

LA TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: UN ESTUDIO DE JURISPRUDENCIA

FRANCESC DE CARRERAS SERRA

El artículo 53 de la Constitución es, quizá, el precepto clave de nuestra más alta norma. En él se regulan los aspectos fundamentales de la tutela y protección de los derechos y libertades fundamentales que son, como se sabe, el *telos* de todo Estado de Derecho.

En efecto, el Estado de Derecho constituye un sistema que se configura a través de tres grandes subsistemas: los órganos —que forman su estructura—, las normas —a través de las cuales actúan los órganos— y los fines que están formados por principios y valores —libertad, igualdad, justicia, pluralismo político, entre los más relevantes según el artículo 1.1 CE— que se concretizarán luego en derechos subjetivos. Los derechos subjetivos que la misma norma constitucional configura son los derechos llamados fundamentales —arts. 14 a 38 CE— los cuales constituyen, por tanto, el núcleo básico de las finalidades del Estado. Esta idea de la importancia de estos derechos y de la consideración de los mismos como núcleo básico al servicio del cual —y cuya única razón de existencia— están el Estado-norma y el Estado-institución, es una perspectiva fundamental para entender el tema que vamos a tratar.

En el artículo 53 CE se establecen algunas de las más importantes garantías para que estos derechos fundamentales se cumplan. Entre ellas hay que hacer mención de la directa aplicabilidad de los mismos (art. 53.1 CE), la reserva de ley a su regulación, así como la garantía de su contenido esencial, como límite al legislador, la protección judicial mediante un procedimiento específico basado en los principios de preferencia y sumariedad respecto a algunos de estos derechos (art. 53.2 CE) y, en su caso, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Cierto es que no son éstas las únicas garantías que protegen los derechos fundamentales. Además, hay garantías de carácter normativo, como por

ejemplo, los efectos de la cláusula interpretativa del art.10.2 CE, la reserva específica de ley orgánica para algunos de estos derechos (art. 81 CE), la rigidez constitucional establecida en el Título X de la Constitución, especialmente para los derechos contenidos en la sección primera del Capítulo II del Título I, así como los controles normativos que ejerce el Tribunal Constitucional —recurso directo de inconstitucionalidad, cuestión de inconstitucionalidad, y control de tratados internacionales—, y también el control normativo que ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los reglamentos.

Por su parte, otros preceptos constitucionales establecen importantes garantías institucionales respecto al cumplimiento de los derechos fundamentales: por ejemplo, la institución del Defensor del Pueblo (art. 54 CE), el Ministerio Fiscal (art. 124 CE) o las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104 CE). Asimismo, el artículo 24 CE, que a su vez tiene carácter de derecho fundamental, garantiza la tutela judicial ordinaria. Finalmente, en aplicación de tratados firmados por España, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garantizan también jurisdiccionalmente algunos de estos derechos.

Así pues, la preocupación del constituyente por la garantía de los derechos fundamentales se manifiesta en muy diversos preceptos constitucionales y, de manera muy especial, como hemos visto, en el artículo 53 CE, poniendo así de manifiesto una vez más que la finalidad de la Constitución, su principal *telos*, es la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Estos preceptos ponen también de relieve las preocupaciones del constituyente. No hay que olvidar que la Constitución se elabora en momentos en los cuales son muy recientes, en el tiempo y en la memoria, el régimen dictatorial anterior fundado, entre otros principios que inspiraban su filosofía, en la negación de los derechos individuales. Garantizar estos derechos fue —junto a instaurar la democracia representativa y el sistema autonómico— la principal preocupación del constituyente.

Por otro lado, si bien la Constitución marcaba de forma muy radical la ruptura con el sistema anterior, la administración judicial y los hombres que desempeñaban estas funciones seguían en sus cargos. De unos jueces acostumbrados a una legalidad filosóficamente opuesta a la que se estaba fundando, no esperaban los constituyentes una correcta aplicación del nuevo ordenamiento jurídico que debía desarrollarse a partir de la Constitución. Esta fue la razón que impulsó al constituyente a instaurar un recurso, llamado de amparo, con el fin de reparar violaciones individuales de derechos, radicado en un órgano jurisdiccional que en principio sólo debía poner fin como instancia última a contiendas entre instituciones por razón de conflictos entre leyes o de conflictos de competencia entre entes y órganos. Ciertamente, un procedimiento especial

para la defensa de determinados derechos constitucionales ante una instancia con las características del Tribunal Constitucional —que no forma parte del Poder Judicial— sólo se explica —y los antecedentes de la Constitución Española de 1931 y del Tribunal Constitucional alemán instaurado por la Ley Fundamental de Bonn, tienen la misma razón y el mismo origen— por la desconfianza del constituyente respecto a la aptitud de los jueces para aplicar en toda su dimensión la nueva Constitución.

Esta preocupación por la protección de los derechos fundamentales, comprensible debido al momento histórico al que hemos hecho referencia, hace que, además del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se introduzca un mecanismo judicial distinto al ordinario. La alusión a un recurso preferente y sumario al que hace referencia el artículo 53.2 CE, es fruto de estas preocupaciones por reforzar la protección de los derechos.

A su vez, esta preocupación era muy viva en determinadas fuerzas políticas que reclamaban ya en las primeras Cortes democráticas, en julio de 1977, una regulación urgente para esta materia con carácter previo a la entrada en vigor de la Constitución. Ello da lugar a que en los Pactos de la Moncloa firmados por todas las fuerzas políticas, y determinadas fuerzas sociales, en octubre de 1977, se incluyera el compromiso del Gobierno en sacar adelante una ley de protección específica de los derechos. Con indudable retraso ello se produce, una vez ya aprobado el texto constitucional pero antes de su entrada en vigor, con la promulgación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, publicada el 3 de enero de 1979. Con lo cual nos encontramos con una norma de carácter preconstitucional —por un día de diferencia—, pero que es publicada con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.

No era un secreto que tal norma respondía de hecho al procedimiento preferente y sumario al que se refiere el artículo 53.2 CE, aunque en su primera redacción no se garantizaran todos los derechos que exigía tal precepto. Mediante un decreto legislativo posterior (Decreto Legislativo 1/1979, de 20 de febrero), se amplió el número de derechos a proteger aunque, sin darse cuenta el legislador, en estos momentos ya postconstitucionales, que el desarrollo de los derechos, según preceptuaba la Constitución, sólo podía llevarse a cabo mediante una ley orgánica. A este error que ponía en cuestión el decreto legislativo que había ampliado los derechos protegidos puso fin, de manera, ciertamente, un tanto singular y con un técnica legislativa sin duda criticable, la Disposición Transitoria 2.^a2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. De este modo, con esta ampliación del ámbito material del recurso hasta lo previsto en el artículo 53.2 CE, además, se iguala dicho ámbito con el del amparo constitucional. Ello da lugar a que se denomine amparo ordinario al recurso

preferente y sumario y amparo constitucional al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, denominación impropia pero que no deja de tener su razón de ser dada las funciones que desarrollan ambos procedimientos en su jurisdicción respectiva.

Las vacilaciones y la confusión relativa con la que nació este procedimiento han dado lugar a notorios abusos. No cabe la menor duda que este procedimiento debido a la rapidez y a la fuerza que confería al juez frente a la Administración —tema que después desarrollaremos— daba lugar a muchos recursos temerarios de los cuales los litigantes querían aprovecharse. A esta confusión general pusieron coto, con cierto retraso, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero en la raíz de los mismos se encuentran algunos defectos de un texto legal —la antes citada Ley 62/1978, en adelante LPJ— con carácter marcadamente provisional que alarga excesivamente esta provisionalidad. Naturalmente esta provisionalidad va ligada también a que su revisión quiere hacerse —y debe hacerse— junto con una reforma global de la jurisdicción contencioso-administrativa. A la espera de esta reforma global, que parece que no va a tardar en el tiempo, el libro del catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra, Marc Carrillo *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios* (Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, 426 págs.) es, sin duda, un libro extremadamente oportuno.

Sobre este tema, se habían escrito trabajos de gran interés: baste recordar obras como las de Javier Salas Hernández, Joaquín Tornos Mas, Razquin Lizarra, López Font Márquez, Senes Montilla o Gimeno Sendra y Garberí Llobregat. Muy especialmente deben destacarse los dos libros de Joaquín García Morillo que fueron dos hitos en el estudio del tema: *El amparo judicial de los derechos fundamentales* (Ministerio de Justicia, Madrid, 1985), y su reciente obra *La protección judicial de los derechos fundamentales* (Tirant lo Blanch, Valencia, 1994). En ambos, el autor abordaba los muy variados problemas que plantea tal temática en el ordenamiento español.

El estudio de Marc Carrillo, sin embargo, tiene como innovación principal el que toda la problemática, en relación con la LPJ, está enfocada desde la perspectiva de su aplicación judicial. Ello quiere decir que se trata básicamente de una obra que sistematiza las soluciones que los jueces ordinarios, muy especialmente el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, y el Tribunal Constitucional han dado a los problemas que suscita el procedimiento preferente y sumario de amparo judicial de derechos. Ello hace que estemos ante una investigación que plantea todos los problemas que la práctica judicial ha ofrecido, ordenando las aportaciones que los jueces han hecho a la misma. Este enfoque es, sin duda, el gran mérito —y también el límite— del libro de Carrillo.

Dicho todo ello, en esta crítica, que no pretende reflejar todos los problemas tratados en este libro, nos limitaremos a señalar, en primer lugar, la configuración general del procedimiento de protección de derechos fundamentales previsto en la LPJ, según lo expone el autor; en segundo lugar, los problemas derivados de la admisión del recurso, ya que en las condiciones de admisibilidad podemos encontrar algunas peculiaridades interesantes; y, en tercer lugar, los problemas y las soluciones jurisprudenciales por las que se ha optado al aplicar la suspensión del acto administrativo impugnado, una de las principales novedades de la ley. La exposición de estas tres partes, que creemos son las de mayor interés del libro de Carrillo, nos permitirán extraer unas conclusiones sobre la actualidad y el futuro del procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE.

I

El profesor Carrillo hace un planteamiento general de la materia en la que incluye el estudio de la LPJ en el amplio marco de la vinculación de los jueces ordinarios a la Constitución. En efecto, los jueces, en todas sus decisiones, ejercen un juicio de constitucionalidad. Ello quiere decir que lo ejercen no sólo en sus sentencias, sino también en sus autos y, muy especialmente, al interponer cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Hay que remarcar que la cuestión de inconstitucionalidad de un juez es algo más que una duda sobre la inconstitucionalidad de una norma, ya que el juez, al plantear tal cuestión ante el Tribunal Constitucional, ha de hacerlo de forma motivada y, en esa motivación, ya se encuentra un determinado juicio de inconstitucionalidad. Por tanto, este marco general de la problemática de los jueces respecto a la constitucionalidad de las normas legales es un primer escenario en el que realiza su análisis el profesor Carrillo.

Por otro lado, Carrillo considera que las novedades más importantes de la LPJ —aparte de las que derivan de su naturaleza jurídica constitucional y que veremos inmediatamente— son principalmente tres: en primer lugar, dicha ley establece recursos ante la jurisdicción ordinaria sin vía previa obligatoria ante la administración pública, lo cual es extraordinariamente novedoso, especialmente en la temprana fecha en la que se aprobó la ley; en segundo lugar, debe subrayarse que la no actuación de la administración pública en el curso del procedimiento no impide la utilización del cauce procesal que permite la ley al recurrente; y, en tercer lugar, y como aspecto también extraordinariamente novedoso en aquellas fechas, modifica el *status* de suspensión de los actos de la administración, estableciendo como regla la suspensión del acto y como excepción su ejecutividad.

A partir de estos planteamientos iniciales, el profesor Carrillo define a este procedimiento de protección de derechos con cuatro notas características: preferencia, sumariedad, especialidad y alternatividad. Vamos a comentar brevemente cómo Carrillo configura estas cuatro notas.

El concepto de *preferencia* está en relación, como su nombre indica, con la tramitación de los recursos ante un determinado juzgado o tribunal. Desde este punto de vista, la tramitación de los recursos en esta vía procedimental debe ser anterior a cualquier otro procedimiento de los planteados ante un mismo órgano jurisdiccional. De ello debe colegirse que los asuntos tramitados en esta vía tendrán mayor rapidez en su resolución que en cualquier otro asunto presentado. Sin embargo, el autor comenta que la efectividad de esta nota de preferencia no es óptima ya que la gran cantidad de asuntos acumulados en los juzgados y tribunales hace que a pesar de este carácter preferente, el proceso, no es, en muchos casos, resuelto con la rapidez pretendida.

El concepto de *sumariedad* ha evolucionado a la luz de las diversas interpretaciones jurisprudenciales. En un primer momento el concepto de sumariedad era entendido en un sentido cuantitativo, es decir, este procedimiento se consideraba sumario en tanto se acortaban los plazos procedimentales y se imprimía mayor celeridad a las diversas resoluciones judiciales previas a la sentencia. En una segunda fase, la concepción de sumariedad fue entendida en un sentido cualitativo, es decir, como equivalente a cognición: el procedimiento debe limitarse a aquello que constituye su objeto, o sea, al restablecimiento de los derechos fundamentales tal como son definidos en la Constitución. Esta idea de sumariedad como cognición es la que en la actualidad prevalece. Ahora bien, de la ley no se desprende este concepto; éste sólo se desprende de ella si tal ley es interpretada a la luz del artículo 53.2 de la Constitución, lo cual no deja de ser, por lo menos formalmente, incorrecto, ya que como hemos visto la ley tiene carácter preconstitucional. Sin embargo, esta interpretación, que es la que defiende el autor, no parece correcta si tenemos en cuenta, como ya hemos explicado anteriormente, que el carácter preconstitucional de la LPJ es únicamente formal y que, por tanto, una interpretación favorable a la función que constitucionalmente realiza tal ley está perfectamente de acuerdo con el sentido profundo del ordenamiento constitucional.

El punto más complejo de los aquí implicados es la diferencia que este carácter cognitivo da a lo que es protección de los derechos fundamentales definidos por la Constitución y a lo que son meras cuestiones de legalidad. Esta es posiblemente la cuestión más difícil de resolver en este procedimiento. Más adelante al tratar de las reflexiones del autor del libro sobre el juicio de admisibilidad del recurso volveremos sobre este muy difícil y complejo asunto.

La tercera nota característica es la nota de *especialidad*. Ello quiere decir que este procedimiento está acotado desde dos puntos de vista: primero, desde un punto de vista material, debe circunscribirse a los derechos regulados en los artículos 14 a 29 de la Constitución y, segundo, debe ceñirse, como decíamos en el párrafo anterior, a las lesiones de estos derechos según han sido declarados constitucionalmente, no como han sido desarrollados legalmente. Advertíamos, y volveremos a insistir en ello, de la dificultad —o, tal vez, de la imposibilidad— de deslindar ambos planos. A su vez, la especialidad implica también que la LPJ establece tres cauces procedimentales distintos. Uno, y el más importante, en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa; pero también prevé la ley posibles lesiones por parte de particulares de los derechos fundamentales que deben ser planteados ante las jurisdicciones civil o penal, estableciendo para ello en la ley una reducción de los plazos para responder a la necesidad de proteger realmente los derechos fundamentales lesionados.

Esta nota de especialidad es la que mayores problemas plantea desde el punto de vista funcional ya que los recurrentes suelen, para aprovecharse de las ventajas de este procedimiento, no ajustarse a este criterio y presentan recursos en esta vía de forma irresponsable y temeraria.

Por último, la nota de *alternatividad* plantea cuestiones diversas que también han sido resueltas de forma diversa, durante la aplicación de esta ley.

Esta nota de alternatividad debe contemplarse desde la postura del recurrente. En efecto, según es obvio, el recurrente puede optar por dos procedimientos: por el preferente y sumario de la LPJ, o por el procedimiento ordinario ante la jurisdicción contencioso-administrativa (y, en su caso, ante las administraciones civil o penal). ¿Cabe entonces pensar que el recurrente tiene un auténtico derecho de opción? La contestación afirmativa parece evidente: el recurrente puede decidir sobre cuál es el procedimiento que más conviene a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ahora bien, el recurrente debe saber también que en la vía preferente y sumaria defiende derechos definidos constitucionalmente y en la vía ordinaria puede defender intereses y derechos provenientes de meras normas legales.

Una extendida práctica procesal ha consistido en que el recurrente demandaba lo mismo utilizando ambas vías con el objeto de escoger aquella resolución que fuera más conveniente a sus intereses. Esta práctica, que se ha utilizado en los primeros años de aplicación de la ley, y que aún sigue utilizándose, aunque con mucha menor frecuencia, no parece correcta ya que, como dice el profesor Carrillo, los efectos de cosa juzgada de la primera resolución que se falle —lógicamente el procedimiento interpuesto por la vía de la LPJ— no debe permitir un nuevo pronunciamiento judicial sobre la materia si ésta abarca, y no diferencia, legalidad y constitucionalidad.

Por tanto, no hay dudas sobre el carácter optativo de ambas vías: se puede optar por el preferente y sumario o se puede optar por el recurso ordinario. Ahora bien, ¿puede haber simultaneidad entre ambas vías? Sin duda puede haberla pero con condicionantes y límites. En primer lugar, al optar por ambas vías simultáneamente, en cada una de ellas debe establecerse una petición distinta, siguiendo la lógica de lo que estamos explicando: constitucionalidad en un caso y legalidad en otro. Ello implica la imposibilidad de plantear de forma sucesiva una y otra vía basándose en el mismo objeto. En segundo lugar, mientras se esté tramitando la vía preferente y sumaria no deben suspenderse los plazos del recurso ordinario.

En el caso de que se desestime la petición hecha en el procedimiento de la vía preferente y sumaria la consecuencia es doble. Primero se da por concluida la vía judicial y puede tener lugar ya, en su caso, la interposición de recurso de amparo ante del Tribunal Constitucional, dado que el objeto del recurso preferente y sumario y el objeto del recurso de amparo constitucional es idéntico. En segundo lugar, en el caso de desestimación de la petición formulada en la vía preferente y sumaria, en la otra vía, en la del procedimiento ordinario, ya no se puede obtener una resolución sobre materia de derechos fundamentales constitucionales sino simplemente una resolución sobre cuestiones de legalidad dado que opera, sobre esta segunda, la fuerza de cosa juzgada de la sentencia obtenida en la primera vía.

Estas conclusiones le permiten a Carrillo deducir que la vía preferente y sumaria no debe ser un procedimiento excepcional sino que debe convertirse, en el futuro, en el procedimiento ordinario de defensa de los derechos fundamentales previo al procedimiento de amparo constitucional, dada la identidad de objetos de ambos. Lo excepcional, dice Carrillo, son procedimientos especiales *strictu sensu* por la naturaleza de los derechos a defender —como es el caso del derecho de reunión, que en la LPJ tiene unos plazos extraordinariamente reducidos—, como es también la libertad y seguridad personales protegidas a través del procedimiento de *habeas corpus*, previsto en la Constitución, o, en fin, como es también la protección del derecho de sufragio ante el contencioso electoral. En los demás derechos la vía habitual y normal, y en ningún caso excepcional, debería ser el procedimiento preferente y sumario, que podría conducir, en su caso, en última instancia, al recurso de amparo constitucional dado que, como mantiene un sector cada vez más importante de la doctrina, el Tribunal Constitucional es supremo en materia de derechos fundamentales. Ahora bien, no se le escapa a Carrillo, la dificultad de acotar tanto lo que es objeto del recurso preferente y sumario como lo que es objeto del recurso de amparo constitucional, es decir, la diferenciación entre derechos declarados constitucionalmente y cuestiones de mera legalidad con referencia a estos mismos derechos.

II

El segundo tema que consideramos clave en toda la problemática que presenta la LPJ, lo trata el autor a través de la jurisprudencia que se deriva de los autos de admisión o inadmisión del recurso.

La LPJ no prevé trámite de admisión de los posibles recursos. Ello comportó que en una primera fase el Tribunal Supremo considerara que el trámite de admisión no era procedente en este procedimiento especial, debido a la voluntad de acelerar todo el procedimiento que se desprendía de la ley. En todo caso, reflexionaba el Tribunal Supremo, era en el momento de dictar sentencia que el Tribunal debía manifestar si el recurso era improcedente. Ello comportó que se abusara de este procedimiento por parte de recurrentes que, sin las mínimas esperanzas de admisibilidad, lo iniciaban con el único fin de conseguir un auto de suspensión del acto de la Administración que se impugnaba en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la LPJ. Debido a estos abusos el Tribunal Supremo reconsideró la posición anterior y teniendo en cuenta que la ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa era norma supletoria de este procedimiento, aplicó su artículo 62.1.a) que prevé que el Tribunal puede declararse incompetente. Desde este punto de vista, el Tribunal Supremo consideró que el recurso no debía ser admitido si no ofrecía un mínimo de los elementos configuradores necesarios para optar por tal vía procesal.

A estos efectos, el profesor Carrillo, en su minuciosa investigación jurisprudencial, selecciona autos y sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas para averiguar los criterios que utilizan los órganos judiciales para admitir o no esta vía procesal. Estos criterios los sistematiza Carrillo suministrando así diversas pautas jurisprudenciales.

a) *Afectación de un derecho fundamental.* Ya en una temprana sentencia (STS de 14 de agosto de 1979) se establece la necesidad de que existan dos elementos para optar por esta vía. Primero, que se afecte a un derecho fundamental y, segundo, que esta afectación sea lesiva para tal derecho.

b) El objeto del proceso son *las cuestiones de constitucionalidad y no las de legalidad.* Este es un punto clave para la correcta aplicación de esta ley. Sin embargo, de la investigación de Carrillo no se deduce que la jurisprudencia haya aclarado suficientemente aquello que entra dentro del ámbito de la legalidad diferenciándolo de aquello que forma parte del ámbito de la constitucionalidad. Es muy sencillo ir repitiendo, a modo de estribillo, que el objeto del procedimiento que tratamos son las cuestiones de constitucionalidad y no las de mera legalidad. Ahora bien, distinguir claramente entre unas y otras no es tarea fácil ya que conceptualmente la frontera que las delimita no es, ni mucho

menos, clara y concreta. No obstante, de la doctrina del Tribunal Constitucional cabe deducir que una materia tiene naturaleza constitucional —y, por tanto, es susceptible de ser substanciada en la vía procesal regulada en la LPJ— si de ella se deriva la vulneración de un derecho fundamental. De esta afirmación tan genérica no cabe deducir, sin embargo, una distinción evidente entre cuestiones legales y cuestiones constitucionales.

También algunos Tribunales Superiores han suministrado ciertas pautas para efectuar tal distinción. Así, el TSJ de Murcia establece que en el caso de que previamente se haya de analizar la legalidad del acto impugnado, para demostrar más adelante su inconstitucionalidad, no se puede considerar que tal acto pueda ser objeto de un juicio de constitucionalidad como el que exige la LPJ. En consecuencia, en este punto clave para dilucidar uno de los aspectos más oscuros de la ley se puede decir que la jurisprudencia apenas ha suministrado criterios que permitan deducir con sencillez tan importante distinción.

c) *Trámite de admisión y derecho a la tutela judicial.* Como es sabido el derecho a la tutela judicial contiene, entre otros elementos, el derecho a obtener una resolución judicial fundada en derecho y expresada en forma de auto o sentencia. Tampoco es fundada en derecho si incurre en arbitrariedad o irrazonabilidad, lo cual no sucede cuando el razonamiento está de acuerdo con la Constitución y va en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Carrillo sistematiza la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la inadmisión de un auto puede suponer la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, por tanto, los autos de admisión, en el caso que nos ocupa, pueden vulnerar tal derecho. Cuatro criterios establece, según Carrillo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para establecer que ha habido vulneración: 1) cuando se ha estimado inaplicable un procedimiento que sí lo era; 2) cuando se ha incurrido en un error patente; 3) cuando la normativa no se ha interpretado en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental y ello ha impedido entrar en el fondo del asunto; 4) cuando el órgano judicial ha obviado pronunciarse sobre la impugnación de un recurso pasando directamente a resolver la cuestión de fondo.

d) *Exigencia de argumentación y no simple invocación formal del derecho lesionado.* Para que un recurso sea admitido en esta vía, el recurrente no debe simplemente invocar que se ha lesionado un derecho fundamental sino que debe: 1) justificar razonadamente la vulneración del derecho; 2) justificar que no se ha vulnerado simplemente la legalidad, y 3) justificar que concurren los motivos que posibilitan iniciar la vía del procedimiento preferente y sumario.

e) *Actitud antiformalista en la admisión del recurso.* La jurisprudencia ordinaria —siguiendo las pautas de la jurisprudencia constitucional— ha tra-

zados unos criterios que pretenden impedir que un exceso de formalismo —aquello que el Tribunal Constitucional ha llamado «formalismo enervante»— impida el derecho al recurso.

A este respecto, Carrillo señala tres criterios mantenidos por la jurisprudencia. Primero, dado que la finalidad del ejercicio del recurso, como elemento que es de la tutela judicial, es un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, el órgano judicial debe ser flexible respecto a las incorrecciones formales, propiciando la subsanación de errores de este carácter con el fin de hacer posible que el órgano judicial se pronuncie sobre la cuestión de fondo. En segundo lugar, también la jurisprudencia ha expresado la necesidad de que en caso de duda sobre la admisión de un recurso, el órgano judicial competente debe optar por facilitar la admisibilidad del mismo. Es decir, *in dubio pro admisión* del recurso. En tercer lugar, los criterios de admisibilidad deben tener en cuenta la fuerza intrínseca de los hechos y la proporcionalidad como criterio para tratar de forma diferente la defectuosidad de los actos. Siguiendo estos criterios, el juez debe admitir el recurso cuando los hechos que han dado lugar al mismo impidan claramente el ejercicio del derecho. Y a su vez, el juez debe evaluar, también, las posibilidades de que el acto impugnado pueda ser subsanado; ahora bien, si ello causa perjuicios al recurrente o a terceros, el recurso debe ser admitido.

f) *La inadmisión no es una sanción.* El auto de admisión o inadmisión debe considerarse simplemente como una garantía objetiva del procedimiento cuya finalidad no debe ser otra que la defensa de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. En consecuencia, tal acto no debe representar ni una penalización al recurrente ni una ayuda al autor del acto recurrido. Garantía de esta objetividad es la atribución de la potestad de admisión al juez que, a su vez, deberá realizar tal tarea en forma de auto motivado.

A partir de esta función objetiva de la admisibilidad, el Tribunal ha considerado lo siguiente: 1.º El facilitar la subsanación de errores no es un acto discrecional del juez sino un imperativo de su función de tutela judicial de los derechos. 2.º La providencia mediante la cual el Tribunal insta al recurrente a la subsanación del error debe procurar: 1) no alterar el procedimiento principal iniciado; 2) evitar descompensaciones procesales entre las partes (por ejemplo, prolongando innecesariamente el proceso); 3) no dar auxilio judicial a actitudes negligentes del recurrente.

g) *La inadmisión de un recurso por cauce procesal erróneo.* En los procedimientos judiciales el criterio general en caso de que el cauce procesal escogido sea erróneo consiste simplemente en la inadmisión del recurso sin subsanación posible. Sin embargo, cuando la vía judicial utilizada, aun no siendo la adecuada, sea la prescrita por la LPJ, y se produzca una afectación lesiva de

un derecho fundamental por causa de resolución judicial, la inadmisión será equivalente a una violación del derecho fundamental y se entenderá agotada la vía judicial.

h) Causa de inadmisión y legitimación. El Tribunal Constitucional ha puesto en relación la inadmisión de un recurso con la legitimación respecto al mismo, considerando que en el caso de que se vulneren derechos fundamentales y la causa de inadmisibilidad sea la supuesta falta de legitimación, el Tribunal Constitucional ha de entrar a examinar la misma ya que si esta falta de legitimación hubiera sido incorrectamente apreciada por el Tribunal ordinario quedarían sin protección efectiva los derechos fundamentales, con lo cual una simple formalidad —importante a muchos efectos, pero formalidad al fin— primaría sobre la protección efectiva de los derechos fundamentales. Esta doctrina del Tribunal Constitucional es de aplicación, también, a los tribunales ordinarios.

i) Enjuiciamiento de la causa de inadmisión por el Tribunal Constitucional. El enjuiciamiento de las condiciones de admisión que un recurso debe requerir forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. Por tanto, la vulneración de los requisitos o las razones de la admisión suponen una vulneración de la tutela judicial.

j) La incompetencia del Tribunal no determina la inadmisión del recurso. En los supuestos en que la incompetencia del Tribunal sea manifiesta la resolución que éste efectúe no debe limitarse a la inadmisión del recurso sino que debe también orientar al ciudadano sobre la vía judicial pertinente.

De lo expuesto, siguiendo el libro que comentamos, caben hacer dos reflexiones. Por un lado, la jurisprudencia no ha sabido suministrar criterios precisos sobre una de las principales dificultades para aplicar la LPJ: la célebre distinción entre cuestiones de constitucionalidad y cuestiones de mera legalidad. Los puntos de vista reseñados no orientan lo suficiente para resolver tan arduo y confuso problema. Desde este punto de vista, la lectura de la excelente investigación que Carrillo ha realizado, resulta frustrante.

La segunda reflexión es más optimista. La jurisprudencia ha tenido en cuenta el valor superior que tiene la protección de los derechos fundamentales como objetivo principal en la actuación de los órganos estatales. A este respecto cabe destacar el carácter preferente mediante el cual —interpretando correctamente el *telos* constitucional— son considerados los derechos fundamentales frente a otras cuestiones que, por el solo hecho de ser contrastadas con derechos fundamentales, son consideradas como secundarias. Desde este punto de vista, la interpretación jurisprudencial responde a una configuración de la Constitución jurídicamente coherente.

III

El tercer gran tema que aborda Marc Carrillo es el de la problemática respecto a la suspensión del acto administrativo impugnado. Esta es quizá la principal innovación de la LPJ: la regla general es la suspensión del acto o disposición como medida cautelar y la excepción es la no suspensión por razones fundadas en el interés público. El motivo de tal medida cautelar está en que la eficacia administrativa, por su inferior rango entre los bienes constitucionales, no puede actuar en detrimento de un bien superior: la protección de los derechos fundamentales. La medida cautelar de la suspensión no es otra cosa que una previsión que se hace como garantía de bienes jurídicos que se consideran de suficiente importancia como para estar necesitados de protección y no expuestos a que la ejecutividad de un acto administrativo produzca efectos irreversibles. Así las medidas cautelares no son otra cosa que un instrumento para evitar que la justicia pierda eficacia por causa de la demora en resolver una causa: una justicia que llega tarde no es otra cosa que una puerta abierta a la más flagrante injusticia.

Esta innovación de la LPJ pone de manifiesto la crisis en la cual se encuentra, en virtud de la profundización del Estado de Derecho que supone el desarrollo constitucional, el principio de autotutela administrativa. Hasta la Constitución la fuerza de la autotutela era indudable y se ponía de manifiesto, entre otros preceptos, en el artículo 122.1 LJCA y en los artículos 33 y 34 LRJAE. En ellos el criterio general era la ejecutividad del acto y la excepción la suspensión del mismo. El cambio en la legislación española se produce precisamente a partir del artículo 7 de la LPJ, en el cual se establece, como criterio general, la suspensión del acto impugnado y, como excepción, la no suspensión del mismo en caso de que se aprecie un notorio interés colectivo. Es cierto que recientemente esta evolución hacia la equiparación entre los derechos del ciudadano y la Administración Pública, recortando decisivamente los poderes que ésta tenía en virtud del principio de autotutela administrativa, se ha intentado frenar en la Ley Orgánica de Protección de Seguridad Ciudadana (LOPSC) que suprimió el párrafo 5 del artículo 7 de la LPJ, intentando así frenar esta tendencia. La sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LOPSC, si bien no declara inconstitucional este precepto, realiza una interpretación favorable del mismo dejando claro, en cualquier caso, que no se trata de una formulación del viejo principio, sin cabida en nuestro Estado de Derecho Constitucional, *solve et repete*. La evolución legislativa posterior confirma que no se da marcha atrás en el recorte de facultades injustificadas de la Administración y ello se pone de relieve en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Las medidas cautelares son una garantía adicional de los derechos fundamentales que escapan a los mecanismos clásicos de protección judicial. Además de esta naturaleza garantista también poseen, como es sabido, carácter jurisdiccional, urgente, provisional, instrumental, y debe ser el juez quien, en una operación ponderativa, debe valorar su procedencia en función de la defensa de los derechos fundamentales afectados y de los intereses generales.

No deja de ser significativo que el legislador haya regulado de manera distinta, en este aspecto, el recurso preferente y sumario —llamado amparo ordinario, del cual estamos tratando— del recurso de amparo constitucional. En el caso del amparo ordinario la suspensión es preceptiva salvo perjuicio grave del interés general. En el amparo constitucional —o amparo propiamente dicho— la suspensión deberá acordarse sólo cuando la ejecución del acto pueda ocasionar un perjuicio que haga perder al amparo su finalidad. Así pues, en el segundo caso, la suspensión es la excepción mientras que, en el primero, es la regla.

Debe destacarse, con carácter general, la necesidad actual de medidas cautelares en la Administración de Justicia. El autor considera que las causas de esta necesidad se encuentran en la complejidad del Estado Social organizado como Estado prestacional, en el aumento de normas jurídicas, en las dificultades de su aplicación y en la lentitud de la justicia. No olvidemos, además, el fundamento desde la perspectiva de la teoría procesal de las medidas cautelares: la necesidad de que el Estado asegure temporalmente, y sin prejuzgar el resultado del procedimiento principal, bienes jurídicos necesitados de protección frente a las peticiones de parte. Las medidas cautelares no son, por tanto, un derecho subjetivo autónomo, separado del derecho a la tutela judicial efectiva, sino un derecho subjetivo que forma parte, como un elemento más, de dicha tutela judicial.

El autor señala tres grandes criterios de motivación de una medida cautelar: el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y cláusula del interés general. El primer criterio —la apariencia de buen derecho— ha sido incorporado recientemente al derecho español, especialmente a raíz de la famosa Sentencia FACFORTIME, del Tribunal de Justicia de las Comunidades, de 19 de junio de 1990. Los otros dos criterios son los tradicionales en nuestro derecho: la justificación de la suspensión por los perjuicios de reparación imposible o difícil —el *periculum in mora*— y la cláusula del interés general a favor de la Administración, que recoge el artículo 7.4 de la LPJ. El profesor Carrillo advierte que, en cualquier caso, es necesario que dada la complejidad del mundo jurídico actual, el legislador o el aplicador del derecho arbitren soluciones mediante la tutela cautelar con mayor capacidad de hacer justicia que las actualmente existentes.

Ante ese panorama, se ha reformulado el principio de ejecutividad de los

actos de la Administración. El Tribunal Supremo ha precisado esta nueva formulación en el sentido de que debe prevalecer la no ejecutividad inmediata del acto o disposición de acuerdo con los siguientes criterios: primero, la decisión de ejecutar debe interpretarse restrictivamente porque el principio de igualdad quita privilegios a la Administración cuando actúa como parte de un proceso; y, segundo, porque si el acto sancionador se ejecuta sin obstáculo alguno la tutela judicial que ampara el artículo 24.1 CE no es plena y real. En definitiva, la jurisprudencia ha venido a reconocer que la Constitución había afectado al principio de autotutela a partir de alguno de sus preceptos: primero, el valor del principio de igualdad; segundo, la eficacia normativa de la Constitución respecto de los poderes públicos y de particulares (art. 9.1 CE); y, tercero, el derecho a la tutela judicial efectiva.

En conclusión, las medidas cautelares son una garantía adicional de los derechos fundamentales y deben ser aplicadas de acuerdo con los principios de proporcionalidad y de ponderación de los bienes en cuestión. Sin embargo, esta proporcionalidad y ponderación debe tenerse muy en cuenta en el momento de adoptar medidas cautelares si no queremos favorecer los abusos de este procedimiento, al que se acude muchas veces con una sola finalidad: la suspensión de la ejecución del acto.

Partiendo de este marco general, el profesor Carrillo investiga con gran minuciosidad la jurisprudencia de los tribunales al respecto, y apunta las causas que legitiman la suspensión del acto impugnado o, por el contrario, las causas que legitiman la no suspensión por motivos de interés general. En cualquiera de todos estos supuestos, el margen de apreciación del juez es importante, el cual debe redistribuir la carga de la prueba entre los particulares y la Administración, a los efectos de así responder a la exigencia de igualdad entre las partes.

No es el momento, ni hay espacio, para reseñar los supuestos casuísticos sobre los que Carrillo ha investigado. Ahora bien, sería injusto no señalar el brillante esfuerzo del autor para, a través de la jurisprudencia, llegar a la conclusión de que la suspensión del acto no debe ser automática —con lo cual se pueden frenar los abusos—, ya que si bien la autotutela —por el positivo cambio de filosofía del Estado de Derecho— está en crisis, el juez garante de la legalidad, debe integrar en su razonamiento el principio de nuestra Constitución que declara que la Administración sirve con objetividad los intereses generales (art. 103 CE). En consecuencia, la equiparación procesal entre Administración y ciudadanos debe tener en cuenta, si quiere ser coherente, el lugar que ambos ocupan en el sistema constitucional.

IV

En conclusión, el libro de Marc Carrillo presenta un perfecto estado de la cuestión del tema y toma partido en los problemas más debatidos. Mirando al futuro, Carrillo cree que la protección de los derechos fundamentales debe ser competencia de juez ordinario, a cuyo servicio deben ponerse los instrumentos necesarios para que resuelva con eficacia cualquier vulneración de los mismos, quedando, por tanto, como único juez extraordinario el juez constitucional. Desde este punto de vista, no puede separarse la problemática del recurso preferente y sumario del recurso —éste sí extraordinario— de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Del libro de Carrillo puede deducirse que en la actualidad, el procedimiento de la LPJ es bastante preferente y borrosamente sumario. Si por preferencia entendemos celeridad, la eficacia del procedimiento, en la práctica, deja mucho que desear. Sin embargo, esta nota es achacable no tanto al procedimiento que prevé la LPJ, sino al lento procedimiento del aparato judicial en general. Desde otro punto de vista, si por preferente entendemos que pretende en primer lugar la protección y el aseguramiento de los derechos fundamentales, la aplicación judicial es coherente con este planteamiento. Como hemos examinado, esta *preferred position* de los derechos fundamentales está presente en toda la jurisprudencia, desde luego constitucional pero también judicial.

Por otro lado, si decimos que el procedimiento es borrosamente sumario lo decimos no en el sentido de celeridad sino de cognición. En esto, la jurisprudencia no ha sabido suministrar sólidos criterios. Ceñir el procedimiento al plano de la constitucionalidad —y no al de la legalidad— cuando no hay criterios claros sobre esos ámbitos, lleva a soluciones casuísticas, atentatorias de la seguridad jurídica y que, en definitiva, contribuyen al desprestigio del Derecho y, más en concreto, del poder judicial.

Por último, el libro plantea, como tema de fondo, la relación entre doctrina y jurisprudencia en las investigaciones sobre materias jurídicas. No es nada nuevo decir que sólo de la combinación de una y otra saldrá una ciencia y una práctica del Derecho a la altura de las necesidades sociales de una época y un lugar. Sin embargo, quizá hay que seguir diciéndolo. De la situación preferente o de honor de los derechos fundamentales ha tratado, con insistencia, la doctrina, en los últimos años. La jurisprudencia ha captado el mensaje y lo ha aplicado con contundencia. A pesar de meritorios apuntes sobre el tema, la separación entre lo constitucional y lo legal no está clara para la doctrina: la jurisprudencia anda ahí igualmente confusa. Piénsese en ello. Ambas, sin duda, se necesitan. Pero sin ciencia no hay jurisprudencia, sin teoría no hay práctica. Y, ciertamente, en el caso del Derecho, también a la inversa.