

AMPARO JUDICIAL: PRESENTE Y FUTURO

POR

MANUEL CARRASCO DURÁN

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

2. EL SENTIDO DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DEL ARTÍCULO 53.2 DE LA CONSTITUCIÓN

El procedimiento ante los Tribunales ordinarios para la protección de los derechos fundamentales del artículo 14 y de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución basado en los principios de preferencia y sumariedad que prevé el artículo 53.2 de la Constitución se ha convertido, con el paso del tiempo y debido a la deficiente regulación de los procesos dirigidos a hacer realidad dicha previsión y a la escasa repercusión que aquellos han tenido en la práctica procesal, en una institución cuyo potencial aparente ha quedado frustrado.

La duda fundamental que plantea el artículo 53.2 de la Constitución es determinar cuál es el sentido que tiene la previsión del procedimiento preferente y sumario, una vez que dicho artículo prevé también el recurso de amparo para la tutela de los mismos derechos encuadrados en el objeto material de protección de aquél. Quizás explique la decisión de la Constitución española la conjunción de dos factores: por un lado, la especial sensibilidad que existía en el momento constituyente

en torno a la necesidad de asegurar la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, y, por otro lado, la desconfianza hacia el papel que podían desempeñar en la protección de tales derechos unos órganos judiciales que provenían del régimen anterior y que, a lo largo de la historia, se habían centrado en la tarea de aplicación de la ley y nunca habían llegado a aceptar el reto de proporcionar vigencia normativa a la Constitución y de reconocer, por lo tanto, los derechos reconocidos en ella como elementos jurídicos que debían ser aplicados directamente para regular las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y, más en general, todas las relaciones sociales que se trabaran entre los ciudadanos. Esto permite entender que los constituyentes, al prever el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, identificaran los procesos ordinarios como cauces para la aplicación de la ley que no aseguraban la tutela jurisdiccional de los derechos reconocidos en la Constitución y que, en estas circunstancias, advirtieran la necesidad de crear un cauce especial, el procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución, para vincular expresamente a los jueces ordinarios a la tarea de tutelar también, al menos, los derechos fundamentales a los que el texto constitucional confiere un mayor nivel de protección¹. El procedimiento preferente y sumario es, por lo

¹ Así, en los debates constituyentes, en su respuesta a una enmienda al Anteproyecto de Constitución del diputado Raúl Morodo, del Grupo Parlamentario Mixto, para eliminar del texto constitucional el proceso preferente y sumario y dejar como única vía expresa de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales el recurso de amparo, la Ponencia señaló que no aceptaba la enmienda «al mantener el criterio de garantizar los derechos y libertades por medio de un recurso ante los Tribunales ordinarios, y no sólo ante el Tribunal Constitucional». Asimismo, el diputado Peces-Barba, en una enmienda *in voce* en representación del Grupo Socialista al informe de la Ponencia en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso, consideró que «solamente cuando este procedimiento (preferente y sumario) ante la jurisdicción ordinaria no da resultado, es cuando se puede acudir ante el recurso de amparo». Afirmaciones como éstas, en el nivel de discusión característico de la época, solamente se pueden entender en el sentido de que, quienes las sostenían, consideraban que el procedimiento preferente y sumario sería la vía natural para la protección de los derechos fundamentales por parte de los órganos judiciales ordinarios, al partir del presupuesto de que los procesos ordinarios tendrían ceñido su ámbito al conocimiento de cuestiones relativas a la legalidad; *vid. Constitución española. Trabajos parlamentarios*, t. I, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980, pp. 329 y ss., y *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 92, de 19 de junio de 1978, p. 1.708. En el mismo sentido apuntaban otras enmiendas presentadas al texto constitucional a lo largo de dichos debates y el propio Proyecto de Ley de Protección Jurisdiccional

tanto, un recurso pensado para hacer frente a la eventualidad de una carencia de protección judicial de los derechos fundamentales por las vías procesales ordinarias².

de los Derechos Fundamentales de la Persona aprobado por el Gobierno el 16 de diciembre de 1977. En aquel marco, el procedimiento preferente y sumario estaría destinado a jugar un papel semejante al que habría tenido que desempeñar el procedimiento ante los Tribunales de Urgencia previstos en el artículo 105 de la Constitución de 1931 para «hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales». Estos Tribunales de Urgencia nunca llegaron a ser instituidos, por lo que el Tribunal de Garantías Constitucionales asumió en la práctica esta función de amparo.

² Sobre distintos aspectos de la regulación de los procesos de amparo judicial, puede verse AA. VV. (dir. J. Gabaldón López); *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXVII, CGPJ, Madrid, 1994; AA. VV. (ed. G. Ruiz-Rico Ruiz); *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ, Universidad de Jaén, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; BORRAJO INIESTA, I.; «Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial. Sencillez y celeridad como criterios determinantes», *REDC*, 43 (1995), 25 y ss.; CARRASCO DURÁN, M.; *Los procesos para la protección judicial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002; CARRILLO, M.; *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios (la aplicación jurisdiccional de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona)*, BOE, CEC, Madrid, 1995; DÍAZ DELGADO, J. y ESCUÍN PALOP, V.; «La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona», *Poder Judicial*, 12 (1988), 9 y ss., y «La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales», *RAP*, 117 (1988), 193 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V.; «El procedimiento «preferente y sumario» y recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución», *RAP*, 89 (1979), 207 y ss.; GARCÍA MANZANO, P.; «El ámbito de protección del proceso de la Ley 62/78», en AA. VV.; *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, pp. 211 y ss.; GARCÍA MORILLO, J.; *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; GIMENO SENDRA, V., y GARBERÍ LLOBREGAT, J.; *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Colex, Madrid, 1994; GONZÁLEZ SALINAS, P.; *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales (jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo)*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1994; DE LA OLIVA SANTOS, A.; «Sobre el objeto del proceso administrativo especial de protección de los derechos fundamentales», *La Ley*, 2 (1990), 976 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; PÉREZ TREMPES, P.; «La protección de los derechos fundamentales por Jueces y Tribunales», *Poder Judicial*, 43-44 (1996-II), 251 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, Á.; «El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales», *Poder Judicial*, núm. Especial XV (1989),

Por otra parte, se deduce de los debates constituyentes que, cuando se introdujo en el texto del que finalmente sería el artículo 53.2 de la Constitución la expresión «en su caso» para señalar cuándo sería posible acudir al recurso de amparo, se pensaba en un modelo en el que, en algunos casos, los derechos de la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución habrían de ser tutelados a través del procedimiento preferente y sumario y, en otros casos, mediante el recurso de amparo, y en el que la ley, por lo tanto, habría de concretar qué casos cayeran en el ámbito de uno y otro, sin que se pensara en la eventualidad de un solapamiento en el ámbito material de ambos³.

El discurrir del sistema de protección de los derechos fundamentales en la práctica ha mostrado, sin embargo, lo lejanas de la realidad que estaban estas previsiones. En efecto, las distintas piezas encaminadas a la protección jurisdiccional de los derechos se han acoplado de tal manera que ha cristalizado un sistema de tutela de los derechos fundamentales bien distinto al que previeron quienes participaron en la redacción y en los debates del texto constitucional.

Un sistema, además, en el que el procedimiento preferente y sumario ha quedado sin sitio. Por una parte, se ha interpretado, como, además, no podía ser menos, que el derecho a la tutela judicial engloba

9 y ss.; SALAS HERNÁNDEZ, J.; «La protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios y por el Tribunal Constitucional», en AA. VV.; *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 1.183 y ss.; SALAS HERNÁNDEZ, J., y TORNOS MAS, J.; «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona», *RAP*, 93 (1980), 29 y ss.; SENÉS MOTILLA, C.; *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Estudios de Derecho Procesal, núm. 4, Civitas, Madrid, 1994; TOMÉ GARCÍA, J. A.; *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios (Constitución española y leyes de desarrollo)*, Montecorvo, Madrid, 1987.

³ La expresión «en su caso» del artículo 53.2 de la Constitución tiene su origen en una enmienda *in voce* presentada en el pleno del Senado por el senador Angulo Montes, que defendió que «hoy, enmendado el voto particular que nos reservamos, limitamos nuestra pretensión a que mediante la introducción de la expresión «en su caso» en lugar de aquella «y», quede así: «A la Ley Orgánica corresponde la determinación de los supuestos en que procederá la una o la otra vía». Nos parece que ello, sobre facilitar en la praxis la solución del orden de conflictividad a que he aludido, servirá además para evitar que se desnaturalice por exceso de competencias e incluso, por qué no decirlo, por exceso de casos a resolver en la importante función que corresponderá al Tribunal Constitucional. Éste es el sentido a que queda reducida la enmienda «*in voce*» del voto particular respecto al apartado 2.»

también la protección judicial de los derechos fundamentales y que éstos deben ser tutelados por los órganos judiciales mediante todos los procesos de los que deban conocer, incluyendo en ellos los procesos ordinarios. Por otra parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional encomendó al recurso de amparo la tutela de los derechos fundamentales indicados en el artículo 53.2 de la Constitución ante cualquier caso de violación de aquéllos. Incluso, los casos de vulneración de derechos fundamentales producidos en el marco de las relaciones entre particulares han terminado teniendo acomodo en el recurso de amparo a partir de la conocida construcción que permite someter dichos supuestos al Tribunal Constitucional indirectamente a través del recurso contra las resoluciones judiciales que hayan decidido previamente tales controversias. El resultado de todo ello ha sido que el procedimiento preferente y sumario ha quedado desplazado del espacio que en el momento constituyente se previó que debía ocupar en la protección de los derechos fundamentales, sin que se haya habilitado un espacio alternativo en el cual pudiera desarrollarse y consolidarse. Puede decirse que el preferente y sumario es un procedimiento a la búsqueda de una personalidad propia, que aún no ha encontrado.

En este marco, el procedimiento especial preferente y sumario ante los tribunales ordinarios del artículo 53.2 de la Constitución dejó de aportar una garantía necesaria para que el sistema de protección jurisdiccional extendiera su tutela frente a todas las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales mencionados en dicho artículo. En particular, la expresión «en su caso» del artículo 53.2 de la Constitución ha venido siendo interpretada, no como se pensó en el momento en el que se introdujo en dicho artículo en el curso de los debates constituyentes, sino como base constitucional para los caracteres subsidiario y extraordinario que da al recurso de amparo la configuración que del mismo hace la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Algunos intentos doctrinales de entender tal expresión como base para proponer la exclusión del derecho a la tutela judicial efectiva, e incluso del principio de igualdad, del ámbito material del recurso de amparo para hacer frente, de este modo, al exceso de recursos de amparo que provocan las alegaciones de este derecho ante el Tribunal Constitucional han tenido poca aceptación en la práctica⁴. Hoy en día, el recurso de amparo es percibido por la sociedad, y en especial por la sociedad de los aplicadores del derecho, como indisolublemente ligado a la tutela de los de-

⁴ Defienden esta opción SALA SÁNCHEZ, P.; *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fun-*

rechos indicados en el artículo 53.2 de la Constitución, al punto de que puede decirse que este dato es elemento integrante de la garantía institucional del recurso de amparo como concepto constitucional y que la segregación de determinados derechos del ámbito del recurso de amparo sería entendida como una desnaturalización del propio recurso de amparo⁵.

No obstante, el procedimiento preferente y sumario sigue en el artículo 53.2 de la Constitución y algún papel hay que permitirle desempeñar en el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fun-

damentales, discurso de Apertura del Año Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, principalmente, en su p. 36; JIMÉNEZ CONDE, F.; cit., 192 y s.; GONZÁLEZ RIVAS, J. J.; «El recurso de amparo judicial», en *Amparo judicial. Jurisprudencia...*, p. 344; y MUÑOZ CAMPOS, J., «Recurso de amparo frente a resoluciones judiciales. ¿Ante el Tribunal Constitucional o ante el Tribunal Supremo?», *La Ley*, 1 (1983), 1.239.

Otros autores estiman posible limitar el ámbito de derechos protegidos en el recurso de amparo, aunque, finalmente, terminan considerando esta opción como inconveniente por diversas razones prácticas. *Vid.* en este sentido RUBIO LLORENTE, F.; «El recurso de amparo constitucional», en AA. VV.; *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional, CEC, Madrid, 1995, pp. 133 y s., y 168 y s., y CARRILLO, M.; «Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo», en AA. VV.; *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Tribunal Supremo, CGPJ, Madrid, 2004, p. 253. También, *vid.* LINDE PANIAGUA, E.; «Amparo ordinario, amparo constitucional y Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales», en AA. VV.; *El Tribunal Constitucional*, t. II, Dirección General de lo Contencioso del Estado, IEF, Madrid, 1982, p. 1.419; y PÉREZ TREMPES, P.; «El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales», en CRUZ VILLALÓN, P. (dir.); *Los procesos constitucionales, Segundo Simposio de Derecho Constitucional (Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991)*, Cuadernos y Debates, núm. 41, CEC, Madrid, p. 128. También considera posible la restricción del ámbito del recurso de amparo SAUCA, J. M.; «La provisionalidad de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona», *RCG*, 24 (1991), 142 y s.

Vid. CARRASCO DURÁN, M.; «Supuestos problemáticos de la articulación entre los procesos judiciales y el recurso de amparo», *Revista Jurídica Española La Ley*, 2 (1999), 1.732, y la bibliografía citada en la p. 1.745 de dicho artículo, nota 4, tanto en apoyo de la postura mayoritaria, contraria a la reducción del ámbito de derechos protegidos en el recurso de amparo, como en apoyo de la postura opuesta, defensora de la posibilidad de extraer del ámbito del recurso de amparo la tutela de las garantías procesales derivadas del artículo 24 de la Constitución o del principio de igualdad el artículo 14 de la misma.

⁵ CARRASCO DURÁN, M.; «El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo», *REDC*, 63 (2001), 115 y ss.

damentales. Hoy en día, la previsión constitucional de dicho procedimiento supone, no la aportación de una cualidad al sistema de protección de tales derechos, sino la aportación de una calidad o un grado a dicho sistema. Hay que interpretar el artículo 53.2 de la Constitución en los términos de un requerimiento a los poderes públicos para que articulen un sistema jurisdiccional que no sólo asegure unas vías de tutela de los derechos que aquél indica ante los órganos judiciales ordinarios, sino para que regule y articule dichas vías de manera tal que cumplan con eficacia real la tarea de proporcionar la tutela judicial a quienes se ven afectados por una lesión de los derechos mencionados en el artículo 53.2 de la Constitución o de los intereses legítimos derivados del reconocimiento constitucional de tales derechos. A partir del artículo 53.2 de la Constitución, el concepto desde el que se debe examinar el sistema de protección judicial de los derechos fundamentales es el de *adecuación*, de acuerdo con las exigencias que se derivan de la necesidad de prestar una tutela eficaz a tales derechos, y ello en tres sentidos. En primer lugar, habrá que examinar si en cada rama del ordenamiento jurídico los procesos ordinarios existentes son suficientes para dar una tutela adecuada a los derechos fundamentales del artículo 53.2 de la Constitución, ya que, si fuera así, no tendría sentido proclamar la necesidad de que existieran más procesos que no harían sino complicar el sistema procesal sin aportar ninguna ventaja particularmente reseñable. En segundo lugar, habrá que examinar si la regulación actual de los procesos preferentes y sumarios es adecuada, es decir, si aportan algún elemento que mejore la protección judicial de tales derechos. En este sentido, es claro que la regulación de los procesos a través de los que se pretenda desarrollar la tutela procesal especial de los derechos fundamentales del artículo 53.2 de la Constitución debe respetar necesariamente los requisitos de preferencia y sumariedad a los que alude aquél, pero, si bien la rapidez de la tutela de los derechos fundamentales, en la cual hace hincapié el artículo 53.2 de la Constitución, es una condición necesaria para la adecuación de la misma, aquélla no agota las consideraciones que pueden hacerse en torno a este tema, ya que unos procesos adecuados requieren, además, una regulación idónea de otros aspectos, entre los que destacan las medidas cautelares⁶. Finalmente, habrá que examinar si existe al-

⁶ Fairén Guillén toma la idea de «adecuación» de procedimiento de Klein; *vid.* FAIRÉN GUILLÉN, V.; cit., 208, nota 4. *Vid.*, también, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.; «La técnica de la necesidad de protección jurídico-subjetiva en el proceso administrativo español», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1.670 (5 de mayo de 1990), pp. 33 y ss, que cita cómo la doctrina alemana deriva la técnica de la necesi-

guna necesidad de protección de los derechos fundamentales manifestada en la realidad social que justifique la articulación de un nuevo proceso especial para la protección de aquellos ante los Tribunales ordinarios.

El estudio de los anteriores puntos no puede hacerse más que examinando los procesos que actualmente plasman la articulación del procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. En este sentido, resulta ineludible referirse previamente al primer desarrollo del procedimiento preferente y sumario, que vino de la mano de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, la cual estableció unas previsiones encaminadas a acelerar la tramitación de determinados procesos penales por delitos contra los derechos fundamentales (Sección primera de la Ley, arts. 2 a 5), un proceso contencioso-administrativo especial que, tomando como base el contencioso ordinario, suponía una aceleración y una simplificación de la tramitación del mismo (Sección segunda de la Ley, arts. 6 a 10), y un proceso civil especial que tomaba como modelo el proceso civil de incidentes e introducía en el mismo también algunas novedades con el fin de acelerar y simplificar la tramitación de las demandas civiles en las que se solicitaba la protección de alguno de los derechos fundamentales incluidos en el ámbito protegido por los procesos regulados en la Ley (Sección tercera de la Ley, arts. 11 a 15).

La anterior, no obstante, fue una norma respecto a la que la doctrina no dejó de señalar, desde un principio, su carácter transitorio y la necesidad de que fuera sustituida por una regulación alternativa que subsanara sus defectos y carencias y diera estabilidad a la articulación del procedimiento preferente y sumario⁷. Hoy en día la Ley 62/1978

dad de protección jurídica o *Rechtsschutzbedürfnis* del artículo 19.4 de la Ley Fundamental, equivalente al artículo 24 de nuestra Constitución.

⁷ En la doctrina, el número de pronunciamientos en este sentido es tan elevado que su cita detallada, además de ociosa, sería ciertamente farragosa. Por todos, mencionaremos las aportaciones de BILBAO UBILLOS, J. M.; «Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional», en *Estudios jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, t. I (Derecho Público), Facultad de Derecho, Universidad de Cantabria, Santander 1993, p. 124; SAUCA, J. M.; «La provisionalidad de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona», *RCG*, 24 (1991), 133 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ, G.; en *La aplicación jurisdiccional...*, p. 23; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.; «El amparo judicial de los derechos fundamentales», en *La aplicación jurisdiccional...*, ob. cit., p. 118; JIMÉNEZ CAMPO, J.; «Artículo 53.2. Protección de los derechos fundamen-

está derogada, si bien la normativa que la ha sustituido manifiesta de forma evidente un cambio de enfoque en el legislador a la hora de encarar el desarrollo del procedimiento preferente y sumario. Así, aquel ha abandonado la idea de regular los procesos preferentes y sumarios en una norma específica y se ha decantado por incluirlos en las nuevas normas que regulan los procesos en los distintos órdenes jurisdiccionales. Junto a ello, confirmando esta vez la idea inicial de dividir el desarrollo del procedimiento preferente y sumario en varios procesos distintos según el orden jurisdiccional en el que deben ser aplicados, el legislador ha cubierto los espacios dejados sin regulación por la Ley 62/1978 con dos nuevos procesos preferentes y sumarios en los órdenes social y militar y, así mismo, ha previsto un proceso específico, el incidente de nulidad de actuaciones, que permite instar en determinados casos la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, con lo cual ha cubierto parcialmente la falta de un proceso especial para la protección del derecho a la tutela judicial efectiva que manifestaba también la Ley 62/1978.

2. EL DESARROLLO LEGISLATIVO ACTUAL DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO

a) *La falta de procedimiento preferente y sumario en materia penal:* la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, ha derogado expresamente los artículos de la Sección primera de la Ley 62/1978, que contenían los trámites especiales aplicables a los procesos penales cuando estuvieran motivados por causas por delitos contra derechos fundamentales. Más aún, lo cierto es que en el momento en el que entró en vigor la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por la Ley 38/2002 sólo se mantenía vigente, de aquellas disposiciones, la que permitía al Juez, al iniciar el procedimiento, acordar el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o de proyectar el medio a través del cual se hubiera producido el delito (art. 3.2 de la Ley 62/1978), ya que los demás artículos de la Sección primera de aquella Ley habían ido quedando de-

tales», en AA. VV. (dir. Ó. Alzaga Villaamil); *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. IV, Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1996, p. 498; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; *Tribunal Constitucional, jurisdicción...*, pp. 92 y 96 y ss.

rogados tácitamente a lo largo del tiempo en virtud de la aprobación de otras normas que hacían impracticables lo dispuesto en ellos o que trasladaban al Código Penal alguna de sus previsiones. El resultado de todo ello es que hoy en día no existen especialidades en la tramitación de los procesos penales que obedezcan a la finalidad de trasladar a este ámbito jurídico las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución. Solamente puede señalarse que la exención de responsabilidad penal por calumnia o injuria mediante el perdón de la persona ofendida, o de su representante legal, que establecía el artículo 4.2 de la Ley 62/1978, se encuentra recogida actualmente en el artículo 215.3 del Código Penal, y que la facultad de los Jueces de acordar, al iniciar el procedimiento, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, en los procedimientos por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, que preveía el artículo 3.2 de la Ley 62/1978, ha sido trasladada al nuevo artículo 823 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley 38/2002.

En el marco de la actual regulación del proceso penal, la opción de suprimir los trámites especiales motivados por la tutela de los derechos fundamentales en dicho proceso se revela como acertada. Por un lado, los plazos de los procesos penales no pueden abreviarse indefinidamente, ya que en este proceso están en juego derechos fundamentales del acusado cuya efectividad no puede verse mermada por un acortamiento de los plazos procesales. Lo cierto es que la Ley 38/2002 ha intentado ya apurar al máximo la abreviación en la tramitación de los procesos penales, y no parece razonable ir más allá de las previsiones de dicha Ley a este efecto. Por otra parte, la doctrina del Tribunal Constitucional en el sentido de que el *ius puniendi* en materia penal es una facultad del Estado, de modo que no existe un derecho fundamental de los individuos a obtener la condena penal de una persona⁸, pone en discusión, incluso, la aplicación de la exigencia de un procedimiento preferente y sumario en el orden penal. Finalmente, siempre quedaría la dificultad de precisar los bienes jurídicos que hubieran de protegerse a

⁸ El Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal como un «*ius ut procedatur*» para la víctima del delito, si bien aquél no puede reducirse a un mero impulso del proceso o a una mera comparecencia en el mismo sino que de él derivan los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso. *Vid.* SSTC 157/1990, FJ 4, 31/1996, FJ 10, 199/1996, FJ 5, 41/1997, FFJJ 4 y 7, 218/1997, FJ 2, 21/2000, FJ 2, y 168/2001, FJ 5, entre otras. *Vid.* también, en relación con este tema, la STC 157/2001.

través de un proceso de este tipo en el ámbito penal, ya que si fuera posible instar un proceso especial preferente y sumario frente a las violaciones de cualquier derecho de los indicados en el artículo 53.2 de la Constitución tipificadas como delito o como falta, encontraríamos que el proceso podría darse contra casi todos los delitos y las faltas del Código Penal, al punto de que el proceso especial podría acabar convirtiéndose, de hecho, en el ordinario⁹.

Con todo, sería conveniente llevar a cabo la actualización del régimen del secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se hubiera producido el delito. En este sentido, la STC 187/1999, si bien entendió que la regulación de esta medida prevista en el artículo 3.2 de la Ley 62/1978 era conforme con la Constitución, no por ello dejó de observar «la parquedad con la que establece los términos y circunstancias de semejante habilitación». En esta línea, la sentencia fue concretando una serie de requisitos que habría de cumplir la tramitación del procedimiento encaminado a decidir sobre la adopción de esta medida cautelar: posibilidad de revisión de estas medidas en cualquier momento, posibilidad de recurso ante una instancia superior, apertura del proceso a la personación y comparecencia de terceros afectados, regulación de las medidas mediante Ley Orgánica, previsibilidad de las circunstancias para la aplicación de las medidas conforme a las exigencias derivadas de la protección de otros derechos fundamentales, bienes o valores constitucionalmente protegidos y el principio de proporcionalidad y otros elementos que la propia sentencia indica a partir de su fundamento jurídico octavo¹⁰. Sin embargo, cuando el legislador ha tenido que regular de nuevo esta medida como consecuencia de la derogación de la Sección primera de la Ley 62/1978 llevada a cabo por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, no ha hecho sino trasladar palabra por palabra al nuevo artículo 823 bis introducido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley Orgánica 8/2002, de la misma fecha, la regulación prevista anteriormente en el artículo 3.2 de la Ley 62/1978. Aunque es cierto que la STC 187/1999 consideró que el artículo 3.2 de la Ley 62/1978 no era óbice para el cumplimiento de las garantías antes citadas, la mencionada parquedad de sus términos y el carácter restrictivo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución que tiene esta medida cautelar habrían hecho conveniente una regulación más porme-

⁹ En el mismo sentido, GARCÍA MORILLO, J.; ob. cit., p. 209; y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; ob. cit., p. 112.

¹⁰ *Vid.*, también, sobre este tema, la STC 136/1999.

norizada de las circunstancias que permitirían su adopción y del procedimiento encaminado a decidir sobre ella.

b) *El procedimiento preferente y sumario en materia contencioso-administrativa*: la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), derogó la Sección segunda de la Ley 62/1978 y pasó a regular el proceso especial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo en el Capítulo I de su Título V, que abarca los artículos 114 a 122 de dicha Ley, si bien, en realidad, el artículo 122 regula el proceso especial para la protección del derecho de reunión y manifestación en lugares de tránsito público, que antes desarrollaba el artículo 7.6 de la Ley 62/1978.

La regulación actual de este proceso tiene importantes desajustes con las previsiones constitucionales y elementos que merman en gran medida su adecuación al fin de dar una protección reforzada a los derechos fundamentales incluidos en su ámbito de protección¹¹. Destacamos a continuación algunos de tales desajustes y elementos:

b.1) Lo primero que resalta es que el nuevo proceso contencioso-administrativo de la LJCA no es, salvo algunos retoques, sino una copia de la regulación que del mismo hacía la Ley 62/1978. Sorprende, así, ya de entrada, que el legislador haya considerado que desarrollar el artículo 53.2 de la Constitución para huir de la provisionalidad que siempre se había criticado a la Ley 62/1978 consistía, simplemente, en trasladar el proceso de la Ley 62/1978 a otra norma.

b.2) Pero, además, la LJCA ofrece la paradoja de que el proceso especial para la protección de los derechos fundamentales que presenta en sus artículos 114 y siguientes es menos sumario que el proceso contencioso-administrativo de la Ley 62/1978, ya que no ha tenido en cuenta que el «procedimiento abreviado» que prevé en su artículo 78 para los asuntos de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, así como todas aquellas cuya cuan-

¹¹ En la doctrina, destacan, en particular, dos comentarios críticos a la regulación de este proceso, *vid.* CARRILLO, M.; «La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Cuadernos de Derecho Público*, 7 (1999), 155 y ss., y FERNÁNDEZ FARRERES, G.; «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Cuadernos de Derecho Público*, 4 (1998), 177 y ss.

tía no supere los 13.000 euros¹², permite una tramitación de los recursos contencioso-administrativos más rápida, incluso, que el proceso preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales que ella regula. El hecho de que en esta materia el recurrente tenga la opción de elegir, como vía para la tramitación de su recurso, el proceso abreviado o el proceso especial preferente y sumario evita, al menos, que los recursos sobre las materias del proceso abreviado se vieran sometidos al sinsentido de una tramitación más lenta en el caso, precisamente, de que mediante ellos el recurrente pretendiera la tutela de alguno de los derechos fundamentales protegidos mediante el proceso preferente y sumario, pero, sin duda, esta desadecuación entre el nuevo marco general de proceso contencioso-administrativo y el contencioso preferente y sumario desalienta a los recurrentes respecto de la utilización del segundo¹³.

b.3) El artículo 53.2 de la Constitución no establece una exigencia especial en cuanto a las medidas cautelares en el proceso preferente y sumario, pero, sin duda, uno de los puntos en torno a los que gira principalmente la eficacia y la adecuación de la regulación de tal proceso es la regulación de las medidas cautelares, ya que de este tema dependerá en muchos casos la posibilidad de dar una tutela eficaz y adecuada a quienes acuden a este proceso en demanda de protección para algún derecho fundamental¹⁴. Precisamente, la práctica del proceso regulado en la Ley 62/1978 mostró que el principal aliciente de los recurrentes a la hora de encaminar sus recursos a través del contencioso-administrativo preferente y sumario era la posibilidad de obtener una tutela cautelar fácil e inmediata de sus pretensiones que se derivaba del artículo 7.4 de aquélla, que establecía como regla general la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justificara la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Los recurrentes no querían sólo una tutela rápida con este proceso,

¹² La redacción del artículo 78 de la LJCA ha sido modificada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

¹³ FERNÁNDEZ FARRERES, G.; «La protección jurisdiccional...», 197, señala que podría haberse sustituido el proceso preferente y sumario por el procedimiento abreviado, estableciendo éste como cauce para los recursos por vulneración de los derechos fundamentales mencionados en el artículo 53.2 de la Constitución.

¹⁴ Sobre la importancia de las medidas cautelares para la adecuada tutela de los derechos fundamentales, *vid.* Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I. en el coloquio recogido en *Los procesos constitucionales...*, p. 147, y PÉREZ TREMPES, P.; «Tribunal Constitucional y Poder Judicial», Fundación Alternativas, documento de trabajo 28/2002, p. 24, en www.fundacionalternativas.com/laboratorio. Además, pueden verse los trabajos citados en la nota 32 del presente trabajo.

sino, más aún, una tutela inmediata, que sólo la medida cautelar podía prestar. La LJCA de 1998, sin embargo, ha suprimido la regla especial sobre la suspensión de los actos administrativos en el proceso preferente y sumario, de manera que las medidas cautelares en este proceso han quedado sometidas al mismo régimen del proceso contencioso-administrativo ordinario¹⁵. Con ello, la Ley ha suprimido el principal incentivo para la utilización de este proceso, en una nueva muestra de patente inadecuación de su regulación con respecto a la función tutelar que justifica su existencia.

b.4) Finalmente, la LJCA no ha dado una respuesta eficaz al problema que mayores complicaciones causó durante la práctica del proceso contencioso-administrativo preferente y sumario de la Ley 62/1978, que era el de la articulación entre dicho proceso y el proceso contencioso-administrativo ordinario¹⁶. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional señaló a este respecto que cabían tres posibilidades al recurrente que sostuviera, simultáneamente, una pretensión de tutela

¹⁵ La regulación principal de las medidas cautelares se halla en el artículo 130 de la LJCA, que tiene dos apartados que señalan lo siguiente:

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

Contienen reglas específicas sobre la aplicación de las medidas cautelares el artículo 136 de la LJCA, que, para las situaciones de incumplimiento de obligaciones de la Administración y de vía de hecho, se basa en un principio de aplicación ordinaria de la medida cautelar, que puede ser excepcionado sólo si se aprecia con evidencia que no se dan las anteriores situaciones o que la medida ocasiona una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada, y el artículo 135 de la misma, que permite la adopción inmediata de las medidas cautelares. Sobre la regulación de las medidas cautelares en la Ley 29/1998 y su repercusión en el proceso especial preferente y sumario, *vid.* CARRILLO, M.; «La protección jurisdiccional...», 170 y ss., y CARRASCO DURÁN, M.; *ob. cit.*, pp. 272 y ss.

¹⁶ *Vid.*, sobre este tema, MAGIDE HERRERO, M.; «De nuevo sobre la distinción entre cuestión de fondo y presupuestos procesales en los procesos tramitados por la vía del *amparo judicial* de la Ley 62/1978», *REDA*, 91 (1996), 491 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.; «Cuestión de fondo y presupuestos procesales en el recurso especial de amparo («afectación» y «lesión» a derechos fundamentales y libertades públicas)», *REDA*, 36 (1983), 39 y ss.; RAZQUÍN LIZARRAGA, J. A.; «Agotamiento de la vía judicial previa y coexistencia del proceso especial de la Ley 62/1978 y el contencioso-administrativo ordinario», *REDA*, 67 (1990), 423 y ss.

AMPARO JUDICIAL: PRESENTE Y FUTURO

de algún derecho fundamental de los protegidos en el proceso preferente y sumario y una pretensión de tutela de derechos o intereses amparados por normas legales o reglamentarias: o bien encauzaba todas sus pretensiones, las basadas en derechos fundamentales y las basadas en normas legales o reglamentarias, por el recurso contencioso-administrativo ordinario; o bien presentaba simultáneamente dos recursos, uno preferente y sumario para sus pretensiones relativas a derechos fundamentales y otro ordinario para las relativas a derechos e intereses derivados de normas legales y reglamentarias; o bien presentaba sólo el recurso preferente y sumario a costa de renunciar a la defensa de sus derechos e intereses derivados de normas legales y reglamentarias. En todo caso, la interposición del recurso preferente y sumario no suspende el plazo para la interposición del recurso contencioso ordinario, de modo que el recurrente que sólo presente el primero y vea inadmitido su recurso por considerar el órgano judicial que su pretensión no se basa realmente en un derecho fundamental de los tutelados específicamente en dicho proceso, se ve impedido de presentar posteriormente un recurso contencioso ordinario basado en los mismos motivos que el preferente y sumario o en otros, si en el momento de recibir la inadmisión de su recurso preferente y sumario han corrido ya los plazos para presentar el recurso contencioso ordinario. De igual modo, no es posible la comunicación entre el proceso contencioso preferente y sumario y el proceso contencioso ordinario, de manera que las pretensiones inadmitidas o desestimadas en el primero por considerar el órgano judicial que no se encuentra en juego auténticamente un derecho fundamental de los tutelados mediante dicho proceso no pueden ser acumuladas posteriormente tampoco a un proceso contencioso-administrativo ordinario ya en curso por los mismos actos o normas impugnados en el proceso preferente y sumario¹⁷.

La rigidez de este esquema de articulación entre ambos procesos provocó un efecto curioso durante la vigencia de la Ley 62/1978: muchos recurrentes que no tenían pretensiones basadas realmente en los derechos protegidos en el proceso preferente y sumario acudían a éste para intentar, forzando la realidad de las cosas, aprovecharse así de las facilidades para obtener la suspensión del acto administrativo que abría dicha Ley y, sin embargo, muchos recurrentes que sí podían tener motivos basados en los derechos fundamentales protegidos por el proceso preferente y sumario preferían, sin embargo, encaminar sus pretensiones a través del proceso contencioso ordinario, para evitar

¹⁷ La STC 84/1987, FJ 5, resume la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema.

quedar indefensos ante una eventual inadmisión de su recurso preferente y sumario, que muchas veces era difícil de prever, dada la imprecisión de la línea separadora de las pretensiones de legalidad y las de constitucionalidad en relación con los derechos fundamentales de configuración legal.

La LJCA, en su Exposición de Motivos, ha manifestado su intención de adoptar, al examinar el objeto del recurso, «la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico», para «superar, por tanto, la rígida distinción entre derecho fundamental o libertad pública, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos». Sin embargo, la LJCA ha querido llevar a cabo este propósito mediante una modificación del objeto del proceso, de manera que su artículo 114.2 expresa que podrán hacerse valer en este proceso todas las pretensiones posibles en el recurso contencioso-administrativo, y de una descripción genérica del alcance de la sentencia estimatoria, que, según el artículo 121.2 de la LJCA, supondrá la estimación del recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. No obstante, el artículo 114.2 condiciona las pretensiones aptas para este proceso al hecho de que aquéllas «tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado», con lo cual el resultado final, respecto a la articulación entre el proceso preferente y sumario y el recurso contencioso-administrativo ordinario, es el mismo que se daba mientras estuvo vigente la regulación de la Ley 62/1978¹⁸. Y, de igual modo, la posibilidad de dictar sentencia estimatoria queda condicionada a que como consecuencia de la infracción del ordenamiento jurídico apreciada se vulnere un derecho de los susceptibles de amparo¹⁹.

¹⁸ No se trata, por lo tanto, de que el artículo permita examinar cuestiones de legalidad en el proceso preferente y sumario, sino de que permite aducir cualquier pretensión apta para ser cursada por el proceso contencioso-administrativo, siempre que esté basada en la vulneración de un derecho fundamental tutelado en el proceso preferente y sumario. *Vid.* SASTRE LEGIDO, R.; «La protección de los derechos fundamentales de la persona en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Revista Jurídica Española La Ley*, 6 (1998), 2.213 y s.

¹⁹ M. Carrillo considera que el texto del artículo 121.2 de la LJCA, que prevé que la sentencia recaída en el proceso preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales «estimaré el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación

Quizás, la finalidad de la previsión de la LJCA fuera afirmar que, una vez comprobada la vulneración de alguno de los derechos fundamentales tutelados en el proceso preferente y sumario debida a alguna norma, actuación u omisión de la Administración, el órgano judicial podrá examinar todas las demás pretensiones basadas en motivos de infracción de la legalidad que el recurrente aduzca contra la misma norma, actuación u omisión, pero, en tal circunstancia, esto puede tener poca utilidad, ya que la comprobación de la vulneración de alguno de tales derechos fundamentales es suficiente para producir la estimación del recurso. Por otra parte, también durante la vigencia de la Ley 62/1978 los órganos judiciales habían considerado que podían examinar en el proceso preferente y sumario cualesquiera tipos de pretensiones, incluidas las basadas en la alegación de desviación de poder, y acudir en la sentencia a todos los medios para restablecer la situación jurídica alterada por la actuación de la Administración vulneradora de algún derecho fundamental y para resarcir al recurrente por los daños y perjuicios que aquélla le hubiera ocasionado, incluso mediante la indemnización de tales daños y perjuicios, sin que fueran aplicables al proceso preferente y sumario las limitaciones que a tales efectos se producen en el recurso de amparo²⁰.

de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo», podría abrir la puerta a considerar las cuestiones de legalidad dentro del proceso especial contencioso-administrativo preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales. *Vid.* CARRILLO, M.; «La protección jurisdiccional...», 164. Lo cierto, sin embargo, es que son cosas distintas el tipo técnico de infracción cometida por una actuación que vulnera el ordenamiento jurídico y el contenido jurídico sustantivo que tal actuación vulnera. El artículo continúa vinculando la sentencia estimatoria, como no podía ser de otra manera, a la vulneración de algún derecho fundamental de los tutelados en este proceso especial, si bien, como tampoco debía ser de otra manera, permite dictar sentencia estimatoria cuando dicha vulneración haya sido provocada por cualquier tipo de infracción del ordenamiento jurídico atribuible a una actuación administrativa.

²⁰ Frente a algunas sentencias que inicialmente consideraron lo contrario, la jurisprudencia terminó por admitir también la alegación de desviación de poder en el proceso preferente y sumario cuando de aquella pudiera derivarse la vulneración de alguno de los derechos integrantes del ámbito material protegido por este proceso (*vid.* SSTS de 16 de mayo de 1986, 2 de abril de 1993 y 9 de diciembre de 2000). En cuanto a las indemnizaciones, de igual manera, frente a una primera tendencia que negaba la posibilidad de acordarlas en el proceso contencioso preferente y sumario, la jurisprudencia terminó admitiendo también este tipo de pretensiones. *Vid.*, principalmente, la STS de 7 de julio de 1995. También, el ATS de 20 de noviembre de 1989 y las SSTS de 2 de octubre de 1987, 13 de marzo de 1991, 22 de abril de 1994 y 10 de julio de 1995.

Realmente, la LJCA, si quería corregir los inconvenientes de articulación entre el recurso contencioso-administrativo ordinario y el preferente y sumario, tendría que haberse centrado en lo que ocurre, no con los recursos preferentes y sumarios en los que se haya demostrado la vulneración de alguno de los derechos fundamentales que ellos tutelan por aquéllos, sino en los recursos preferentes y sumarios en los que no se consiguiera demostrar la vulneración de alguno de tales derechos, para establecer la posibilidad de reconducir al recurso contencioso-administrativo ordinario tales casos, excepción hecha, quizás, de los casos en los que fuera patente la utilización fraudulenta del cauce preferente y sumario por parte del recurrente con el único objetivo de intentar aprovecharse de la rapidez que proporciona esta vía procesal²¹.

c) *La falta de procedimiento preferente y sumario en materia civil:* la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (LEC), ha derogado la Sección tercera de la Ley 62/1978, que contenía la regulación del proceso civil preferente y sumario, y no ha previsto una regulación alternativa de dicho proceso, por lo que, en la actualidad, no existe proceso preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales en este orden jurídico. Sin embargo, a pesar de lo anterior, la LEC contiene, al menos, varias normas especiales en esta materia. Así, en su artículo 249.1.2.º se asigna al juicio ordinario la tramitación de las demandas que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, cualquiera que sea su cuantía; en su artículo 477.2.1.º entiende como recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia

²¹ También, en el sentido de que la regulación de la LJCA no evita al recurrente la necesidad de acudir simultáneamente al proceso contencioso-administrativo ordinario y al preferente y sumario, FERNÁNDEZ FARRERES, G.; «El procedimiento especial...», 194.

Ante los inconvenientes del sistema de articulación entre ambos procesos que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la del Tribunal Supremo, algunas Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia han acudido en algunas ocasiones a la reconducción de los recursos presentados por la vía preferente y sumaria al recurso contencioso-administrativo ordinario, cuando consideran en el trámite de admisión de aquél que el acto impugnado no afecta realmente a ninguno de los derechos protegidos por dicho proceso especial. Sin embargo, esta solución se ha adoptado sólo de manera esporádica y poco previsible y, además, se topa con el problema que supone el hecho de que, para presentar el recurso preferente y sumario, no sea necesario agotar la vía administrativa previa (así lo decía expresamente el artículo 7 de la Ley 62/1978, y lo mismo se deduce actualmente del artículo 115 de la LJCA), a diferencia de lo que sucede con el recurso contencioso-administrativo ordinario.

por las Audiencias Provinciales siempre que se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución; en su artículo 479.2 establece que en el supuesto anterior el escrito de preparación del recurso de casación se limitará a exponer sucintamente la vulneración de derecho fundamental que se considere cometida y en su artículo 487.2 señala que la sentencia que ponga fin al recurso de casación en estos casos confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Lo llamativo del artículo anterior es que encamina forzosamente las demandas basadas en pretensiones de tutela de derechos fundamentales por el juicio civil ordinario, cuando la propia LEC regula un proceso más simple y de tramitación más breve, como es el juicio verbal. Ciertamente, esta regulación puede deberse al hecho de que el artículo 250 de la LEC parece haber reservado el juicio verbal para demandas relativas a tipos muy específicos de asuntos que se caracterizan por su sencillez o por el carácter, en cierto modo, estandarizado de las pretensiones que en ellos se suscitan, pero, en todo caso, no deja de ser llamativo, por contraste con lo previsto en el artículo 53.2 de la Constitución, que, incluso, demandas que, por su cuantía, podrían tener como cauce natural el juicio verbal, pueden ver retardada su tramitación, precisamente, a causa de tener como fundamento la alegación de una vulneración de un derecho fundamental. Ciertamente, el supuesto es poco probable, dado que normalmente la cuantía de las demandas en las que se ventile la vulneración de un derecho fundamental excederá de 3.000 euros, por lo que entrarán en el ámbito normal del juicio ordinario conforme a los artículos 249.2 y 250.2 de la LEC, pero la mayor o menor probabilidad del supuesto no elimina la contradicción que surge si se coloca en relación con el principio de sumariedad del artículo 53.2 de la Constitución. Más aún, puesta en el contexto del artículo 53.2 de la Constitución, la regulación de la LEC resulta aún más curiosa cuando se advierte que aquella ha suprimido también las normas especiales tendentes a acortar los plazos de tramitación de los recursos de apelación que contemplaba el artículo 15 de la Ley 62/1978 y que la tramitación del proceso civil ordinario hace de este un proceso más largo que el que preveía la Sección tercera de la Ley 62/1978²².

²² La afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el sentido de que «la presente Ley establece que los procesos correspondientes se sustancien por un cauce procedimental, de tramitación preferente, más rápido que el establecido por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, de 1978: el de los juicios ordinarios», debe entenderse, en la práctica, como un alarde meramente voluntarista.

Una sencilla manera de solventar estas contradicciones sería modificar la regla del artículo 249.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil según la cual las demandas para la protección de derechos fundamentales deben encaminarse a través del proceso ordinario para, o bien dar a los demandantes cuya demanda, por su cuantía o naturaleza, tuviera el proceso verbal como vía natural de encauzamiento la posibilidad de acudir a dicho proceso, o bien generalizar a todas las demandas motivadas en la pretensión de tutela de derechos fundamentales la posibilidad de acudir al proceso verbal, si el demandante deseara asegurarse una más rápida tramitación que la que ofrece el proceso ordinario.

d) *El procedimiento preferente y sumario en materia social*: el proceso laboral preferente y sumario, regulado hoy en día en los artículos 175 a 182 del Real Decreto Legislativo 2/1995, que aprobó el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), ha obtenido, en general, la opinión favorable de la doctrina, ya que aporta mayor rapidez y agilidad a la tramitación en relación con el proceso social ordinario y, además, permite la aplicación de medidas cautelares en un ámbito como el social, que tradicionalmente ha sido refractario a esta posibilidad. No obstante, sería conveniente corregir, al menos, dos elementos de la regulación de este proceso que resultan contradictorios con el ámbito natural del mismo. El primero es su denominación, ya que el proceso está establecido bajo la rúbrica «de la tutela de los derechos de libertad sindical» (Capítulo XI del Título II del Libro II de la LPL), y, efectivamente, toda su regulación parte de un precepto, el artículo 175.1 de la LPL, que ciñe el ámbito de protección del proceso a tal derecho, para, al final de dicha regulación, en el artículo 181, extender su aplicación a «las demandas de tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social²³». El segundo se refiere a la indeterminación de las materias sobre las que pueden versar las demandas presentadas a través de este proceso. El artículo 182 de la LPL señala, a este respecto, que «las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de Estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de Convenios Colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente.» La

²³ La referencia al acoso es resultado de la modificación introducida en el artículo 181 de la LPL por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

interpretación literal de este artículo, que excluye del proceso preferente y sumario las demandas indicadas, supone un límite drástico del ámbito natural de dicho proceso que no tiene justificación. Ciertamente, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se ha decantado por aplicar este artículo conforme a la denominada «tesis integrativa», según la cual cuando las demandas relativas a la protección de derechos fundamentales versaran sobre las materias indicadas en dicho artículo debería utilizarse la modalidad procesal específica prevista para cada una de aquellas en la LPL, pero aplicando a dichas modalidades procesales, al mismo tiempo, las especialidades procesales del proceso preferente y sumario de los artículos 175 y siguientes de dicha Ley²⁴, lo que hace posible, incluso, que en un mismo proceso se decida tanto sobre las pretensiones relativas a derechos fundamentales, empleando las especialidades del proceso preferente y sumario, como sobre las relativas a motivos de legalidad cuando aquellas se refieran a las materias previstas en el artículo indicado²⁵, si bien la práctica jurisprudencial registra también ejemplos de aplicación del artículo 182 de la LPL en su interpretación literal y restrictiva del ámbito del proceso preferente y sumario. Por esto, sería conveniente que la LPL recogiera expresamente la procedencia de aplicar las especialidades del proceso preferente y sumario regulado en el orden social también cuando sea necesario aplicar las modalidades procesales especiales relativas a las demandas que versen sobre las materias mencionadas en el artículo 182 de aquella.

²⁴ STC 257/2000, FFJJ 5 y 6, y SSTS de la Sala cuarta, de lo Social, de 23 de marzo de 2000 y 29 de junio de 2001, ambas dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina. La doctrina se ha pronunciado por la aplicación a la tramitación del proceso preferente y sumario de las normas especiales que prevé la Ley de Procedimiento Laboral para la tramitación de los procesos sociales que traten acerca de pretensiones relativas a aquellas materias, *vid.* GARCÍA MORILLO, J.; *ob. cit.*, pp. 214 y ss.; BAYLOS GRAU, A.; en BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J., y FERNÁNDEZ, M.; *Instituciones de Derecho laboral*, Trotta, Madrid, 1991, p. 194; CARRILLO, M.; *La tutela de...*, p. 125; VALDÉS DAL-RE, F.; en CRUZ VILLALÓN, J., y VALDÉS DAL-RE, F.; *Lecturas sobre la reforma del proceso laboral*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pp. 480 y ss.; y PALOMEQUE LÓPEZ, M.; «La tutela judicial de los derechos fundamentales laborales», en AA. VV.; *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 251 y ss.

²⁵ Así lo ha entendido, por ejemplo, una sentencia de 2 de junio de 1994 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que ha considerado que «en un proceso por despido puede examinarse la violación de derechos fundamentales relacionada con el mismo con las consecuencias previstas, en su caso, en el art. 180 además de las propias de la acción de despido.»

e) *El procedimiento preferente y sumario en el ámbito militar*: el proceso contencioso-disciplinario militar de los artículos 453 y 518 de la Ley Orgánica 2/1989, Procesal Militar, cumple las funciones de proceso preferente y sumario para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito del proceso militar. Esto queda más resaltado aún por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que atribuye a los órganos judiciales militares la protección judicial de los derechos fundamentales en el ámbito militar, en virtud de su naturaleza jurisdiccional²⁶. Por lo demás, la regulación de este proceso cumple los requisitos de preferencia y sumariedad y contiene, incluso, la apertura a la posibilidad de que el Tribunal acuerde la suspensión del acto administrativo impugnado previa ponderación de la defensa del derecho fundamental alegado con los intereses de la disciplina militar. La regla supone una innovación en un ámbito procesal como éste, en el que, como regla general, no se contempla la adopción de medidas cautelares.

f) *La protección judicial contra vulneraciones de las garantías procesales derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión debidas a actuaciones de los órganos judiciales*. Merece la pena detenerse a examinar algunas de las cuestiones planteadas por este supuesto, a causa del impulso que, como veremos, el Proyecto de Ley Orgánica por el que se reforma la LOTC, presentado por el Gobierno al Congreso de los Diputados, intenta darle como vía para la tutela de los derechos fundamentales ante los órganos judiciales ordinarios.

La regulación del incidente de nulidad de actuaciones se debe a la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la LOPJ, cuya regulación, en este punto concreto, ha sido modificada, a su vez, por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, y, nuevamente, por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. La Ley Orgánica 5/1997 intentó corregir la situación creada por la supresión del incidente de nulidad de actuaciones a raíz de la Ley de 6 de agosto de 1984, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del texto original de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ), que dejó a quienes sufrían la vulneración del derecho a la tutela judicial o de alguna garantía procesal derivada del mismo producida por alguna actuación judicial frente a la que no cupiera recurso ante órgano judicial alguno sin más vía para

²⁶ Vid. las SSTC 113/1995 y 159/1999. Asimismo, vid. la STC 31/2000, que ha declarado inconstitucional el artículo 468.1.c) de la Ley Orgánica Procesal Militar, relativo al acceso al proceso contencioso-disciplinario militar, como consecuencia de la autocuestión de inconstitucionalidad planteada por la STC 18/1994. Vid. también CANOSA USERA, R.: «El amparo judicial ante los Tribunales Militares (Comentario a la STC 113/1995, de 6 de julio)», *Poder Judicial*, 39 (1995), 479 y ss.

reaccionar que acudir directamente al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, mediante la creación de dos nuevas vías procesales. Por una parte, en el artículo 240.2 de la LOPJ, un incidente *lite pendente*²⁷ mediante el cual el Juez o Tribunal que esté conociendo del mismo puede declarar, tanto de oficio como a instancia de parte, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, siempre que no proceda su subsanación. Por otra parte, un incidente, regulado actualmente en el artículo 241 de ella, de nulidad de actuaciones por defectos de forma que hubieran causado indefensión o por incongruencia del fallo, al que podrán acudir quienes sean parte legítima en el proceso o hubieran debido serlo siempre que, en el caso de los primeros, no haya sido posible denunciarlos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso, y que, en uno y otro caso, aquélla no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario²⁸.

Con este último incidente se ha pretendido introducir una vía de ámbito limitado para que los órganos judiciales puedan corregir determinadas vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva y de garantías procesales que se han considerado especialmente fáciles de detectar por conllevar quebrantamientos radicales del procedimiento o del contenido necesario de las resoluciones judiciales, intentando, al mismo tiempo, con la estricta especialización del ámbito del incidente, evitar que se produzcan los abusos en su utilización que llegaron a producir su derogación entre los años 1984 y 1985. De esta forma, el incidente de nulidad de actuaciones llena sólo parcialmente el vacío que existía antes de su regulación con respecto a la posibilidad de impugnar ante los órganos judiciales actuaciones con defectos procesales que originaran determinados casos de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva y de la prohibición de indefensión y

²⁷ Aunque la Ley no utiliza la palabra «incidente» para referirse a este medio de impugnación, no cabe duda de que su regulación encaja en el modelo de este tipo de trámites.

²⁸ *Vid.*, para distintas opiniones sobre el incidente de nulidad de actuaciones, APARICIO PÉREZ, M. Á.; «Tutela judicial y nulidad de actuaciones», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 4 (1992), 79 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.; «El empecinamiento en la nulidad de actuaciones», *Tribunales de Justicia*, 1 (1998), 1 y ss., y «Sombras de la reforma sobre nulidad de actuaciones: una réplica», *Tribunales de Justicia*, 3 (1998), 263 y ss.; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.; «La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras», *Tribunales de Justicia*, 2 (1998), 129 y ss.; VERGER GRAU, J.; «¿Un nuevo incidente de nulidad?», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 250 (1996), 2 y ss.

que había sido denunciado por la doctrina y por el propio Tribunal Constitucional²⁹.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1997 pretendió considerar el incidente de nulidad de actuaciones como un desarrollo del procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución. Sin embargo, esto no muestra más que una cierta obsesión por presentar supuestos desarrollos del procedimiento preferente y sumario a toda costa, incluso aunque, como sucede con el incidente de nulidad de actuaciones, en los procedimientos que se intentan hacer pasar por tales desarrollos no aparezca la nota de preferencia ni parezca tampoco que la sumariedad haya sido un elemento determinante a la hora de decidir su instauración. De hecho, parece que el motivo determinante del establecimiento del incidente de nulidad de actuaciones ha sido tratar de paliar el exceso de asuntos basados en alegaciones de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución que llegan al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo ofreciendo a quien dice haber sufrido la vulneración de algunas concretas garantías inherentes a tal derecho una vía para instar la nulidad de las actuaciones procesales ante el mismo órgano judicial que hubiera producido la actuación a la que se atribuyera tal defecto. El legislador no ha reparado en que la bondad de un proceso no depende de que sea preferente y sumario, sino de su adecuación con respecto al objeto material y las pretensiones que intenta tutelar.

Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2001 ha adoptado soluciones para la corrección de las vulneraciones del derecho a la tutela judicial y de las garantías procesales que siguen una línea directriz opuesta a la de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aquélla se ha mostrado más partidaria de encauzar la reacción frente a dichas vulneraciones por los recursos ordinarios que ella misma regula y por un nuevo recurso extraordinario que tiene como función específica examinar los casos en los que tales vulneraciones hubieran podido te-

²⁹ Prueba de ello son las SSTC 211/1989, 212/1989 y 213/1989, que consideraron necesaria la existencia de un medio de rescisión de las sentencias definitivas y acordaron plantear la autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el texto original del artículo 240.2 de la LOPJ, que hacía imposible el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones frente a sentencias definitivas. Sin embargo, la STC 185/1990 reconoció la constitucionalidad de la solución adoptada por el legislador, aun cuando, como la propia sentencia admitía, ello convirtiera al recurso de amparo en «común y general de última instancia respecto de las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme» (FJ 5).

ner lugar y de restringir las posibilidades de utilización del incidente de nulidad de actuaciones.

En este sentido, la LEC, por una parte, ha extendido el ámbito del recurso de reposición y del recurso de apelación a fin de que sean útiles para subsanar tales supuestos (arts. 451 y 455 de la LEC), por otro lado, ha mantenido como supuestos especiales de rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde (art. 501 de la LEC) los mismos que en la regulación de la anterior LEC permitían instar la tradicional audiencia al rebelde³⁰, y, finalmente, ha creado un recurso extraordinario por infracción procesal, regulado en sus artículos 468 a 476, contra sentencias y autos de las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia y ha atribuido su resolución a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Justicia, si bien el conocimiento de este recurso ha sido conferido transitoriamente por la Disposición final 16.^a de la LEC a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en tanto no se introduzca en la LOPJ la modificación necesaria para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de él. En este recurso es posible impugnar dichas resoluciones por una serie de infracciones procesales señaladas en el artículo 469 de la misma Ley, entre las que se cuenta el motivo de «vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución». Además, el artículo 466.1 de la LEC da a

³⁰ las SSTC 8/1993, 310/1993, 134/1995 y 15/1996 entendieron que la formulación del recurso de audiencia al rebelde en los casos de falta de emplazamiento válido era condición necesaria para entender agotada la vía judicial previa al recurso de amparo, siempre que se cumplieran los demás requisitos dispuestos en la anterior LEC para acudir a dicho recurso, incluso aunque la regulación del recurso de audiencia al rebelde apuntara, más bien, a supuestos en los que, pese a haberse producido el emplazamiento de forma válida, aquél no hubiera podido ser utilizado por el particular, al darse determinadas circunstancias excepcionales recogidas en la misma Ley. Esta jurisprudencia no era sino una reacción frente a la falta de un proceso en la vía judicial para hacer valer las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva causadas en tales casos cuando tal defecto no hubiera podido ser subsanado antes de recaer resolución firme en los procesos. Si bien las SSTC de 15 de junio de 1999 y de 11 de octubre de 1999 señalaron que, a pesar del incidente de nulidad de actuaciones, el acceso a la audiencia al rebelde en estos casos debía seguir interpretándose con la misma amplitud que utilizó el Tribunal Constitucional antes de que se regulara aquél, a partir de la STS de 24 de septiembre de 2001 se ha consolidado una línea jurisprudencial que señala que la regulación del incidente de nulidad de actuaciones permite acotar la aplicación de la audiencia al rebelde a sus términos legales y reconducir, por tanto, las impugnaciones en los casos en los que se haya producido indefensión por falta del necesario emplazamiento a dicho incidente.

las partes legitimadas la opción de elegir entre interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia en cualquier tipo de proceso civil. Este recurso extraordinario por infracción procesal limita, lógicamente, el ámbito en el cual puede desarrollarse el incidente de nulidad de actuaciones en materia civil.

Resulta desconcertante que la LEC haya llevado a cabo autónomamente una regulación del incidente de nulidad de actuaciones en sus artículos 227 y 228. La Disposición final 17.^a de la LEC señaló que, entre otros, no se aplicarían los artículos 225 a 230 de aquélla sobre nulidad de actuaciones mientras no se procediera a reformar la LOPJ, pero el hecho es que la modificación de la regulación de la nulidad de actuaciones ha sido llevada a cabo ya por la Ley Orgánica 19/2003 en unos términos que no coinciden con lo previsto por la LEC. En particular, el artículo 228 de la LEC no contempla el motivo de incongruencia del fallo entre aquéllos que permiten instar el incidente de nulidad de actuaciones una vez terminado el proceso, mientras que la Ley Orgánica 19/2003 ha vuelto a incluir dicho motivo en el ámbito de dicho incidente. Parece que, por el juego ordinario de las relaciones entre ley orgánica y ley ordinaria, la primera tendría preferencia mientras el Tribunal Constitucional no se pronunciara en contrario al decidir un eventual proceso de declaración de inconstitucionalidad de aquélla, pero, sea como sea, el resultado es muy disfuncional.

Más aún, la regulación de la nulidad de actuaciones de la LEC plantea problemas difíciles de solucionar, ya que la relación entre la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil no es de jerarquía, sino de especialización material, de manera que, desde una perspectiva técnica, sólo cabrían dos posibilidades: o el contenido de los artículos cuya aplicación ha diferido la Disposición final 17.^a de la Ley 1/2000 es materia propia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo caso serían inconstitucionales, o bien los artículos citados de la Ley 1/2000 regulan materias que no son adecuadas para ser tratadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, por tratarse de una materia que no encaja en las que el artículo 122.1 de la Constitución considera como objeto de dicha Ley Orgánica, en cuyo caso los artículos correspondientes de la LOPJ no podrían participar de la consideración de Ley Orgánica del resto de dicha norma y podrían ser derogados sin necesidad de alcanzar la mayoría absoluta.

Sea como sea, en la situación actual hay que aplicar lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial con preferencia sobre lo dispuesto en una ley ordinaria como es la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo

aquello en lo que ésta, al regular aspectos de la nulidad de las actuaciones procesales, contradijera lo dispuesto en la primera, a reserva de lo que el Tribunal Constitucional pudiera decir al respecto en el futuro, si eventualmente tuviera oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión.

Ciertamente, desde la perspectiva de las partes del proceso, el incidente de nulidad de actuaciones tiene la utilidad de haberlas dotado de una vía para denunciar las infracciones del derecho a la tutela judicial efectiva y de las garantías procesales derivadas del artículo 24 de la Constitución enunciadas en el artículo 241 de la LOPJ ante los propios órganos judiciales que hubieran ocasionado tales infracciones antes de acudir al recurso de amparo. Ahora bien, desde la perspectiva del acceso al Tribunal Constitucional, el establecimiento del incidente de nulidad de actuaciones ha sido una medida que ha pasado prácticamente desapercibida, ya que el continuo aumento del número de recursos de amparo que se presentan al Tribunal Constitucional ha sobrepasado, con mucho, los limitados efectos que el incidente de nulidad de actuaciones hubiera podido tener de cara a contener la presentación de algunos recursos de amparo basados en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o de garantías procesales del artículo 24 de la Constitución.

3. CONCLUSIONES Y POSIBILIDADES DE CARA AL FUTURO

Como se ha visto, los procesos preferentes y sumarios suponen hoy en día una aportación variable a la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales indicados en el artículo 53.2 de la Constitución, dependiendo del orden jurisdiccional en el que nos situemos. Los procesos preferentes y sumarios han articulado en los órdenes social y militar vías eficaces para la protección de los derechos fundamentales, aunque sean recomendables algunas mejoras técnicas en su regulación. Por el contrario, el proceso preferente y sumario en el orden contencioso-administrativo no ha dado respuesta a la necesidad de los recurrentes de una vía más expedita para acceder a medidas cautelares frente a las actuaciones recurridas y ha tenido una presencia muy débil en la práctica procesal de dicho orden jurisdiccional. En los casos más extremos, los trámites específicos para la protección de los derechos fundamentales en el orden penal y en el orden civil han quedado reducidos a meras especialidades en la tramitación de los procesos ordinarios.

Realmente, el balance de la práctica de los procesos y trámites especiales para la protección de los derechos fundamentales reúne algu-

nos elementos positivos. Si nos centramos en el proceso contencioso-administrativo preferente y sumario, que es el que mayor interés doctrinal ha levantado, no puede omitirse que ha servido de cauce para la resolución de controversias relativas a la aplicación de los derechos fundamentales en supuestos relativos a convocatorias de oposiciones, sanciones a funcionarios, clausura de emisoras locales de televisión y otros similares. Pero, a pesar de ello, y más allá de las diferencias que se registran en cada orden jurisdiccional, puede señalarse que la práctica de los procesos preferentes y sumarios se ha quedado muy lejos del potencial que pudiera derivarse de unos procedimientos destinados específicamente a la protección de los derechos fundamentales. Ello obedece, por una parte, a causas inherentes al propio sistema jurisdiccional de los derechos fundamentales que hemos indicado en la primera parte de este trabajo, y, por otra parte, al diverso grado de adecuación que la previsión de unos procesos especiales preferentes y sumarios para la protección de los derechos fundamentales presenta en los distintos órdenes jurisdiccionales y a los defectos en la regulación actual de estos procesos en los órdenes en los que existen, que hemos puesto de relieve en la segunda parte del presente trabajo.

Falta aún por explorar si hay en la actualidad necesidades de protección de los derechos fundamentales que no se encuentren cubiertas por las vías procesales existentes. La respuesta a esta pregunta es importante porque de ella depende la posibilidad de encontrar un espacio propio para los procesos especiales encaminados a la protección de los derechos fundamentales, más allá de la vía consistente en la duplicación de trámites que siguen los órdenes contencioso-administrativo, social y militar, que, en esencia, pretenden dar a los derechos fundamentales mediante los procesos especiales la misma protección que proporcionan los procesos ordinarios, si bien de una forma más rápida.

La primera necesidad de protección de los derechos fundamentales no cubierta por las actuales vías procesales queda señalada por la demanda de medidas cautelares inmediatas por parte de los recurrentes en el proceso contencioso-administrativo, sobre la base de una primera estimación judicial de la conformidad a derecho de sus pretensiones. En efecto, quien se acerca al proceso contencioso-administrativo para solicitar en él la anulación de las disposiciones o actuaciones administrativas que vulneran sus derechos fundamentales o cualquier otra de las medidas previstas en el artículo 71 de la LJCA normalmente no se conforma con que la resolución de su proceso sea más rápida que la que se produciría si aquél se encaminara por los trámites del contencioso-administrativo ordinario. Por el contrario, como se ha indicado anteriormente, el interés del recurrente suele cifrarse en la obtención de

una reacción inmediata frente a las actuaciones que vulneren sus derechos fundamentales y esta demanda va unida a la sensación de que sus pretensiones tienen apoyo en la Constitución y en las demás normas del ordenamiento jurídico frente a la actuación contraria al ordenamiento de la Administración.

Este tipo de demandas no puede ser satisfecha por la mera regulación de un proceso sumario, por más que este sea más rápido que los procesos ordinarios, sino a través de la articulación de medidas cautelares adecuadas. Es significativo, a este respecto, que cuando los tribunales, al resolver sobre recursos contra las resoluciones que establecían servicios mínimos en casos de huelga, se han visto en la tesitura de tener que dictar sus sentencias con la urgencia derivada de la necesidad de que aquellas tuvieran lugar antes de que se produjera la huelga, han tenido que esquivar los trámites del proceso contencioso-administrativo preferente y sumario, inadecuados para garantizar la resolución del proceso con la urgencia requerida, y utilizar como vehículo procesal para la tramitación de estos recursos, bien el incidente para la adopción de medidas cautelares, bien el proceso especialmente urgente previsto para la protección del derecho de reunión.

Una buena opción para garantizar una respuesta inmediata a las pretensiones de las partes en el proceso contencioso-administrativo fundamentadas en posibles vulneraciones de derechos fundamentales sería establecer un procedimiento cautelar de tipo técnicamente sumario similar al *référé* francés³¹, en el que el órgano judicial pudiera dispensar una tutela inmediata a la pretensión del recurrente si considerara que aquella tiene una apariencia suficiente de estar fundada en la vulneración de un derecho fundamental provocada por una actuación de la Administración (criterio del *fumus boni iuris* o de la apariencia de buen derecho³²) y sin perjuicio de que esta primera decisión, de carác-

³¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; ob. cit., pp. 144 y ss.

³² La utilización de este criterio puede complementarse con la del *periculum in mora*, como medida para ajustar la evaluación de la procedencia de las medidas cautelares en cada caso concreto. Los criterios del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* vienen siendo defendidos por un sector de la doctrina como canon para la adopción de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.; ob. cit., pp. 145 y s. Sobre este tema, puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1992, 2.ª ed. ampliada, 1995, pp. 167 y ss.; CARRILLO, M.; *La tutela de...*, pp. 272 y ss., CHINCHILLA MARÍN, C.; *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 41 y ss. y 177 y ss.

ter provisional, pudiera ser revisada en la sentencia con la que culmine el proceso ordinario, tras el completo seguimiento de éste. Con ello, además, se resolverían los problemas derivados de la difícil conexión entre el proceso contencioso-administrativo ordinario y el proceso contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales, ya que el trámite especial tendría como única finalidad decidir de forma inmediata y provisional sobre la procedencia de las medidas cautelares, mientras que la decisión sobre las pretensiones de fondo quedaría confiada al proceso ordinario. Ciertamente, la decisión sobre el proceso cautelar comportaría una cierta evaluación de fondo de las pretensiones del actor, pero este dato quedaría compensado, en primer lugar, por el carácter provisional de dicha evaluación, que podría ser alterado como resultado de la evaluación de la prueba y de las alegaciones de las partes practicada en el proceso ordinario a la hora de resolver definitivamente aquél, y, en segundo lugar, por el hecho de que la práctica procesal no es completamente ajena a la posibilidad de evaluar provisionalmente la apariencia de buen derecho de las pretensiones de la parte actora como medio, bien de conceder medidas cautelares, en una práctica que, si bien no cuenta con la aceptación general de la jurisprudencia, tiene reflejo en algunas resoluciones dispersas³³, bien para invertir parcialmente las reglas ordinarias de valoración de la prueba cuando la parte actora alega la vulneración de un derecho fundamental. Es lo que ocurre cuando la parte actora alega haber sufrido discriminación, en que la mera aportación por aquélla de un indicio fundado de la misma provoca que deba ser la parte demandada la que aporte una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. De manera no equivalente, pero al menos similar, podría demandarse a la parte actora la aportación de un indicio suficiente de haber sufrido la vulneración de un derecho fundamental como requisito para que el órgano judicial dictara las medidas cautelares en un proceso sumario en sentido técnico especialmente previsto para ello en el orden contencioso-administrativo³⁴.

³³ Vid. STC 148/1993, FJ 5, y, con aplicaciones del criterio del *fumus boni iuris* expresas en unas ocasiones o tácitas en otras, SSTS de 31 de mayo de 1995, 19 de junio de 1995 y, 30 de octubre de 1995.

³⁴ Vid. los artículos 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, en relación con los procesos seguidos ante los órdenes jurisdiccionales civil y contencioso-administrativo, y 96 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, modificado por el artículo 40 de la Ley 62/2003. En el mismo sentido, el artículo 179.2 del Real Decre-

AMPARO JUDICIAL: PRESENTE Y FUTURO

Sin embargo, mientras este tipo de soluciones imaginativas no se abran paso en la mente del legislador, podría, al menos, pensarse en extender al proceso contencioso-administrativo preferente y sumario el criterio para la adopción de medidas cautelares previsto por el artículo 136 de la misma para las situaciones de incumplimiento de obligaciones de la Administración y de vía de hecho, basado en un principio de aplicación ordinaria de la medida cautelar, que puede ser excepcionado sólo si se aprecia con evidencia que no se dan las anteriores situaciones o que la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada, el cual resulta más amplio que el criterio para las medidas cautelares previsto con carácter general para el proceso contencioso-administrativo en el artículo 130 de la misma ley. De igual manera, podría preverse la aplicación necesaria en el recurso preferente y sumario del trámite para la adopción inmediata de medidas cautelares del artículo 135 de la LJCA.

El segundo grupo de demandas de protección de los derechos fundamentales que puede dar campo al desarrollo del procedimiento preferente y sumario puede surgir a consecuencia de los nuevos criterios de admisión del recurso de amparo previstos por el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOTC que actualmente se está tramitando en el Congreso de los Diputados. El Proyecto recoge incluir en el artículo 50 de la LOTC la previsión de que el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite³⁵ y que esta de-

to Legislativo 2/1995, en relación con las reglas para la valoración de la prueba acerca de las demandas basadas en vulneración de la libertad sindical.

El artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, si bien la medida cautelar solamente se adoptará si, además, quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adaptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

³⁵ Se cambia, así pues, la mecánica actual, en la que se parte de un principio general de admisión del recurso de amparo, el cual, no obstante, puede ser objeto de una decisión de inadmisión en los supuestos previstos en el artículo 50 de la LOTC. Ciertamente, como es conocido, la práctica muestra que, en la actualidad, la gran mayoría de los recursos de amparo son objeto de providencias de inadmisión. La solución del Proyecto de Reforma de la LOTC sigue, en este punto, el texto del artículo 93.a.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, introducida por la Quinta Ley de Reforma de aquél, de 2 de agosto de 1993, que transformó las ante-

cisión de admisión solamente se producirá cuando la demanda cumpla con los requisitos formales de los artículos 41 a 46 y 49 de la LOTC y, además, «el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales³⁶». Como se ve el Proyecto intenta atajar el exceso de recursos de amparo que dificulta gravemente la tramitación y resolución de los procesos de los que conoce el Tribunal Constitucional mediante la limitación de la admisión de los recursos de amparo a solamente aquéllos que puedan tener una repercusión doctrinal o práctica importante en relación con la interpretación, la aplicación o la eficacia de la Constitución y con la delimitación del contenido y alcance de los derechos fundamentales. Está muy presente en esta solución la puesta en práctica del criterio de objetivación del recurso de amparo, que tiende a aproximar la admisión

riores «causas de inadmisión» a la *Verfassungsbeschwerde* en «causas de admisión a trámite».

³⁶ El texto de la reforma, así pues, sigue decididamente un camino que va en la dirección de la «objetivación» del amparo, incluso de manera más radical a como había sido sugerido por el Tribunal Constitucional y por la doctrina en pronunciamientos de años anteriores. Particularmente, sería conveniente atemperar esta objetivación del amparo haciendo alusión expresa a la admisión de los recursos en los que el perjuicio sufrido por el recurrente a causa de la actuación vulneradora de sus derechos fundamentales fuera de especial gravedad, como ocurre en la propia Alemania con el actual artículo 93.a.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, que permite la admisión a trámite de la *Verfassungsbeschwerde* en la medida en que les corresponda relevancia constitucional y, complementariamente, recoge que podrá también ser éste el caso cuando la denegación de una decisión sobre el fondo cause al demandante un perjuicio especialmente grave. Con esto, además, se acomodaría la regulación de la admisión en el recurso de amparo a la regulación de la admisión en el proceso para la protección de los derechos y libertades protegidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que sugiere el Protocolo número 14 de reforma al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *Vid.*, a este respecto, nota 35 del presente trabajo. La total desaparición del criterio subjetivo de estimación del perjuicio entre los elementos que deben tenerse en cuenta a la hora de decidir sobre la admisión del recurso de amparo ha sido criticada por ESPÍN TEMPLADO, E.; «La reforma de la justicia constitucional», en E. Espín Templado, G. Fernández Farreres y P. Cruz Villalón; *La reforma de la justicia constitucional*, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson Aranzadi, Madrid, 2006, pp. 31 y s. *Vid.* también las respuestas de distintos autores a la pregunta sobre su opinión acerca de la reforma propuesta para la regulación de la admisión del recurso de amparo en *La reforma de...*, pp. 95 y ss.

en éste a pautas cercanas a las del *writ of certiorari* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos³⁷.

Ahora bien, esto puede generar una importante bolsa de recursos de amparo que podrían, incluso, referirse a asuntos en los que hubiera violaciones reales de derechos fundamentales y que, de aplicarse el criterio de admisión previsto por el Proyecto de Ley Orgánica señalado, quedarían inadmitidos simplemente por su carácter reiterativo respecto a otros asuntos resueltos anteriormente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o por no ser susceptibles de aportar, a la hora de ser resueltos, ningún elemento de interés para la interpretación de la Constitución, para su aplicación, para su general eficacia o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales, en definitiva, por su falta de interés doctrinal o práctico. En fin, la demanda social de amparo de los derechos fundamentales existe, y prueba de

³⁷ Para examinar el debate actual sobre el recurso de amparo, resultan imprescindibles los trabajos de E. Albertí Rovira, M. Aragón Reyes, M. Carrillo, P. Pérez Tremps y C. Viver Pi-Sunyer, así como las comunicaciones de E. Carmona Cuenca, E. Girón Reguera, L. Jimena Quesada y G. Pérez Sánchez, recogidas en PÉREZ TREMPs, P. (coord.); *La reforma del recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, que plasma los trabajos que se presentaron al Seminario sobre el Recurso de Amparo celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid en el año 2003, organizado por la Asociación de Constitucionalistas de España. Pueden verse los textos de los trabajos también en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/semrecamp.htm>.

Como ejemplos destacados de la doctrina, a favor del criterio de la objetivación del amparo, *vid.* CRUZ VILLALÓN, P.; «Sobre el amparo», *REDC*, 41 (1994), 9 y ss., y en contra, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.; «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», *REDC*, 40 (1994), 9 y ss. Como trabajo genérico acerca de la articulación entre la protección de los derechos fundamentales llevada a cabo por los órganos judiciales ordinarios y el recurso de amparo, *vid.* CARRILLO, M.; «Notas sobre la articulación...», *ob. cit.*, pp. 233 y ss. Para una fundamentación constitucional de la posibilidad de limitar la admisión en el recurso de amparo según criterios tendentes a lo que se viene denominando como «objetivación» de la misma, *vid.* CARRASCO DURÁN, M.; «El concepto constitucional...», 79 y ss. En el mismo artículo puede verse una amplia cita de la doctrina española, tanto a favor como en contra de esta opción.

En cuanto al *writ of certiorari*, sigue siendo indispensable el artículo de AHUMADA RUIZ, M. A.; «El *certiorari*. Ejercicio discrecional de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», *REDC*, 41 (1994), 89 y ss. *Vid.* para una consideración crítica de la regulación de la materia en Alemania, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J. L.; «Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la *Verfassungsbeschwerde*», *REDC*, 41 (1994), 139 y ss.; WAHL, R. y WIELAND, J.; «La jurisdicción constitucional como bien escaso. El acceso al *Bundesverfassungsgericht*», *REDC*, 51 (1997), 11 y ss.; y LÓPEZ PIETSCH, P.; «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *REDC*, 53 (1998), 115 y ss.

ello es que tal demanda ha sido la causa de la saturación del Tribunal Constitucional, pero, como consecuencia de la reforma prevista por el Proyecto de Ley Orgánica que actualmente está siendo discutido en el Congreso de los Diputados, la mayor porción de dicha demanda puede quedar frustrada. A ello se unen los problemas de articulación que la nueva regulación de la admisión del recurso de amparo hace surgir cuando se pone aquél en relación con el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que, con la regulación actual, los asuntos que, por su carácter rutinario o intrascendente no fueran admitidos por el Tribunal Constitucional, podrían, a pesar de todo, acceder al proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun sin contar con la revisión por parte del Tribunal Constitucional del fondo de las cuestiones planteadas por aquéllos, al menos hasta que entre en vigor el Protocolo número 14 al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, que, entre otras cosas, cierra el círculo que comenzó a trazar el Protocolo número 11 en relación con la restricción de la admisión al proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la cual, según dicho Protocolo, pasaría a depender de que el demandante haya sufrido algún perjuicio importante, excepto si el respeto a los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos exige un examen de fondo del asunto objeto de la demanda, y a condición de no rechazar por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal interno³⁸.

³⁸ La reforma en el criterio de admisión al proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se contiene en el artículo 12 del Protocolo número 14, encaminado a reformar el texto actual del artículo 35.3 del Convenio. El Protocolo muestra claramente que también el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encamina por la senda de la objetivación, que parece ser el remedio al uso para la saturación de asuntos que soportan los tribunales especializados en la resolución de procesos relativos a derechos humanos, o que tienen como una de sus misiones fundamentales la tutela en casos de vulneración de derechos fundamentales. Hay que señalar también que la entrada en vigor de la reforma propuesta por el Protocolo número 14 no terminaría de articular la nueva regulación de la admisión en el recurso de amparo con la regulación de la admisión en el proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que los criterios de admisión en uno y otro no coinciden. Destaca, en particular, que el criterio de admisión al proceso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos parte de un canon, el de la importancia del perjuicio sufrido por el demandante, que no es mencionado como criterio de admisión en la reforma propuesta para el recurso de amparo por el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOTC. En relación con el Protocolo número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, *vid.* ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, F.; «Perfecciones e imperfecciones en el protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1.XI.1998)», *REDC*, 56 (1999), 135 y ss.

No resulta en absoluto descabellado pensar que la restricción del acceso al amparo ante el Tribunal Constitucional podría quedar compensada con un reforzamiento del amparo de los derechos fundamentales ante los órganos judiciales ordinarios. Con ello, además, se recuperaría el sentido de la expresión «en su caso» que conecta el procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2, la cual, como vimos en el primer apartado del presente trabajo, tendía originalmente a señalar que habría unos casos en los que procedería el recurso de amparo y otros para los que quedaría el procedimiento preferente y sumario. En fin, sería posible articular una nueva vía procesal ante los jueces ordinarios donde pudieran obtener tutela judicial las demandas de protección de los derechos fundamentales en los casos que no plantearan el interés doctrinal o práctico para la interpretación y la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales que va a exigirse para acceder al recurso de amparo una vez que sea aprobado el actual Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOTC.

El mismo Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOTC al que nos venimos refiriendo parece haber sido consciente de la conveniencia de reforzar el amparo de los derechos fundamentales ante los órganos judiciales ordinarios para compensar la restricción del acceso al recurso de amparo que prevé. En este sentido, la Disposición final primera del Proyecto prevé la modificación del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para extender el ámbito material del incidente de nulidad de actuaciones de cara a permitir que por esta vía puedan los órganos judiciales tutelar vulneraciones de cualquier derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución. El problema que presenta esta regulación es su patente inadecuación. Hay que recordar que el incidente del artículo 241 de la LOPJ constituye un proceso para la rescisión de la cosa juzgada que, salvando el supuesto de la incongruencia del fallo, sólo tiene sentido para supuestos de nulidad de actuaciones procesales que no hayan podido ser denunciadas previamente a recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que contra las actuaciones que incurran en tales vulneraciones no sea posible recurso alguno ordinario o extraordinario. Se trata, así, de un proceso sencillo para resolver sobre vicios formales de las actuaciones procesales o cuestiones de hecho que se considera especialmente fácil detectar y subsanar, y, por ello, se atribuye su conocimiento y resolución a los mismos órganos judiciales que llevaron a cabo la actuación objeto del incidente.

En este marco, el incidente de nulidad de actuaciones solamente podrá extenderse para tutelar el conjunto de vulneraciones del derecho a

la tutela judicial efectiva y de las garantías del proceso derivadas del artículo 24 de la Constitución y las vulneraciones del derecho de igualdad en la aplicación de la ley derivado del artículo 14 de aquella que se originen, normalmente, en las resoluciones que decidan la última instancia de los procesos. Sin embargo, el incidente de nulidad de actuaciones no es un instrumento apto para tutelar ordinariamente las vulneraciones de derechos fundamentales de carácter sustantivo, que, lógicamente, serán el motivo de que la parte actora en cualquier proceso haya tomado la iniciativa de acudir al mismo y, por lo tanto, deberán haber sido puestas en conocimiento del órgano judicial que conozca del proceso al principio de éste, como fundamento de las pretensiones de la parte actora. Ciertamente, pueden pensarse otros supuestos en los que la resolución del órgano judicial vulnere derechos tales como los relativos al honor, a la intimidad o a la inviolabilidad del domicilio, pero tales supuestos serán verdaderamente excepcionales en resoluciones que constituyan la última instancia de los procesos³⁹.

³⁹ En procesos en los que se dilucidan asuntos relativos a conflictos entre dos derechos fundamentales, como es el caso paradigmático de los relativos a la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en relación con la libertad de expresión y la libertad de información, podría considerarse que la falta de notificación de la existencia de una demanda a la parte demandada le impide alegar el derecho que pueda alegar en defensa de la actuación objeto de la demanda, pero, incluso, en este caso el incidente de nulidad de actuaciones ya brinda actualmente un caso para subsanar la omisión del debido emplazamiento causada por el órgano judicial.

En *La reforma de...*, pp. 115 y ss., puede encontrarse la variada opinión de distintos autores sobre la nueva regulación propuesta para el artículo 241.1 de la LOPJ, si bien solamente J. García Torres repara en la contradicción que supone que se prevea el incidente de nulidad de actuaciones para la tutela de derechos fundamentales sustantivos solamente para los casos en que no haya podido denunciarse la vulneración de aquéllos antes de recaer resolución que ponga fin al proceso. Tal como está redactado el texto de la reforma sólo caben dos opciones: o bien el incidente cae presa de la contradicción que conlleva dicho texto, con lo cual, y pese a la redacción de aquel, el incidente solamente servirá para la tutela de derechos y garantías procesales, o bien, si se quiere hacer del incidente un proceso general para la tutela de los derechos fundamentales con posterioridad a que recaiga sentencia firme que decida los asuntos con fuerza de cosa juzgada, hay que incumplir el artículo 241.1 de la LOPJ, quebrando la rigidez de su redacción, y ello sin reparar en el llamativo dato de que se atribuya la reparación de vulneraciones de derechos fundamentales sustantivos al mismo órgano que acaba de decidir mediante sentencia firme justamente el mismo asunto objeto del incidente. *Vid.*, en el mismo sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, G.; «Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005», en *La reforma de...*, p. 56.

AMPARO JUDICIAL: PRESENTE Y FUTURO

Resituado de esta manera el ámbito del que será nuevo ámbito material del incidente de nulidad de actuaciones si se confirma la modificación propuesta por el Proyecto citado para el artículo 241 de la LOPJ, lo cierto es que la reforma se quedaría corta en relación con la que parece haber sido la pretensión del propio legislador al extender el ámbito del incidente de nulidad de actuaciones. Más aún, parece que no tendría sentido confiar la revisión de cuestiones de fondo relativas a derechos fundamentales al mismo órgano judicial que se ha pronunciado anteriormente sobre las mismas.

No es, por lo tanto, el incidente de nulidad de actuaciones la vía procesal más adecuada para reforzar el amparo judicial de los derechos fundamentales y compensar, de este modo, la restricción proyectada para el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La dificultad, sin embargo, surge al tratar de idear una vía alternativa que pudiera dar cauce a las demandas de amparo de los derechos fundamentales que ya no van a tener cabida en el recurso de amparo. En todo caso, sería necesario acudir a soluciones imaginativas. Podría pensarse en la posibilidad de crear un proceso extraordinario de amparo de los derechos fundamentales mencionados en el artículo 53.2 de la Constitución una vez agotada la vía judicial ordinaria cuyo conocimiento podría quedar confiado a Salas de Derechos Fundamentales de los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con los procesos cuya última instancia termine ante órganos judiciales cuya competencia se extienda a un territorio menor del de una Comunidad Autónoma, y a una Sala de Derechos Fundamentales del Tribunal Supremo, en relación con los procesos cuya última instancia termine ante los Tribunales Superiores de Justicia o ante órganos judiciales de ámbito territorial extendido a la totalidad del Estado. Podría pensarse también en articular un mecanismo mediante el que el Tribunal Constitucional tuviera que remitir los recursos de amparo inadmitidos por su falta de interés constitucional a dichas Salas de Derechos Fundamentales, quizás con una breve reseña de las sentencias en las que se encuentre la jurisprudencia adecuada para resolverlos. E, igualmente, sería posible dar a las partes la alternativa de presentar sus amparos ante dichas Salas o ante el Tribunal Constitucional, en la perspectiva de que para algunas personas puede resultar más conveniente acudir a un órgano más cercano como es un Tribunal Superior de Justicia que al Tribunal Constitucional y para otras puede resultar más directo acudir al órgano judicial competente cuando prevean que su asunto no tiene el suficiente interés cons-

En todo caso, es evidente que falta una elemental dosis de técnica procesal aplicada a la regulación del incidente de nulidad de actuaciones.

titucional, articulando, quizás, la posibilidad de que, respecto a estos asuntos, las Salas de Derechos Fundamentales de los Tribunales Superiores de Justicia o del propio Tribunal Supremo pudieran elevar al Tribunal Constitucional cuestiones prejudiciales cuando entendieran que los casos que las partes les hubieran sometido no tuvieran jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada anteriormente que les fuera aplicable para su resolución y que, por esto, su interés doctrinal o práctico pudiera justificar que el Tribunal Constitucional conociera de ellos. Incluso, un proceso de este tipo podría ser considerado como sumario, ya que sólo tendría sentido si su tramitación estuviera prevista con sencillez y plazos breves, y preferente, dado que no habría mayor muestra de preferencia que la de estar dotados de Salas específicas para su resolución, con independencia del orden que les correspondería si tuvieran que ser resueltos por las Salas normales de los Tribunales competentes para cada uno de los órdenes jurisdiccionales⁴⁰.

Sin embargo, este tipo de soluciones al problema que pueden suponer los recursos que no superen la fase de admisión del recurso de amparo por su falta de interés constitucional no pasan de ser, a día de hoy, más que especulaciones teóricas. El legislador, por el contrario, no ha tomado en consideración la posibilidad de articular alguna vía procesal que innove respecto a los cauces procesales establecidos actualmente, incluso aunque esta renuncia a la originalidad lo lleve a incurrir en contradicciones como la de prever el incidente de nulidad de actuaciones para dar tutela a derechos que, por su naturaleza, no pueden ser protegidos por tal proceso, cosa que ocurriría si el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LOTC se aprueba en sus términos actuales.

⁴⁰ Señala CRUZ VILLALÓN, P.; «Acotaciones al proyecto de reforma de la justicia constitucional», en *La reforma de...*, p. 76, que la solución a las demandas de amparo sin «especial trascendencia constitucional» habría de llegar por la vía del procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución, que habría que visualizar, especialmente aprovechando la potencialidad de los Tribunales Superiores de Justicia.