticas y de Estado de Derecho, pronto se observó que el procedimiento estaba en condiciones de promover también la participación activa del ciudadano en la realización jurídica y material de la Constitución: se trataba de inculcar al individuo la

¹⁹ JOHANNES MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts -Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Duncker&Humblot, Berlin, 1997; expresión que acoge CHRISTOPH GUSY, «Die Verfassungsbeschwerde», en *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, ed. de Peter Badura / Horst Dreier, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 654 y ss.

²⁰ PETER HÄBERLE, «Die Verfassungsbeschwerde im System der bundesdeutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 45, 1997, pp. 107 y ss.

²¹ JUTTA LIMBACH, «Papel y Poder del Tribunal Constitucional», en *op. cit.*, p. 105.

²² *Ibidem*, p. 105.

²³ Ahora bien, es de sobra conocido que por medio de su jurisprudencia el Tribunal Constitucional Federal alemán no solo ha ejercido decisiva influencia sobre la realidad constitucional en el ámbito de los Derechos fundamentales, pues asimismo ha sido tremendamente importante la doctrina desarrollada en temas tales como la distribución de competencias, el funcionamiento y la configuración de los órganos estatales incidiendo con ello en la concreta la distribución de poder en el Estado constitucional, como también el Derecho de Partidos ha sido ampliamente configurado por la jurisprudencia constitucional; algo que, salvas las distancias, asimismo puede decirse de nuestra jurisprudencia constitucional.

²⁴ CHRISTOPH GUSY, «Die Verfassungsbeschwerde», en *op. cit.*, pp. 654 y ss. En este sentido, la recepción del modelo alemán de la *Verfassungsbeschwerde* en la configuración del recurso español de amparo, ha sido resaltado en diversas ocasiones por nuestra doctrina científica; a lo que habría de matizarse que ello es así hasta 2007, y menos a partir de esta fecha.

conciencia y la posibilidad de enfrentarse al Estado como sujeto y defensor de un elemento esencial de la Democracia²⁵. Por consiguiente, el Recurso de amparo debía representar, entre otras cosas, un instrumento de participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política del Estado en su compromiso de garantizar la libertad, permitiendo la integración de lo dinámico, lo fluido y lo precario del Derecho constitucional²⁶, que emerge fundamentalmente en estos esenciales aspectos en la dirección marcada por el proceso seguido en su aplicación por el Tribunal Constitucional²⁷. Por lo tanto, se vislumbraban desde sus orígenes varios objetivos del nuevo procedimiento: en primer lugar, se pretendía que fuera, muy en la línea tradicional, un medio para hacer realidad la protección jurídica del individuo, es decir, de derechos subjetivos de personas físicas y jurídicas a instancia propia; pero al lado de esta finalidad del procedimiento que era egoísta, por así decirlo, había desde el principio otro objetivo procedimental de carácter altruista: los demandantes en amparo debían cooperar al objeto de la realización de los valores constitucionales dentro del Estado²⁸.

En este sentido, el profundo tratamiento de los Derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional Federal alemán, ha terminado caracterizando el desarrollo de la jurisdicción constitucional de aquel país²⁹. Y, en su virtud, se ha producido la implementación y extensión del control constitucional a la función política³⁰, lo que ha supuesto, de otra parte, una comprensión material del Derecho constitucional de los Derechos fundamentales, del orden democrático y del principio del Estado social, todo ello a través del predominio de la eficacia social y valorativa de la norma constitucional por superación del método del positivismo jurídico³¹. Asimismo, desde la misma creación del Tribunal Constitucional se aludía al «efecto educativo», didáctico, que debía desarrollar su jurisprudencia, al objeto de fortalecer el empeño de los órganos del Estado tocante a la salvaguarda de los Derechos fundamentales. El planteamiento resulta adecuado, porque en el constitucionalismo democrático los Derechos fundamentales no tienen únicamente el carácter de simple expresión de una dimensión individual de los mismos, sirven también para promover la participación de los ciudadanos en la común determinación de la dirección

²⁵ OLIVER W. LEMBCKE, *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts. Neue Staatswissenschaften*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

²⁶ Puede verse RAINER WAHL, «Der Konstitutionalismus als Bewegungsgeschichte», en *Der Staat*, Bd. 44, 2005, pp. 571 y ss.

²⁷ CHRISTIAN WALTER, «Hüter oder Wandler der Verfassung? Zur Rolle des Bundesverfassungsgericht im Prozeß des Verfassungswandels», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 125, 2000, p. 531.

²⁸ CHRISTOPH GUSY, «Die Verfassungsbeschwerde», en *op. cit.*, pp. 654 y ss.

²⁹ KONRAD HESSE, «Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, núm. 46, 1998, pp. 1 y ss.

³⁰ KARL-REINHARD HINKEL, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik. Eine historische Betrachtung*, Maximilian, Hamburg, 1984, pp. 18 y ss.

³¹ KLAUS STERN, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Westdeutscher, Köln-Opladen, 1980, pp. 12 y ss.

política de la vida colectiva³², y en esta tarea, a falta de tradición al respecto, los tribunales constitucionales han contribuido al reforzamiento de los Derechos —de su eficacia— en la conciencia de los individuos y en la práctica estatal. De este modo, por mor de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, los Derechos fundamentales determinan hoy «no sólo la vida estatal, sino toda la vida jurídica (...) y la impregnan hasta en los menores detalles»³³. En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha evidenciado como el más importante garante del respeto que le deben los demás órganos estatales al Derecho constitucional y ha dado lugar a que la Ley Fundamental adquiriera un lugar privilegiado en la conciencia social, así como a la consolidación del nuevo orden político³⁴. No es lícito, pues, pasar por alto el efecto pacificador y generador de consenso de un buen número de decisiones poco discutidas³⁵, ni tampoco el efecto integrador que emana de la garantía protectora de los Derechos fundamentales creada por la jurisdicción constitucional³⁶; jurisdicción que en Alemania ha alcanzado tan alto prestigio —no exento de momentos polémicos por decisiones concretas— hasta tal extremo que algún autor ha insistido en la conveniencia de no olvidar la superioridad jerárquica de la propia Constitución sobre la doctrina procedente del Tribunal Constitucional³⁷.

Referido más concretamente a nuestro país, también desde su primera época la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional produjo un histórico avance. Más específicamente, la atribución de amplias competencias al Tribunal Constitucional español y, de manera particular, en materia de Derechos fundamentales, ha sido explicada desde las reticencias hacia el juez ordinario

³² GUSTAVO ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2.ª ed., 1997, p. 59; HANS-RUDOLF HORN, «Justicia constitucional y consenso básico. Reflexiones comparativas sobre desarrollos constitucionales mexicanos y alemanes», en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Tomo II, Unam, México, 1998, pp. 1083 y ss.

³³ KONRAD HESSE, «Estadios en la historia de la jurisdicción constitucional alemana», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 1998, núm. 1, pp. 66-67.

³⁴ FRITZ OSSENBUHL, «Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht», en *Neue Juristische Wogenschrift*, 1976, pp. 2100 y ss.

³⁵ ERNST BENDA, «Zur gesellschaftlichen Akzeptanz verwaltungs- und verfassungsgerichtlicher Entscheidungen», en *Die öffentliche Verwaltung*, 1983, p. 307. Sin embargo, para DIETER GRIMM, destacado constitucionalista y ex-magistrado del Tribunal Constitucional alemán, la función de un Tribunal constitucional no consiste en fomentar el consenso dentro de la Sociedad, sino en llevar a cabo la interpretación e implementación de la Constitución, *Entrevista recogida por el Süddeutsche Zeitung el nueve de diciembre de 1995*; tareas que, a nuestro modo de ver, no son precisamente excluyentes; aunque el autor ha reconocido en otros momentos que en sentido amplio el *Bundesverfassungsgericht* ejerce un poder de naturaleza política, *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*, C.H. Beck, München, 2001, p. 27.

³⁶ Puede verse el desarrollo de tal idea en FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa. Una prospettiva costituzionale», en *Tecniche di garanzia dei Diritti Fondamentali*, ed. de Giancarlo Rolla, G. Giappichelli, Torino, 2001, especialmente p. 116.

³⁷ KLAUS SCHLAICH / STEFAN KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C.H. Beck, München, 2001, p. 367.

entreveradas en el proceso constituyente ante el problema de su escasa conciencia constitucional, tanto más acentuadas «en la medida en que, al igual que otras instituciones estatales, el aparato judicial fue heredado en su integridad del régimen franquista, lo que sin duda puede explicar la cuestionable sensibilidad constitucionalista detectada en las diversas instancias de la jurisdicción ordinaria, mostrada de forma escandalosa en algunos casos, en especial durante los primeros años de vigencia del texto constitucional»³⁸. Según se comprende, por lo tanto, la introducción del Recurso de amparo en España respondió a una necesidad histórica, la de proteger los Derechos «no sólo frente al poder legislativo, sino también frente al ejecutivo y la administración y, sobre todo, frente al poder judicial»³⁹. Por todo ello, puede sostenerse que ha sido decisiva la tarea del Tribunal Constitucional respecto de la consolidación del orden constitucional español, y muy específicamente su contribución al establecimiento de un auténtico y eficaz sistema de Derechos Fundamentales con el que los ciudadanos se sienten plenamente identificados.

En este sentido, concluyen estimando algunos de nuestros autores que si el Recurso de amparo ha terminado identificándose esencialmente con la protección de los Derechos fundamentales, recíprocamente, la protección de los Derechos fundamentales finalmente se ha identificando en líneas esenciales con el Recurso de amparo⁴⁰. En consecuencia, tocante a la cautela con la que debería considerarse la *subsidiariedad* del Recurso de amparo —previo a la reforma de la LOTC de 2007—, ya que se había configurado más bien como una acción de carácter autónomo, pueden verse los buenos argumentos apuntados por M. Carrasco⁴¹, si bien termina reconociendo que la mayor parte de la doctrina científica se ha inclinado a favor de la tesis del carácter subsidiario del recurso⁴². Las distintas posiciones doctrinales respecto a una entonces eventual regulación de carácter restrictivo tocante al trámite de admisión así como sus reticencias al respecto, son bien sintetizadas también por este mismo autor⁴³, quien ya advertía que una eventual modificación de los criterios de admisión y de enjuiciamiento no debería redundar en un menoscabo «de la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales»⁴⁴; lo que seguramente no ha sido bien

³⁸ MARC CARRILLO LÓPEZ, *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, CEC, Madrid, 1995, p. 39.

³⁹ ROBERTO L. BLANCO VALDÉS, «La política y el Derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España», en *Estudios de Derecho Constitucional*, VV. AA., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, p. 430.

⁴⁰ LUIS-MARÍA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, 1994, pp. 9 y ss.

⁴¹ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 63, 2001, pp. 83 y ss.

⁴² MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *op. cit.*, p. 108.

⁴³ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *op. cit.*, pp. 89 y ss.

⁴⁴ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *op. cit.*, p. 125.

observado por la reforma precitada. Asimismo, al referirse a la superioridad del Recurso de amparo sobre los procesos ante órganos jurisdiccionales ordinarios, entre otros aspectos, destaca que esa condición se hace efectiva a través de dos mecanismos: «a) la eficacia correctora del recurso de amparo (...), b) la *auctoritas* que confiera a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional su condición de máximo órgano jurisdiccional en materia de interpretación de la Constitución, y, en particular, en lo relativo a garantías constitucionales o derechos fundamentales»⁴⁵.

III. APUNTE CRÍTICO ACERCA DE DOS ASPECTOS FUNDAMENTALES ABORDADOS POR LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LOTC

3.1. Valoración del nuevo trámite de admisión del Recurso de amparo diseñado

Por lo que se refiere a la experiencia constitucional española, tal como hemos reconocido, ha sido decisiva la tarea del Tribunal Constitucional respecto de la consolidación del orden constitucional, y muy específicamente su contribución al establecimiento de un auténtico y considerablemente eficaz sistema de Derechos fundamentales. No obstante, aunque los Derechos fundamentales determinan actualmente de múltiples formas la vida de nuestra Comunidad política, aún hay una considerable distancia entre nuestro Estado y la República Federal de Alemania en lo referido al desarrollo: de los Derechos fundamentales como derechos de defensa; de los derechos sociales y de participación; de la garantía de los derechos y deberes de protección consagrados en la Constitución. De otra parte, cuando las decisiones jurisdiccionales trascienden la relevancia meramente subjetiva e influyen de manera tan decisiva en la realidad constitucional de un Estado y en la Comunidad política constituida, aparecen con frecuencia las críticas desde la comunidad jurídica e incluso el reproche de la opinión pública, y de ello tampoco se ha escapado el hacer de nuestra jurisdicción constitucional, si bien, los cuestionamientos aludidos se han debido en inferior medida a las discusiones en materia de Derechos fundamentales.

Pues bien, recordado lo previo, vamos a realizar a continuación algún comentario crítico acerca de la última reforma de la LOTC, en lo referente al trámite de admisión y a las causas de inadmisión del Recurso de amparo; en

⁴⁵ MANUEL CARRASCO DURÁN, «El concepto constitucional de recurso de amparo», en *op. cit.*, pp. 104-105; e incluso prosigue: «constituye este dato un poderoso elemento persuasivo cuya eficacia no puede minusvalorarse, tanto más cuanto que se encuentra reforzado por la eficacia correctora del recurso de amparo. En fin, la confluencia de estos dos mecanismos produce en la práctica una sólida tendencia en los órganos judiciales al seguimiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional», *ibidem*, pp. 104-105.

realidad, de la inversión del «juicio de admisibilidad» llevado a cabo hasta la reforma⁴⁶. A buen seguro, el aspecto más trascendental de la modificación llevada a cabo por medio de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo⁴⁷, bajo la capa una vez más pretendidamente «racionalizadora-objetivadora»⁴⁸. Y, asimismo, haremos un breve apunte acerca de la nueva regulación dada al trámite del incidente de nulidad de actuaciones.

En los términos de la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007, se perseguía mediante la reforma reordenar «la dedicación que el Tribunal otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuadamente con su misión constitucional», adecuando su normativa a fin de «dar respuesta a los problemas que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional». Adicionalmente, y en concordancia con la pretensión anterior, decía pretender reforzar asimismo la posición de la jurisdicción ordinaria en la protección de los Derechos fundamentales, a cuya finalidad se llevaría a cabo la modificación del incidente de nulidad de actuaciones previsto a tal fin por de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tocante a los requisitos de admisión del Recurso de amparo, la reforma ha añadido un último inciso al primer apartado del artículo 49 de la LOTC, e incorporado un cuarto apartado nuevo. Vamos a limitarnos a hacer algún apunte respecto del añadido al núm. 1 del actual artículo 49 —y la consiguiente modificación del artículo 50.1.b de la LOTC— que constituye ahora su último inciso: «*en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso*», lo que nos anuncia la modificación más trascendente operada⁴⁹. Y apunta a la idea recurrente de endurecer el trámite de admisión a través de una regulación que se ha valorado como próxima al modelo de *writ of certiorari* seguido ante el Tribunal Supremo norteamericano⁵⁰, en el que

⁴⁶ GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, 2007, p. 33.

⁴⁷ De «eje vertebral de la reforma», junto con la habilitación de las Secciones del Tribunal para dictar sentencias y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la LOPJ, hablará GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸ Previamente, el texto inicial de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional, se había modificado en cinco ocasiones: la primera la llevó a cabo la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre; la segunda a través de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio; la tercera mediante la Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio; la cuarta con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril; y la quinta por medio de la Ley Orgánica 1/2000, de 7 de enero.

⁴⁹ En términos del propio Tribunal Constitucional «el elemento más novedoso» o la «caracterización más distintiva» de la nueva regulación del Recurso de amparo, ATC 188/2008, de 21 de julio, y STC 155/2009, de 25 de junio. Esta fuerte objetivación del recurso, a nuestro juicio, justificaría la tesis mantenida por MARC CARRILLO LÓPEZ, al afirmar que en coherencia lógica con la misma debería corresponder «exclusivamente al pleno del Tribunal la competencia para resolver sobre los recursos de amparo», «Encuesta sobre la reforma del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, p. 69.

⁵⁰ MANUEL ARAGÓN REYES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, p. 20. En consecuencia, al centrarse

corresponde a éste la elección *ad libitum* de los supuestos en los que entra a conocer. Sin embargo, se ha expresado correctamente la opinión de que no puede aún consagrarse en la práctica el modelo de *certiotari*, al ser comúnmente compartida la obligación subsistente para el Tribunal Constitucional de examinar y estudiar los recursos, y, por tanto, aun en abstracto, la regulación dista bastante del *writ of certiotari*, puesto que el margen de discrecionalidad reconocido al Tribunal no está carente de límites⁵¹.

El planteamiento se desarrollaría por medio de la imposición llevada a cabo mediante el artículo 50.1.b de la LOTC para la admisión del recurso, dónde se señala que la apreciación del requisito sustantivo o de fondo relativo a la «especial trascendencia constitucional» que «justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional» atenderá a tres «criterios: «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». Por tanto, como bien reconoce la Exposición de Motivos de la Ley orgánica de 6/2007, «frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución». Y siguiendo con lo afirmado en la propia Exposición de Motivos, se ha producido una inversión del «juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso»⁵². Esto es, como se

en el interés constitucional, no se ha considerado el carácter subjetivo que conforme a la Constitución tiene el Recurso de amparo, lo que justificaría la inclusión de la existencia de un grave perjuicio para los derechos del recurrente como motivo de admisión, en línea con el modelo alemán, algo que también había sido reclamado a modo de equilibrio previamente a la reforma por sectores de la doctrina.

⁵¹ GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *op. cit.*, p. 35. En Alemania, además de buena parte de la doctrina constitucional, la denominada «Comisión Benda» encargada de buscar soluciones para aligerar la carga de recursos ante el Tribunal Constitucional, se mostró partidaria de adoptar asimismo el modelo de la libre admisión del Recurso de amparo, aunque finalmente no se optó por esa solución, puede verse ERNST BENDA, *Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Vorschläge der Entlastungskommission*, Nomos, Baden-Baden, 1998. Sin embargo, a nuestro juicio, una buena crítica del modelo de la libre admisión por privarse mediante la misma de su alta dignidad jurisdiccional al Tribunal Constitucional, se contiene en PAUL KIRCHHOF, «Verfassungsverständnis, Rechtsprechungsaufgabe und Entlastung des Bundesverfassungsgerichts», *Urteilverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht. Ein Grundrechts-Colloquium*, ed. de Bogs Harald, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 73.

⁵² El concepto, como es evidente, se asemeja al alemán de la «relevancia constitucional fundamental», definido por el Tribunal Constitucional en la *BVerfGE* 90, 22 (24 y ss.), al expresar

ha subrayado inevitable y unánimemente por la doctrina especializada y hemos terminado de aludir, la Ley Orgánica 6/2007 introduce la inversión del juicio de admisibilidad, de modo que, en lugar de examinar si concurre alguna causa de inadmisión como se preveía en la regulación previa, se ha de verificar si la demanda de amparo cumple los requisitos necesarios para su admisión, decidiéndose a favor de ésta «*solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos*» en expresión del artículo 50.1 de la LOTC.

En explicitación de los tres criterios aludidos, inicialmente apuntaría el Tribunal Constitucional que en el contenido del concepto «especial trascendencia constitucional» al que se refiere el artículo 50.1 b) LOTC, se comprenden los supuestos que planteen «una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina»⁵³. Pero iba a ser una sentencia dictada tres meses más tarde la que más plenamente estimaría «conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1 b) LOTC»⁵⁴. Y, en tal sentido, entiende «que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional» en una serie de casos que refiere, ocupándose de advertir que la relación allí contenida no ha de ser «entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido». De este modo, enumera los siguientes supuestos: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional (que recuerda ya ha sido enunciado por la STC 70/2009, de 23 de marzo); b) que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de 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 la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE; c) cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional

que la «relevancia fundamental se da solo si la *Verfassungsbeschwerde* suscita una cuestión de Derecho Constitucional que no pueda ser contestada tan fácilmente desde la propia Ley Fundamental y todavía no ha sido aclarada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o necesita ser aclarada de nuevo por circunstancias cambiantes.

⁵³ STC 70/2009, de 23 de marzo.

⁵⁴ STC 155/2009, de 25 de junio.

considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o 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 Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) en fin, 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 determinados amparos electorales o parlamentarios; añadiendo que no ha de entenderse su explicación como un elenco cerrado de causas⁵⁵. Así, la STC 61/2011, de 5 de mayo, dictada en materia electoral, sostuvo que el recurrente había cumplido con la exigencia impuesta en el artículo 49.1 *in fine* de la LOTC, pues si bien sus alegaciones no se enmarcaban en ninguno de los casos recogidos por la STC 155/2009, la petición del recurrente permitía entender que sustentaba la especial trascendencia constitucional del recurso en la importancia del caso planteado para la interpretación de los Derechos fundamentales afectados y en orden a la determinación del contenido de éstos.

De todos modos, estimará el Tribunal Constitucional en defensa de su competencia que en atención al «carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de “especial trascendencia constitucional”, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación», se confiere al propio Tribunal «un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo “justifica una decisión sobre el fondo (...) en razón de su especial trascendencia constitucional”. Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto”»⁵⁶. En otro momento el Tribunal Constitucional ha aceptado la concurrencia del requisito en un supuesto en el que entrar a conocer del Recurso de amparo le permitía perfilar, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales, la doctrina constitucional sobre el derecho a

⁵⁵ MARIO HERNÁNDEZ RAMOS se había referido a algunos de estos supuestos a partir del examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, «Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 73, 2008, pp. 48 y ss. Para un análisis completo de la problemática, remitimos a la obra del propio autor *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Reus, Madrid, 2009. Y asimismo de importante interés las consideraciones debidas a MANUEL ARAGÓN REYES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *op. cit.*, pp. 12 y ss.

⁵⁶ STC 155/2009, de 25 de junio.

la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar⁵⁷. Asimismo, ha apreciado especial trascendencia constitucional de un Recurso de amparo que permitía la posibilidad de completar y aclarar la doctrina constitucional previa relativa al contenido y alcance del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales y en materia de retribuciones, para los puestos en los que las diferencias retributivas no traen causa de un convenio colectivo sino que provienen de una decisión unilateral del empresario⁵⁸.

Pues bien, ante la reforma operada, no es de extrañar que el mismo Tribunal Constitucional haya destacado que propiamente mediante la introducción de este importante requisito de carácter sustantivo es como se lleva a cabo la auténtica «nueva configuración del recurso de amparo», dada la opción seguida por el Legislador «en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el artículo 161.1 b) de la CE, en relación con su art. 53.2»⁵⁹. Y, de modo adecuado bien advierte, que inicialmente «tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su “especial trascendencia constitucional”, frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo. Así, pues, para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) de la CE y 41 de la LOTC], sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso [art. 50.1 b) de la LOTC]»⁶⁰.

De esta forma, al interponer el Recurso de amparo ya no va a ser suficiente alegar que se ha vulnerado un Derecho fundamental amparable, puesto que la demanda viene obligada a argumentar la concurrencia «en positivo» de la especial trascendencia constitucional atribuible a dicha vulneración⁶¹; reconocimiento efectuado por el propio Tribunal Constitucional en plena congruencia con lo expresado por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, donde se señala la obligación del recurrente de «alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional». En consecuencia, la

⁵⁷ STC 26/2011, de 14 de marzo.

⁵⁸ STC 36/2011, de 28 de marzo.

⁵⁹ STC 155/2009, de 25 de junio.

⁶⁰ STC 155/2009, de 25 de junio.

⁶¹ El Tribunal Constitucional ha fijado el criterio de considerar inadmisibile toda demanda de amparo en la que no se justifique suficientemente la concurrencia de la especial trascendencia constitucional del asunto, por ejemplo en los AATC 188/2008, de 21 de junio; 290/2008, de 22 de diciembre; 134/2010, de 20 de julio; así como en la STC 155/2009, de 25 de junio.

«especial trascendencia constitucional» debe ser inexcusablemente alegada en la demanda por el recurrente en amparo, y la falta de tal alegación implica la inadmisión *a limine* del recurso por entenderse que tiene el carácter de requisito insubsanable⁶². No obstante, se ha ocupado de dejar sentado el Tribunal Constitucional que si bien «el recurrente ha de satisfacer necesariamente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49.1 *in fine* de la LOTC, la carga de justificar en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (AATC 188/2008, de 21 de julio; 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre)», corresponde al propio Tribunal «apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa “especial trascendencia constitucional”; esto es, cuándo, según el tenor del art. 50.1 b) de la LOTC, “el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”, atendiendo para ello a los tres criterios que en el precepto se enuncian: “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»⁶³. El Tribunal ha llegado igualmente a inadmitir un Recurso de amparo por no haber satisfecho el recurrente la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del asunto, a pesar de que la demanda se había interpuesto previo al dictado de la STC 155/2009, pues no contenía una argumentación

⁶² AATC 188/2008, de 21 de junio y 289/2008, de 22 de septiembre (este segundo contiene un bien argumentado discrepante del magistrado D. Eugenio Gay Montalvo). Aspecto que ha merecido la crítica doctrinal desde determinados sectores, por haberse concebido a modo de un «formalismo enervante» conducente a la inadmisión de demandas en las que no haya fundamentado debidamente la concurrencia de especial trascendencia constitucional, y, sin embargo, de la lectura de la misma pueda deducirse que tal trascendencia concurre, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 94; asimismo, ha puesto de relieve que el texto del nuevo artículo 50.1 LOTC muestra la intención del Legislador de optar a favor del carácter excepcional de la admisión, toda vez la introducción del adverbio «solamente» incorpora un matiz claramente restrictivo que el Tribunal Constitucional estará obligado a considerar, p. 74. Y el propio FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO entiende adecuadamente que la referencia del nuevo artículo 49.4 de la LOTC al supuesto de que la demanda de amparo incurra en uno o varios defectos de carácter subsanable, el plazo de los diez días hace referencia al que dispone el recurrente a fin de subsanar cualquiera de los requisitos referidos en los números 1, 2 y del artículo 49 LOTC, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 109.

⁶³ STC 155/2009, de 25 de junio; y en la STC 96/2010, de 15 de noviembre, se encargaría de recordar sus extensas facultades en orden a decidir acerca de la concurrencia del requisito de la especial trascendencia constitucional, una vez el demandante ha justificado debidamente tal aspecto. En cuanto a la subsanación, según dicen los AATC 188/2008, de 21 de junio, y 289/2008, de 22 de septiembre, «no es posible extenderla al contenido de las alegaciones que sustentan aquella pretensión, porque constituyen su sustrato material y ello trastocaría los principios generales del proceso y las garantías de su seguridad jurídica». Pero toda vez declara que la exigencia en cuestión es insubsanable por afectar «directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo» o a su «sustrato material», el Tribunal entra en abierta contradicción con su otra afirmación, efectuada asimismo en los mismos autos citados, de acuerdo con la cual, la fundamentación de la «especial trascendencia constitucional» del amparo no coincide con la fundamentación de la lesión de un Derecho fundamental, esto es, el objeto de la pretensión que se esgrime en el recurso.

material sobre la especial trascendencia constitucional del recurso que pudiera estimarse suficiente, ya que ni siquiera dedicaba un apartado a la cuestión, ni tampoco materialmente reflejaba exposición alguna dirigida a satisfacer dicha exigencia procesal⁶⁴. De otra parte, la decisión de inadmisión es adoptada por la Sección, ahora por unanimidad de sus miembros (artículo 50.1 de la LOTC), y tan solo de no haberse alcanzado la mayoría en la misma se trasladará la decisión a la Sala en la que basta la mayoría (artículo 50.2 de la LOTC)⁶⁵.

A su vez, frente al anterior modelo de inadmisión que revestía la forma de auto, actualmente se lleva a cabo por medio de providencia, tanto si dicha decisión proviene de la Sección como si se adopta en la Sala, reservándose la forma de auto para aquellos casos en los que la inadmisión haya sido recurrida en súplica por el Ministerio Fiscal (artículo 50.3 de la LOTC). El mismo artículo 50.3 de la LOTC, establece que la providencia especificará «el requisito incumplido», de lo cual se deduce que no han de estar extensamente motivadas⁶⁶, debiendo ser notificadas al demandante y al Ministerio Fiscal, y correspondiendo tan solo este último interponer recurso de súplica en el plazo de tres días a resolver ahora por medio de auto.

En consecuencia, a tenor de la nueva formulación del trámite de admisión, ¿puede minimizarse el alcance de la reforma argumentando que la idea ya estaba implícita en la causa de inadmisión por carencia manifiesta de contenido constitucional del anterior artículo 50.1.c de la LOTC? En nuestra opinión, la reforma ha abierto un portillo que permite ir bastante más lejos de lo ya permitido por el antiguo artículo 50.1.c de la LOTC, y desde luego eliminar *a limine* los recursos de amparo de «escasa» relevancia constitucional, o de «trascendencia no especial» pero, al fin y al cabo, de relevancia, trascendencia y lesión de naturaleza constitucional, ¿y ésta puede ser escasa? Algo que por sí mismo admite el propio Tribunal Constitucional, al señalar que «la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho

⁶⁴ STC 143/2011, de 26 de septiembre.

⁶⁵ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 47. Asimismo, según se desprende de lo previsto por los artículos 8 y 52.2 LOTC, las propias secciones pueden dictar sentencia en los recursos de amparo que las Salas les difieran, para lo que será preciso que en la «resolución sea aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional», lo que no deja de ser chocante con la fórmula de admisión propuesta de la referida especial trascendencia constitucional, filtro por el que previamente ha de pasar todo recurso, y parece difícil la conciliación de ambos conceptos so pena de desvirtuar el filtro que se ha establecido, pues no se advierte en tales supuestos la utilidad para el cambio o evolución de la jurisprudencia constitucional.

⁶⁶ Este último aspecto ha merecido reproches doctrinales por entender que el Tribunal Constitucional actúa en los procesos de amparo como un órgano judicial, y, en consecuencia, asimismo debe considerarse vinculado por la obligación de motivar sus resoluciones, lo que se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes así como del hecho de constituir uno de los elementos objetivos esenciales de todo procedimiento.

fundamental»⁶⁷. Todo lo cual, nos parece sensiblemente diferente de la inadmisión por falta de «contenido constitucional» —previa regulación—, en cuanto ahora se exige la concurrencia de dos requisitos: lesión de un Derecho fundamental, y especial trascendencia constitucional de la misma. Por el contrario, los defensores de la reforma niegan que su resultado pueda ser el de una disminución de la tutela de los Derechos fundamentales, por entender que tan solo se trata de asignar al Recurso de amparo una diferente naturaleza y función, reforzando al tiempo la posición y los poderes de la jurisdicción ordinaria, en cuanto por su carácter son los jueces ordinarios los verdaderos sujetos con competencia para la tutela de los Derechos fundamentales a través de un juicio de naturaleza subjetiva fundado esencialmente sobre el interés del recurrente.

De otra parte, asimismo cabe preguntarse si la reforma va a terminar convirtiendo al Tribunal Constitucional español en un tribunal de casación constitucional en materia de Derechos fundamentales, como entendemos indisimuladamente se ha pretendido, y nos atrevemos a responder en el sentido de que se nos permita como mínimo expresar serias dudas. El problema del real y manido «atasco» y del retraso más allá de lo razonable en resolver por parte del Tribunal Constitucional, es de carácter estructural. En consecuencia, la cuestión es más compleja, y precisa de diagnosticar bien el problema para luego tener posibilidades de acertar en la solución. Porque, más que probablemente, no hace falta ser en exceso perspicaces para advertir que el aluvión de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional trae causa del deficiente funcionamiento de la tutela jurisdiccional ordinaria, de esos «garantes naturales» de los Derechos fundamentales⁶⁸. Una buena prueba de ello la ofrece el

⁶⁷ ATC 188/2008, de 21 de junio.

⁶⁸ Términos que suscribe entre otras por la STC 186/1997, de 10 de noviembre. Más dudas parece albergar PEDRO CRUZ VILLALÓN, en cuanto recuerda que la Constitución no encomienda expresamente la garantía de los Derechos fundamentales a la jurisdicción ordinaria, «El juez como garante de los derechos fundamentales», en *op. cit.*, pp. 38 y ss.

A su vez, en una serie de sentencias del penúltimo año, de entre las reseñamos algunas, precisamente al analizar la justificación de la especial trascendencia constitucional de los amparos, observa aún las reticencias de la jurisdicción ordinaria para acatar la doctrina del Tribunal Constitucional. De este modo, para las SSTC 45/2011, 10 de marzo, y 46/2011, de 11 de abril, la especial trascendencia constitucional puede hacerse recaer en una cierta resistencia de la jurisdicción ordinaria a acatar la doctrina del Tribunal Constitucional. Por su parte, la STC 59/2011, de 3 de mayo, expresa: «Lo expuesto pone en evidencia que este órgano judicial, pese a la reiteración con que desde la STC 268/2006, de 11 de septiembre, este Tribunal ha señalado que dicha respuesta estereotipada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando se alega vulneración de derechos fundamentales en la tramitación del procedimiento sancionador, insiste en su utilización. Ello implica, en los términos de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, que este órgano judicial está incurriendo en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, cuya exigencia trae causa del artículo 5 LOPJ. Esta circunstancia no sólo pone de manifiesto la especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo, sino que, además, debe servir de justificación para que este Tribunal haga una apelación directa a este órgano judicial para que haga un acatamiento estricto de la doctrina de este Tribunal sobre el particular». En fin, la STC 133/2011, de 18 de julio, y el ATC 186/2011, de 22 de diciembre, ponen de relieve que la trascendencia deriva del desconocimiento manifiesto del deber de acatamiento de la doctrina del

hecho de que la gran mayoría de los recursos de amparo se interponen por vulneración presunta del artículo 24 de la Constitución española —derecho a la tutela judicial efectiva—. Ahora bien, cuando el ciudadano observa que unos mismos hechos son tratados de diferente manera por distintos juzgados, la presentación de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional y la obtención como resultado que unos sean atendidos y otros no, delatará una arbitrariedad inexcusable, siendo así que el Recurso de amparo ha venido constituyendo una protección reforzada —más que subsidiaria— de los Derechos fundamentales. Recurso que debe su existencia a la finalidad de «proteger los derechos fundamentales de los particulares», y no propiamente a la preservación de la «pureza y correcta aplicación del sistema normativo»⁶⁹; derechos que existen para su ejercicio efectivo por los ciudadanos, correspondiendo al Tribunal Constitucional «tutelarlos y, eventualmente, fijar sus límites»⁷⁰. Recordemos por ello con el jurista alemán *G. Roellecke* la sensación que se puede llegar a sentir de ser un enemigo constitucional caso de defender la derogación o la reducción del ámbito del amparo —allí naturalmente de la *Verfassungsbeschwerde*—⁷¹.

Por ello, si cada vez en superior medida los jueces actúan según su criterio, o tienen posibilidad, sin atenerse a una directriz común que nivele y establezca un sentido equitativo por el cual guiarse, la generalización del importante caos ya existente puede convertirse en una realidad incuestionable. En estas coordenadas, mientras la situación de la jurisdicción ordinaria siga así, y con independencia de las diferencias estructurales y materiales sensiblemente distintas a las de hace tres decenios, las peticiones de amparo constitucional y la presión para el órgano constitucional seguirán aumentando⁷², pues la litigiosidad ordinaria también lo hace; continuamente se nos dice que los jueces no dan abasto, y tropezar con un Derecho fundamental es sumamente fácil en cualquier proceso, dada la fuerza irradiadora de los mismos. Hay con todo una plus petición al Tribunal Constitucional, llegándose a solicitar, pues,

Tribunal Constitucional, en la cuestión de la prescripción delictiva. Esto es, se pone de manifiesto el no acatamiento por los órganos judiciales de la doctrina sobre la prescripción emanada del Tribunal Constitucional, al venir aplicando por el contrario la doctrina proveniente de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y constata que el Tribunal Supremo no se atuvo a las determinaciones de la STC 195/2009.

⁶⁹ LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», en *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO, «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», en *op. cit.*, p. 33. Asimismo en esta dirección ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA, al sostener que por imperativo del artículo 53 de la Constitución española no es factible ni disminuir el contenido de los Derechos fundamentales ni recortar la tutela constitucionalmente reconocida de los mismos, *El recurso de amparo: estado de la cuestión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001, p. 77.

⁷¹ GERD ROELLECKE, «Zum Problem einer Reform der Verfassungsgerichtsbarkeit», en *Juristen Zeitung*, núm. 3, 2001, p. 118.

⁷² Aunque del frío dato estadístico tampoco conviene extraer demasiadas conclusiones, puede recordarse que en 2007 se interpusieron 9.840 Recursos de Amparo; 10.279 en 2008; 10.792 en 2009; 8.947 en 2010; y 7.098 en 2011.

lo que no está previsto que nos pueda ofrecer, y negar esto sería poco honrado, porque su propia estructura y el hecho que sea el único tribunal dentro de su jurisdicción, entre otras razones, limita considerablemente sus capacidades en orden a la defensa subjetiva de los Derechos fundamentales. Quizá se venga consiguiendo alguna agilización, pero los jueces constitucionales deben seguir ocupándose de determinar, en una escala ahora de «trascendencias», cuáles son de especial trascendencia constitucional y cuáles no; y, aun acertando, la protección solo será parcial, con lo cual, se habrá llevado a cabo una a su vez parcial desaparición del Recurso de amparo constitucional bajo el argumento de la siempre socorrida racionalización. En fin, si la respuesta a la cuestión de su permisibilidad por los artículos 53.2 y 161.1.b de la Constitución española —que son precisamente los que acentúan el carácter subjetivo del recurso—⁷³, se pretende salvar reflexionando aisladamente acerca de qué significa semánticamente «en su caso», lo que permitiría interpretar que el Recurso de amparo constitucional solo es aplicable a determinadas lesiones de los Derechos fundamentales que ni siquiera se justificarían por sí mismas, por su importancia o gravedad, también nos parece cuando menos una harto discutible conclusión, y sobre todo triste. Porque, ¿no se estará optando aquí por una tutela limitada de los Derechos fundamentales a tenor de las breves consideraciones que más arriba se han hecho sobre la virtualidad del Recurso de amparo?, además de restringirse decididamente la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad política del Estado. Y si tal recurso pierde algunas de sus virtudes, estamos abriendo una puerta, más o menos amplia, pero no vemos que conduzca inevitablemente a más esperanza.

En tal sentido, desde la competencia y experiencia práctica, ha recordado *J. Almagro* que la objetivación operada «roza la constitucionalidad», dado que la limitación de los casos en los que el ciudadano puede acudir al Tribunal Constitucional «supone desconocer cuál es la esencia de la legitimación que establece la propia Constitución»⁷⁴ en relación con un recurso acerca del que el mismo Tribunal Constitucional reconoce «sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales»⁷⁵. Y desconocimiento de lo declarado por el propio Tribunal Constitucional español declararían en su primera sentencia al establecer que la finalidad del Recurso de amparo constitucional «es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades (...) cuando las vías

⁷³ Lo que naturalmente no excluye su siempre doble carácter acertada y unánimemente subrayado por la doctrina científica y por la jurisprudencia constitucional. La función del Recurso de amparo, dirá así la STC 245/1991, de 16 de enero, «no es otra que proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales», pero estos, agrega, «no son sólo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende el significado individual, para adquirir una significación objetiva».

⁷⁴ JOSÉ ALMAGRO NOSETE, *La reforma de la justicia constitucional* (Centro de estudios jurídicos del Ministerio de justicia), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 185.

⁷⁵ STC 155/2009, de 25 de junio.

ordinarias de protección han resultado insatisfactorias», designio, prosigue la sentencia, proclamado en el artículo 53.2 de la Constitución española, si bien añade que junto a ella «aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular»⁷⁶. Por su parte, la STC 120/1990, de 27 de junio, alude a la «limitación objetiva del proceso de amparo», puesto que de acuerdo con dispuesto por los artículos 53.2 C.E. y 41.1 de la LOTC «se ha configurado para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 C.E., además de la objeción de conciencia a la que se refiere el artículo 30, pero no para “la preservación de principios o normas constitucionales” (ATC 651/1985, fundamento jurídico 6º)»⁷⁷. Sin embargo, como hemos apuntado, el carácter subjetivo del recurso ha sido prácticamente laminado en cuanto desatendido en el nuevo trámite de admisión configurado⁷⁷, con lo cual, se ha operado un cambio de naturaleza por la transformación nada desdeñable del inicial modelo de Recurso de amparo diseñado por el constituyente, que pasa ahora a tener carácter prácticamente excepcional; excepcionalidad más o menos acusada, por demás, que va a ser delimitada y definida por el propio Tribunal Constitucional. Al objeto precisamente de permitir la apertura a la consideración de la subjetividad, *M. Hernández* ha sostenido que los criterios objetivos contenidos en el artículo 50.1 b) de la LOTC con la finalidad de determinar la concurrencia en el caso objeto de recurso de la «especial trascendencia constitucional», atendida sea la apertura y abstracción que ofrece la redacción de los mismos, permiten con todo tomar en consideración determinados parámetros subjetivos, a partir de una interpretación flexible por parte del Tribunal Constitucional del segundo de dichos criterios referido a la importancia de la demanda para la aplicación y general eficacia de la Constitución, y que el autor concreta en la consideración de aquellos supuestos en los que se haya producido una vulneración importante, esto es, cuando el grado de afectación sea superior a la mera existencia de un perjuicio⁷⁸. En fin,

⁷⁶ STC 1/1981, de 26 de enero; repetida entre otras por la 69/1997, de 8 de abril. Más tarde, dirá en la STC 143/1994, de 9 de mayo, que el Recurso de amparo «no es una instancia más, entre las que se encadenan en el *iter* procesal de una determinada pretensión. Por su misma función, se trata de un recurso extraordinario, encaminado a la tutela de los Derechos fundamentales y Libertades públicas (arts. 53. 2 de la CE y 41 de la LOTC), que tiene autonomía respecto de la actuación procesal desarrollada en la instancia. Por esta razón, por la específica naturaleza del recurso y de las pretensiones ejercitadas en él». En fin, la STC 135/2004, de 5 de agosto, declarará que el Recurso constitucional de amparo ofrece «el remedio último frente a cualquier vulneración de los derechos y libertades enunciados por el artículo 53.2 de la Constitución, cometida por cualquier poder público».

⁷⁷ De ahí los reparos bien expuestos, entre otros, por GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *op. cit.*, p. 27.

⁷⁸ MARIO HERNÁNDEZ RAMOS, «Propuesta de desarrollo del nuevo trámite de admisión del recurso de amparo: aspectos materiales y procedimentales», en *op. cit.*, p. 54. Sin embargo, determinados autores, caso de MARC CARRILLO LÓPEZ, sostienen que el artículo 53.2 de la CE no establece un modelo cerrado de recurso de amparo y que los intereses subjetivos pueden, y deben, ser dilucidados

oportunamente se ha señalado que toda vez el Recurso de amparo se interpone por la vulneración de un Derecho fundamental por parte de los poderes públicos después de agotada la vía judicial ordinaria, sería ello motivo suficiente para justificar la existencia de especial trascendencia constitucional⁷⁹, operando como portillo de apertura los conceptos de «aplicación y eficacia», lo que puede dar lugar a que el Tribunal Constitucional tenga también en consideración situaciones de naturaleza subjetiva⁸⁰. Sin embargo, tal posibilidad ha sido expresamente rechazada por el Tribunal Constitucional incluso para los supuestos en los que el Recurso de amparo se fundamenta en la concurrencia de un grave perjuicio para los titulares de los Derechos fundamentales, por lo que la «vía alemana» de la gravedad de la lesión sufrida por los titulares de los mismos no se ha abierto paso entre nosotros⁸¹. En efecto, desligándose de cualquier intención de objetivar de modo absoluto el recurso de amparo, la dimensión subjetiva de la *Verfassungsbeschwerde* a efectos de tenerse en cuenta como criterio de admisión —intensidad de la violación realmente importante, esto es, ha de ser superior a un mero perjuicio—, se recoge en el § 93.a.2.b) *in fine* BVerfGG donde se prevé la admisión del recurso «cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave» para el recurrente», a efectos de cuya determinación cobran especial relevancia las circunstancias de los casos⁸².

ante la jurisdicción ordinaria, quedando reservados a la jurisdicción constitucional los casos novedosos que exijan su intervención, pues dada la aquilatada experiencia de más de treinta años de jurisprudencia constitucional es posible confiar a la jurisdicción ordinaria la tutela subjetiva de los Derechos Fundamentales, «La objetivación del recurso de amparo: una necesidad ineludible», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 81, 2008, p. 103. De otra parte, tampoco se escucharon las posiciones de quienes durante la tramitación parlamentaria de la Ley sugirieron la posibilidad de configurar un sistema mixto.

⁷⁹ JUAN-CESÁREO ORTÍZ ÚRCULO, «Intervención», en *La reforma de la justicia constitucional*, VV. AA., CEJ-Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 106.

⁸⁰ En tal sentido FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 101 y ss., para quien tal parámetro, referido al caso concreto, puede abrir el camino para que el Tribunal Constitucional declare admisible un Recurso de amparo desde el presupuesto de que el recurrente haya sufrido un daño particularmente grave en alguno de sus Derechos fundamentales.

⁸¹ ATC 29/2011, de 12 de marzo; y en el ATC 50/2011, de 5 de mayo, descartó que por tratarse de recursos de amparo de carácter electoral pueda estimarse que concurre siempre la trascendencia constitucional.

⁸² El *Bundesverfassungsgericht*, en su sentencia 96, 245 (248), entre otros momentos, ha señalado que el perjuicio ser de una entidad tal que afecte al titular del derecho vulnerado «de un modo existencial», afectación existencial que puede derivarse «del objeto de la decisión afectada o de su posterior imposición», y que autores como KARIN GRASSHOF tratan de objetivar identificando la afectación existencial con aquel tipo daño que en función de las circunstancias del caso «amenaza el núcleo de la esfera vital del recurrente», (§ 93.a) BVerfGG», en *Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar*, ed. de Theodor Maunz / Bruno Schmidt-Bleibtreu / Franz Klein / Herbert Bethge, C.H. Beck, München, 2006, p. 55.

3.2. Valoración de la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones

En conexión con lo manifestado anteriormente, por entender que ello produciría asimismo una disminución del número de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, se ha procedido a la modificación del incidente de nulidad de actuaciones⁸³, a fin de potenciar también por esta vía la función de la jurisdicción ordinaria como garante natural de los Derechos fundamentales, mediante la ampliación del ámbito material de aquel tal como era contemplado en el artículo 241.1 de la LOPJ para los supuestos de indefensión e incongruencia en el fallo. Así, con esa intención de reforzar la vía ordinaria se había promulgado la Ley orgánica 5/1997, de 4 diciembre, y mediante la introducción del incidente de nulidad de actuaciones, en términos de su Exposición de Motivos, se optaría por «establecer un sencillo incidente para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible». Reforma que se estimaría dejaba «en términos más razonables la cuestión del desarrollo legal del apartado 2 del artículo 53 de la Constitución, acerca de la tutela judicial ordinaria, por cauces preferentes y sumarios de los derechos fundamentales»⁸⁴, y a efectos asimismo de colmar el vacío normativo existente puesto de relieve por el propio Tribunal Constitucional en diversos momentos⁸⁵.

La finalidad perseguida era la revisión de resoluciones que, a juicio del interesado, hubieran vulnerado la tutela judicial efectiva por haber creado indefensión o por ser incongruentes; esto es, para corregir alguno de los vicios procesales recogidos en el artículo 240.3 LOPJ, defectos de forma o incongruencia, y de otro lado, que supongan la efectiva generación de indefensión material en la parte que los alega. Posteriormente, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, reformó y precisó todo lo concerniente a la nulidad de actuaciones⁸⁶.

⁸³ Un comentario escéptico al respecto de tal finalidad en FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁴ Las reformas operadas por las leyes orgánicas 13/1999, de 14 de mayo, y 19/2003, de 23 de diciembre, realizaron algunos retoques sin alterar sustancialmente el modelo, para cuyo análisis remitimos a MANUEL CARRASCO DURÁN, *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 2002, pp. 489 y ss.

⁸⁵ Entre otras, SSTC 119/88, de 20 de junio; 185/90, de 15 de noviembre; 142/1991, de 1 de julio; 184/1995, de 11 de diciembre; 5/1997, de 13 de enero; o 3/1998, de 12 de enero.

⁸⁶ La Disposición final decimoséptima de la LEC estableció un régimen transitorio en materia de abstención y recusación, nulidad de actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones, al disponer: «Mientras no se proceda a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial en las materias que a continuación se citan, no serán de aplicación los artículos 101 a 119 de la presente Ley (...) Tampoco se aplicarán, hasta tanto no se reforme la citada Ley Orgánica, los artículos 225 a 230 y 214 de esta Ley, sobre nulidad de las actuaciones y aclaración y corrección de resoluciones, respectivamente».

En síntesis, la modificación del artículo 238 estableció una lista tasada de causas de nulidad de los actos procesales en términos de: cuando se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, cuando se realicen bajo violencia o intimidación; cuando se prescindan de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión; cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva; cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial; y en los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan. La nueva redacción del artículo 240 de la propia LOPJ recoge que la nulidad de pleno derecho en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos legalmente previstos contra la resolución de que se trate, o por los demás medios establecidos por las leyes procesales. Sin perjuicio de ello, el juzgado o tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, siempre que no proceda la subsanación, y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular; y se establece una audiencia en caso de que el Tribunal haya acordado de oficio esa decisión. En cuanto al artículo 241 de la LOPJ, reproduce la redacción de la LEC, si bien añadiendo control a este recurso de nulidad, tantas veces utilizado de forma extemporánea, para lo que establece que no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones, con lo que se venía a subrayar su carácter excepcional en cuanto auténtica garantía en orden a la aplicación del Derecho a las dos partes⁸⁷.

En todo caso, pudo advertirse que en la práctica siempre restaba la posibilidad de interponer un Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que realmente la reforma no contribuyó a la disminución de demandas presentadas ante éste —al menos no de forma notoria—, pues, desde su creación, el número de recursos de amparo por vulneración de la tutela judicial efectiva no disminuiría. Así, con la finalidad de aliviar la carga de trabajo del Tribunal Constitucional, la Disposición Final 1.^a de la Ley 6/2007 ha extendido el incidente de nulidad de actuaciones a la vulneración de cualquier Derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución debida a todo tipo de actuación de los órganos judiciales a lo largo del proceso siempre que no haya podido alegarse previamente, sin que desde luego resulte posible a su través examinar de nuevo el asunto controvertido ni lógicamente dictar nueva

⁸⁷ Se añade algo importante en esta reforma como es el que, con ocasión de un recurso, en ningún caso podrá el juzgado o tribunal decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciara falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiera producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal, lo que en ocasiones se producía, sin que el Juzgado o Tribunal hallara razón para descender al ejercicio de justicia material.

sentencia sobre el mismo⁸⁸. Y, aparentemente trascendiendo la pretensión anterior, señala la Exposición de Motivos que la reforma tiene por objeto ampliar las posibilidades de los tribunales ordinarios «para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», al tratarse «de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria», puesto que «la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella»; de ahí la finalidad de «aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales», y en tal sentido «se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento», otorgando con ello a los tribunales ordinarios «el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico». Por lo que, en apariencia de nuevo, parece que también se pretende hallar mediante esta acción autónoma de impugnación⁸⁹ algún punto de equilibrio compensatorio con el recorte que ha supuesto del Recurso de amparo la aludida objetivación del mismo.

El incidente amplía decididamente, pues, su objeto, al menos esa dice ser la intención, ya que se puede interponer contra resoluciones judiciales firmes que ponen fin al proceso y resulten lesivas de Derechos fundamentales⁹⁰, esto es, frente a cualquier vulneración de un Derecho fundamental de los aludidos por el artículo 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse la vulneración por la parte perjudicada con anterioridad a dicha resolución, correspondiendo conocer del mismo al órgano que dictó la resolución presuntamente lesiva, y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario⁹¹. En esta línea el propio Tribunal Constitucional no tiene duda

⁸⁸ STC 23/2005, de 14 de febrero.

⁸⁹ Acción que da lugar a un nuevo proceso simplificado y abreviado, como expresa ANA-MARÍA LOURIDO RICO, *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2004, pp. 225-226.

⁹⁰ Así, AATC 177/2009, de 1 de junio; 239/2009, de 21 de septiembre; o 252/2009, de 19 de octubre. Y, más bien, cabe precisar, se debe interponer cuando resulta pertinente a fin de considerar agotados todos los remedios procesales ante la jurisdicción ordinaria en la protección de los Derechos fundamentales, tal como han confirmado los ATTC 10/2010, de 25 de enero, y 41/2010, de 9 de abril.

⁹¹ Vigente la previa regulación, el Tribunal Constitucional venía resaltando la importancia del incidente de nulidad de actuaciones a los efectos de reparar las vulneraciones ocasionadas en los supuestos de irregularidades formales causantes de indefensión así como las provenientes de las resoluciones judiciales que hubieran incurrido en incongruencia, caso de las sentencias 105/2001, de 23 de abril, o 32/2002, de 11 de febrero.

acerca de su finalidad: «se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 de la CE y 1.1 de la LOTC)»⁹²; esto es, se configura a contrario a la jurisdicción constitucional a modo de última instancia supervisora del sistema constitucional de Derechos fundamentales y abierta a los titulares de los mismos.

Por tanto, como venimos apreciando, se ha pretendido aparentemente el reforzamiento de la jurisdicción ordinaria en la protección de los Derechos fundamentales en términos generales, al extender a la tutela de los mismos un recurso que previamente solo podía emplearse para la corrección de vicios procesales. Más escéptica se ha mostrado, sin embargo, la literatura jurídica, una buena parte de la cual, aún valorando positivamente el objetivo de la modificación desde la perspectiva del reforzamiento del carácter subsidiario del Recurso de amparo, esgrime básicamente cinco o seis razones en apoyo de su crítica, algunas de carácter procesal y otras de carácter sustantivo, dentro de lo problemático en algunos casos de la distinción entre ambos tipos de razones. Respecto de las primeras, estriban de una parte en considerar improbable que la confección de un incidente «universal»⁹³ por la que se ha optado al delimitar su objeto, esté llamada a desempeñar una función importante de defensa subjetiva, toda vez que, con carácter general, es difícil que la lesión del derecho no haya podido ser alegada con anterioridad⁹⁴. Adicionalmente, este incidente no se prevé como alternativa al Recurso de amparo sino como requisito previo que agota la vía judicial ordinaria, por lo que su interposición no tiene por qué impedir la llegada de asuntos al Tribunal Constitucional si se sigue considerando que no se ha tutelado suficientemente el Derecho fundamental alegado, al margen de que posteriormente se admita o no el Recurso de amparo; y de todos es sabido que previo a la reforma de 2007 las energías —cuantitativas al menos— del Tribunal se empleaban principalmente en decidir acerca de la admisión. En fin, con ello se alargaría la vía judicial previa⁹⁵ y el consiguiente aumento de trámites procesales, a lo que se añadirán las dudas que pueden surgir acerca de la pertinencia o no de su interposición en determinados supuestos, además de los problemas subsistentes en torno al plazo de interposición del recurso⁹⁶.

⁹² JAIME SUAU MOREY, «Reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Jueces para la democracia*, núm. 61, 2008, p. 129.

⁹³ PABLO GARCÍA MANZANO, en *La reforma de la justicia constitucional*, VV. AA., CEJ-Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 118.

⁹⁴ GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la ley orgánica del tribunal constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *op. cit.*, p. 27.

⁹⁵ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma...*, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁶ LORENA BACHMAIER WINTER, «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones», en *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007, p. 22.

De cualquier modo, agotada la vía judicial ordinaria no siempre es preciso plantear el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo a la interposición de un Recurso de amparo constitucional. Así, pese esa mencionada apariencia de haberse ampliado decididamente su objeto, es evidente que sigue siendo un remedio procesal de carácter excepcional y subsidiario, a interponer exclusivamente en los supuestos de lesiones de Derechos fundamentales que no hayan podido denunciarse «antes de recaer resolución que ponga fin al proceso» (artículos 241.1 LOPJ y 228.1 LEC); carácter excepcional que había sido subrayado por la jurisprudencia constitucional previa a la reforma de 2007⁹⁷. Y que vuelve reiterar la jurisprudencia reciente: «con arreglo a lo dispuesto en el párrafo primero del art. 241.1 LOPJ (en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), el incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso más, sino un remedio al que se puede acudir “excepcionalmente” para reparar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario»⁹⁸. Esto es, como venimos insistiendo, únicamente pueden corregirse por la vía del incidente de nulidad aquellas vulneraciones de Derechos fundamentales que sean inmediata y directamente imputables a la resolución que pone fin a la vía judicial ordinaria; se ha de tratar, pues, de resoluciones firmes que revestirán por ello la forma de sentencias o de autos, pero no de providencias, en cuanto se requiere que haya recaído resolución poniendo fin al proceso, y frente a las que no procederá ya la interposición de ningún recurso ordinario o extraordinario.

El Tribunal Constitucional ha insistido en el carácter de requisito indispensable del incidente de nulidad de actuaciones en los supuestos normativamente previstos, de tal modo que la no interposición del mismo en semejantes ocasiones implica la inadmisión del Recurso de amparo por no haberse agotado la vía judicial previa⁹⁹, y cuyo incumplimiento de tal exigencia a partir de la entrada en vigor de la LO 6/2007 ha determinando la inadmisión de un elevado porcentaje de demandas de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Esto es, si aún es posible la interposición del algún tipo de recurso frente a la resolución cuestionada no procede el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones¹⁰⁰, puesto que su interposición va a provocar la extemporaneidad del eventual Recurso de amparo posterior¹⁰¹. A su vez, el

⁹⁷ Por ejemplo, en la STC 35/2003, de 25 de febrero.

⁹⁸ STC 35/2011, de 28 de marzo; o STC 17/2012, de 13 de febrero.

⁹⁹ STC 105/2001, de 23 de abril.

¹⁰⁰ STC 47/2011, de 12 de abril.

¹⁰¹ STC 17/2012, de 13 de febrero: «Siendo, por tanto, manifestamente improcedente el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la demandante de amparo es de concluir que, como quiera que la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2009 le fue notificada el día 13 de ese mismo mes y año y el recurso de amparo no se interpuso hasta

planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones cuando no procede su interposición, puede acarrear asimismo la extemporaneidad del posterior Recurso de amparo, ya que tendrá el carácter de «recurso manifiestamente improcedente» y, en consecuencia el planteamiento del incidente no impedirá el inicio del cómputo del plazo en orden a la interposición del Recurso de amparo¹⁰². En todo caso, una vez admitido a trámite y resuelto en cuanto al fondo el incidente de nulidad de actuaciones, con carácter general, no es posible que posteriormente el Tribunal Constitucional declare que se trata de un recurso manifiestamente improcedente, excepto en aquellos supuestos en los cuales la admisión llevada cabo por la jurisdicción ordinaria sea la consecuencia de un error patente; y ello, porque corresponde al órgano judicial ordinario examinar las circunstancias de admisión de los recursos sin que competa *a posteriori* al Tribunal Constitucional con carácter general cuestionar tal decisión¹⁰³. Como tampoco cabe la interposición simultánea de un incidente de nulidad de actuaciones y un Recurso de amparo, ya que éste resultará prematuro e inadmitido. Por tanto, tal como tiene declarado el Tribunal Constitucional incidiendo en el aspecto del carácter subsidiario del Recurso de amparo, no es posible que se interponga este *ad cautelam* o simultáneamente para los supuestos en los que se entienda no había lugar a la interposición del incidente de nulidad, por no admitirse la apertura de un proceso constitucional mientras se mantenga abierta cualquier vía ante la jurisdicción ordinaria instada por el interesado¹⁰⁴. En las hipótesis en las que la posible vulneración de un Derecho fundamental se ha planteado en la fase previa de alegaciones suscitada por el tribunal ordinario, debe asimismo plantearse incidente de nulidad de actuaciones ante la inadmisión de un recurso. Así, en el trámite de admisión de un recurso de casación en aquellos supuestos en los que es el Tribunal Supremo quien plantea a la parte la existencia de una causa de inadmisión y esta formula alegaciones invocando la vulneración de Derechos fundamentales en caso de inadmisión del recurso, el Tribunal Constitucional señala que con independencia de que ya se haya hecho la invocación de los derechos en ese trámite previo de alegaciones, la lesión no se materializa hasta

el 24 de noviembre de 2009, se habría excedido con creces el plazo de treinta días previsto en el artículo 44.2 LOTC para la interposición del presente recurso de amparo, que resulta, así, extemporáneo».

¹⁰² AATC 42/2010, de 12 de abril, y 36/2011, de 11 de abril. De otra parte, cuando existen lesiones de Derechos fundamentales planteables directamente mediante un Recurso de amparo directo junto con otras lesiones que deberían plantearse por la vía del incidente de nulidad de actuaciones, es asimismo necesario interponer primero el incidente de nulidad de actuaciones respecto de las lesiones directamente imputables a la resolución que pone fin a la vía judicial ordinaria y, posteriormente, habrá de interponerse en su caso Recurso de amparo invocando tanto unas como otras, pero no cabe interponer un Recurso de amparo directo contra las primeras lesiones y simultáneamente un incidente de nulidad en relación con las segundas (SSTC 85/2006, de 27 de marzo; y 208/2009, de 26 de noviembre).

¹⁰³ ATC 35/2011, de 11 de abril.

¹⁰⁴ SSTC 242/2007, de 10 de diciembre, 73/2008, de 23 de junio; y 99/2009, de 27 de abril.

que se produce la inadmisión del recurso y, en consecuencia, contra el Auto de inadmisión es preciso promover el incidente de nulidad de actuaciones previo a la interposición del Recurso de amparo, habida cuenta que la lesión es inmediata y directamente imputable a ese Auto¹⁰⁵. En fin, ante la presencia de lesiones que permiten presentar directamente Recurso de amparo sin necesidad de plantear previamente el incidente de nulidad de actuaciones unidas a otras que sí requieren forzosamente de su presentación, el Tribunal Constitucional ha terminado por consolidar una línea jurisprudencial, de acuerdo con la cual, deberá presentarse en primer término el incidente de nulidad de actuaciones y una vez resuelto el mismo plantear el Recurso de amparo esgrimiendo a su través la totalidad de las vulneraciones de Derechos fundamentales que aún se estimen subsistentes¹⁰⁶.

Por lo referido a las objeciones de carácter sustantivo, se sostiene que difícilmente contribuirá a la disminución significativa de las demandas de amparo en tanto no se opere una verdadera reforma de la jurisdicción ordinaria a través de la introducción de este nuevo proceso de carácter subsidiario, ya que contra la decisión del juez siempre cabrá la posibilidad de interponer un Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, desvirtuándose así la finalidad esencial de la reforma¹⁰⁷; y, en segundo término¹⁰⁸, aluden al hecho de que al ser el encargado de resolver el incidente de nulidad el mismo órgano que dictó la resolución eventualmente vulneradora de los Derechos fundamentales en cuestión, va a resultar verdaderamente problemático que el mismo órgano jurisdiccional rectifique casi de inmediato su criterio al objeto de estimar que su decisión previa produjo la lesión denunciada¹⁰⁹. En efecto, plantear ante el mismo Juez o Tribunal autor de la resolución vulneradora de un Derecho fundamental la pretensión de que corrija sus propios errores incluso parece cuestionar la falta de imparcialidad objetiva del juzgador, y hace del incidente de nulidad de actuaciones una especie de recurso de cuarto orden. Ello explica que, según datos oficiales del CGPJ, de 2008 a 2010 el número de incidentes de nulidad haya bajado un 20%. O, en fin, cabe mencionar las críticas vertidas también de carácter sustancial,

¹⁰⁵ ATC 10/2010, de 25 de enero.

¹⁰⁶ Entre otras, SSTC 99/2009, de 27 de abril; 32/2010, de 8 de julio; 105/2011, de 20 de junio.

¹⁰⁷ Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial haría una valoración altamente positiva de la reforma, subrayando los efectos benéficos de la misma tanto para la jurisdicción ordinaria como para la constitucional.

¹⁰⁸ PEDRO CRESPO BARQUERO, «Intervención», en *La reforma de la justicia constitucional*, AA.VV., CEJ, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 117. En cuanto a PABLO GARCÍA MANZANO, manifestaría que «este incidente “universal” o generalizado, mediante la ampliación de derechos fundamentales susceptibles de reparación por esta vía judicial, no va a contribuir a mejorar el sistema de garantías de aquéllos ni, por consiguiente, va a redundar en un mejor funcionamiento del TC», «Intervención», en *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁹ LUIS-MARÍA DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2006, p. 30.

fundamentalmente desde la doctrina procesalista, en el sentido de lamentar la distorsión de la naturaleza clásica del incidente de nulidad de actuaciones, tradicionalmente concebido como un remedio de carácter excepcional que no debía lesionar los valores de seguridad jurídica y justicia propios con carácter general de las sentencias¹¹⁰. Importa reseñar que el Tribunal Constitucional ha admitido expresamente que el incidente de nulidad de actuaciones en los supuestos en los que resulta obligada su interposición a fin de agotar la vía judicial previa, únicamente tiene el sentido de dar ocasión a los órganos de la jurisdicción ordinaria de reparar la vulneración presuntamente causada, por lo que si se inadmite tal incidente en un supuesto en que no existió la lesión denunciada, la resolución de inadmisión no implica vulneración alguna¹¹¹.

Carácter excepcional del nuevo incidente excepcional de nulidad de actuaciones que es también destacado por el Tribunal Supremo, normalmente por medio de los autos mediante los que se resuelven los incidentes planteados ante el mismo. A modo de ejemplo, ha expresado que «admitir un incidente de nulidad de actuaciones fundado en argumentos del aludido fondo, no sería otra cosa que un recurso más y ello no cabe dentro de la previsión del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este no permite, al socaire de una alegación de nulidad, revisar el juicio de valoración que ha hecho una sentencia firme, juicio que ha sido precisamente el objeto del proceso; lo contrario sería volver a la pretensión y dictar nueva sentencia sobre el fondo, es decir, no sería otra cosa que un recurso más. El artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no crea un amparo constitucional atribuyendo su competencia al órgano jurisdiccional. El legislador no lo ha concebido como un amparo judicial; no lo hay. No permite entrar en una nueva valoración jurídica, ni siquiera si se trata de derechos fundamentales; es decir, no puede ir más allá de lo que permite la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y el artículo, 241 mencionado permite declarar la nulidad fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 52.2 de la Constitución, pero añade una importante y decisiva salvedad: siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Lo que significa que si en el proceso se ha denunciado, discutido y resuelto sobre el derecho fundamental —honor en el presente caso— no cabe volver a plantear en el incidente de nulidad el mismo derecho fundamental; en llanas palabras: sería “volver sobre lo mismo”»¹¹².

Ciertamente, si bien de acuerdo con lo establecido por la Ley orgánica 6/2007 las vulneraciones a corregir mediante el incidente de nulidad de actuaciones pueden referirse a cualquier Derecho fundamental, será difícil

¹¹⁰ Apuntó tempranamente en este sentido ANA-MARÍA LOURIDO RICO, *La nulidad de actuaciones...*, *op. cit.*, especialmente pp. 270 y ss.

¹¹¹ AATC 19/2011, de 12 de mayo, y 124/2010, de 4 de octubre.

¹¹² ATS de 10 de enero de 2011.

que los jueces vulneren Derechos fundamentales materiales a lo largo del proceso y, más aún, que esas vulneraciones no hubieran podido ser alegadas con carácter previo, aunque con todo y a tenor de la actual regulación está prevista la posibilidad y obligación para tales casos, en la hipótesis de que surjan, de plantear el denominado incidente de nulidad de actuaciones. En todo caso, al margen de que el texto normativo parece suficientemente claro, siguen siendo abundantes los supuestos en los que se recurren las resoluciones mediante las que se resuelven los incidentes de nulidad de actuaciones¹¹³.

¹¹³ A modo de ejemplo: Autos de la AP de Barcelona 123/2007, de 18 de septiembre; de la AP de Valencia, 109/2009, de 22 de mayo; de la AP de Santa Cruz de Tenerife 169/2010, de 12 de julio.