

NATURALEZA JURIDICA Y OBJETO PROCESAL DEL RECURSO DE AMPARO

VICENTE GIMENO SENDRA

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES Y FUENTES LEGALES.—2. NATURALEZA JURÍDICA. A) Naturaleza del Tribunal Constitucional. B) El objeto procesal del recurso de amparo. a) El recurso de amparo contra los actos del Poder legislativo y las violaciones del derecho a la objeción de conciencia. a') El recurso de amparo contra actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales. b') El recurso de amparo contra las disposiciones, actos y vías de hecho del Poder Ejecutivo. a'') La pretensión de amparo ante los Tribunales de lo contencioso y ante el Tribunal Constitucional. b'') Naturaleza del proceso de amparo ante los Tribunales de lo contencioso. c'') Conclusiones.

1. ANTECEDENTES Y FUENTES LEGALES

Previsto en la Constitución española (arts. 161, b); 162, b); 164, 1, y 53, 2.º), el recurso de amparo ha sido instaurado en el ordenamiento español por la LOTC (arts. 41 y ss.), que ha de ser completada en esta materia por la Ley de 26 de diciembre de 1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

La creación del recurso de amparo no ha sido una novedad en nuestro ordenamiento, sino, antes al contrario, como es sabido, ya existió en la Constitución republicana de 1931 (arts. 121, b); 123 y 105) (1), cuyos precedentes se remontan a la Constitución austriaca de 1920 (art. 144, 1.º) (2) y, sobre todo, a la mexicana de 1917 (arts. 103 y 107) (3), aunque entre todos estos textos legales la configuración actual de nuestro derecho de amparo presente notables diferencias.

Y así, frente al régimen del amparo en la Constitución de 1931, que preveía, como requisito previo a la interposición del recurso constitucional, el acudir a los Tribunales especiales de «urgencia» (art. 104) —Tribunales que, por otra parte, no llegaron nunca a instaurarse—, la vigente Constitución de 1978 no ha sentido la necesidad de crear *ex novo* órgano jurisdiccional alguno.

(1) Comentario de tales preceptos en GARCÍA RUIZ: *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid, 1980, pp. 51-66.

(2) GARCÍA RUIZ: *Op. cit.*, p. 47.

(3) FIX ZAMUDIO: «El Derecho de amparo en México y en España. La influencia recíproca», *REP.*, 7, pp. 245 y ss.

Y si bien la LOTC, al igual que lo dispuesto en este punto por la vigente Ley del Tribunal Constitucional federal alemán (parágrafos 90, 1.º, y 94, 2.º, Cog.) (4), sienta como regla general la obligatoriedad de agotar la vía judicial previa (arts. 43, 1.º, y 44, 1.º, a)), dicha vía judicial no transcurre ante jurisdicción especial alguna, sino ante los Tribunales ordinarios que correspondan en el supuesto del artículo 44 LOTC o ante los de lo contencioso-administrativo, e indistintamente a través del procedimiento común o del especial transitoriamente regulado por la Ley de 26 de diciembre de 1978 (sección 2.ª) (5) cuando concorra el supuesto de derecho previsto en el artículo 43, 1.º, de la LOTC.

2. NATURALEZA JURIDICA

La necesidad de agotar la vía judicial previa para poder suscitar el recurso de amparo ante el Tribunal constitucional ha planteado la duda en la doctrina, consistente en determinar cuál sea su naturaleza jurídica.

Para un primer sector doctrinal, el recurso de amparo constituiría un recurso extraordinario, en virtud del cual el Tribunal Constitucional vendría a conocer en segunda y última instancia (6) de las infracciones a los derechos fundamentales cometidos por los poderes públicos, cuando las tales infracciones no hayan sido ya reestablecidas mediante el denominado por la Constitución proceso preferente y *sumario* (7), que previamente ha de suscitarse ante los Tribunales ordinarios (art. 53, 2.º). De seguir, pues, la mencionada tesis, habría que

(4) Para su examen *vide* VON MUNCH: «El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal Alemana», *REP.* 1979, 7, pp. 277 y ss.

(5) Conforme el tenor literal de la citada disposición transitoria de la LOTC, los procedimientos contemplados en la Ley de 26 de octubre de 1978 poseen naturaleza provisional, lo que parece evidente, puesto ya que la mencionada Ley fue promulgada con anterioridad a la Constitución y, por tanto, no pudo desarrollar el mandato contenido en el artículo 53, 2.º, de la Constitución.

(6) ARAGÓN: «El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978», *REP* núm. 7, 1979, p. 178.

(7) Grave error conceptual este último del legislador constituyente que reputa como «sumario» a un procedimiento que, tanto por la inexistencia de limitación alguna en el conocimiento por parte del Tribunal del objeto litigioso, como por los plenos efectos de la cosa juzgada que alcanzan las sentencias definitivas a través de él pronunciadas, impide configurarlo como «sumario» y obligan a enmarcarlo dentro de la amplia categoría de los procedimientos especiales; sobre el problema *vide*: DE LA OLIVA: «La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978», *RDP* ib-filip, 1978, pp. 412 y ss., y 427 y ss.; ALMA-

distinguir un «amparo ordinario», del que son competentes en primera instancia, para su conocimiento, los Tribunales de lo contencioso-administrativo, y «un amparo especial», cuyo conocimiento compete en segunda instancia al Tribunal Constitucional (8).

Frente a dicha interpretación se han alzado las de GONZÁLEZ PÉREZ (9) y ALMAGRO (10), para quienes la vía judicial ordinaria previa y la constitucional constituyen dos procesos distintos, llegando bajo tal prisma este último autor a reputar como inadecuada la propia denominación de «recurso de amparo», del mismo modo que también lo es la de «recurso contencioso-administrativo» (11).

En realidad, nos dice GONZÁLEZ PÉREZ, se trata el recurso de amparo de un verdadero proceso que mantiene como especialidades el fundamento de la pretensión, la cual ha de basarse necesariamente en normas del Derecho Constitucional, y el órgano jurisdiccional, ante el que se deduce el Tribunal constitucional (12), que constituye una «jurisdicción especial» netamente diferenciada de la «ordinaria» (13). Así, vistas las cosas, el recurso de amparo constituirá un verdadero proceso constitucional, y la naturaleza del proceso «preferente y sumario» del artículo 53, 2.º, C, quedará reducida a la de los presupuestos procesales, viniendo a cumplir similar función a la del «recurso de reposición» en el proceso contencioso-administrativo (14). El fundamento legal de dicha tesis puede encontrarse en la dicción literal de la propia LOTC, que emplea una terminología (art. 43, 1.º: «agotar la vía judicial precedente»; art. 44, 1.º, 1: «agotar todos los recursos») en este punto muy similar a la utilizada por la legislación administrativa.

No obstante la distinta entidad de ambas tesis, un examen más atento de las conclusiones a las que llegan nos revela que la diver-

cro: «Poder judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid, 1978, p. 324, y FAIREN: «El procedimiento "preferente y sumario" y el recurso de amparo en el artículo 53-2.º de la Constitución», *RAP*, 1979, núm. 89, pp. 209 y ss.

(8) PÉREZ TREMP: «El recurso de amparo en la Constitución de 1978», en *El recurso de amparo en el Derecho español*, cit., pp. 282-284; LINDE PANIAGUA: «La instauración del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: la Ley de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona de 26 de diciembre de 1978», *RDA*, 1979, página 588.

(9) *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, pp. 277-279.

(10) *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980, pp. 191-192, 200 y ss.

(11) ALMAGRO: *Op. cit.*, p. 191.

(12) *Op. cit.*, pp. 278-279.

(13) *Op. cit.*, pp. 42 y 75 y ss.

(14) *Op. cit.*, pp. 279, 283-285.

gencia es tan sólo aparente, si se piensa que la calificación de «recurso» o de «proceso» constitucional para designar al de amparo es indiferente, toda vez que cualquier «recurso jurisdiccional» encierra en sí mismo un proceso, al contener una pretensión y una resistencia (15) que el órgano jurisdiccional ha de satisfacer (16) mediante la instauración del contradictorio (17).

Para determinar la naturaleza jurídica del recurso de amparo, la cuestión no estriba, pues, en decidirse por la alternativa «proceso-recurso», sino en diferenciar si el proceso que transcurre ante el Tribunal Constitucional posee, o no, una naturaleza distinta a la de cualquier proceso jurisdiccional, y, en este sentido, la contestación a la enunciada pregunta nos la dará, de un lado, el estudio de su objeto litigioso, es decir, de la pretensión y, de otro, el examen del órgano jurisdiccional de quien deba aquélla recibir satisfacción.

A) Naturaleza del Tribunal Constitucional

La exégesis de los correspondientes preceptos que disciplinan el órgano jurisdiccional, ante el cual deba deducirse la pretensión de amparo, nos revela que el Tribunal Constitucional no constituye jurisdicción especial alguna. Aun cuando por esta última conclusión abonaría la localización sistemática del Tribunal Constitucional en el texto de la Constitución (texto IX), el cual se encuentra situado fuera del título VI, referente al «poder judicial», que el Tribunal Constitucional no constituye jurisdicción especial alguna nos lo muestra el artículo 117, 5, de la propia Constitución, que, al consagrar el principio de unidad jurisdiccional, tan sólo contempla expresamente como jurisdicción especial a la militar, la cual ha de justificar su subsistencia en tanto en cuanto se ciña al ámbito estrictamente castrense, por lo que, si el legislador constitucional le hubiera otorgado dicha configuración, debiera haber hecho expresa mención del Tribunal Constitucional en el citado párrafo 5 del artículo 117 de la Constitución.

Pero es que, además, a la cualificación de una jurisdicción como especial no contribuye tanto un criterio formal o sistemático cuanto un criterio material: la falta de independencia e imparcialidad de los

(15) MONTERO: *Introducción al Derecho procesal*, Madrid, 1979, pp. 205 y 944 y ss.

(16) FAIREN: «El proceso como función de satisfacción jurídica», en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Madrid, 1969, pp. 355 y ss.

(17) Llegando en este sentido algún autor a emplear el término «proceso de impugnación» para designar genéricamente a los recursos. GUASP: *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1977, pp. 708 y ss.

funcionarios integrantes de la jurisdicción especial que posibilita la aplicación interesada del Derecho por parte de la Administración. Dicho en otras palabras, en la jurisdicción especial, aun cuando concurre la nota objetiva de la jurisdicción, es decir, la cosa juzgada, le falta la subjetiva, esto es, la independencia (18) y, en consecuencia, las decisiones adoptadas en ella lo son a través de un procedimiento en el que las cualidades de juez y de parte, que asumen simultáneamente tales órganos seudojurisdiccionales, permiten hablar de la existencia de una fórmula autocompositiva (19).

En el Tribunal Constitucional concurre la nota objetiva de la jurisdicción (arts. 164, C; 86 y ss., LOTC), pero también es un órgano institucionalmente dotado de independencia, la cual se observa tanto en sí mismo, considerado frente a los demás órganos constitucionales (artículo 1, 1.º, LOTC), como en el estatuto interno de sus magistrados, que son inamovibles en el ejercicio de su mandato (art. 159, 5.º, C) y solamente se encuentran sometidos a la Constitución y a su Ley Orgánica (art. 1, 1.º, LOTC). Esta segunda cualidad impide, pues, que el Tribunal Constitucional pueda ser enmarcado dentro de las jurisdicciones especiales, le otorga el carácter de órgano dotado de jurisdicción en el pleno sentido de la palabra (arts. 161, 1.º, C; 1, 1.º, II, y 4, 2.º, LOTC) y permite hablar de la existencia de un verdadero «proceso» para designar al que transcurre ante él para la solución de los conflictos a dicho Tribunal conferidos.

La circunstancia, ello no obstante, de que el estatuto jurídico de sus magistrados no sea el mismo que el de los integrantes del poder judicial, estando en particular excluidos del régimen del autogobierno (art. 159, C), la peculiaridad de las pretensiones sobre las que extiende su competencia, las cuales han de estar siempre fundadas en el Derecho Constitucional (arts. 161, C; 2, 1.º, y 3 LOTC), obligan a pensar que el Tribunal Constitucional está situado fuera del poder judicial; aunque es un órgano integrante de la jurisdicción, no es un Tribunal ordinario, sino que, al igual como sucede con el Tribunal de Cuentas (art. 136, C) y los consuetudinarios y tradicionales, el Tribunal Constitucional pertenece a la categoría de los Tribunales especiales (19 bis).

(18) DE MIGUEL: «La unidad de jurisdicciones en materia penal», en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1977, p. 49; FAIREN: «Notas sobre jurisdicciones especiales», *RDP ib-filip*, 1971, pp. 7 y ss.

(19) Cfr. ALCALÁ ZAMORA: *Proceso autocomposición y autodefensa*, México, 1970, páginas 41-42, 52-57, 58-60.

(19 bis) En la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de marzo de 1981

Atendiendo, pues, a un criterio subjetivo, si el Tribunal constitucional es un tribunal jurisdiccional especial, el término «recurso de amparo», utilizado para designar la impugnación de las resoluciones judiciales emanadas de los Tribunales ordinarios en los que no se ha satisfecho la pretensión de amparo, es decir, en la que no se ha restablecido o restaurado el derecho o libertad fundamental infringido por la autoridad administrativa, no parece inapropiado. Como, por el contrario, resulta desproporcionada la comparación que realiza GONZÁLEZ PÉREZ entre el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo y el carácter de presupuesto al amparo constitucional que ostenta el proceso preferente y sumario del artículo 53-2 de la Constitución. Efectivamente, es un requisito de la admisibilidad del amparo constitucional el de haber agotado «la vía judicial precedente» (art. 43, 1.º, de la LOTC), de la misma manera que en una inmensa generalidad de los casos hay que recorrer todas las instancias para llegar en casación al Tribunal Supremo (arts. 1.689-1.690 LEC). Pero la afirmación de que el recurso de reposición y el contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales cumplen similar función o naturaleza, es técnicamente incorrecta, porque, mientras el primero encierra una fórmula autocompositiva, el segundo estriba en un verdadero proceso, que, por lo demás, y como vamos a ver en seguida, no difiere en nada en este caso con el proceso constitucional.

B) El objeto procesal del recurso de amparo

El objeto litigioso del proceso constitucional de amparo queda genéricamente descrito en el artículo 161, 1, b), de la Constitución que ha sido minuciosamente desarrollado por los artículos 41 a 45 de la LOTC, de cuyo régimen interesa destacar la existencia de cuatro distintas modalidades que puede revestir la pretensión de amparo constitucional: a) la que tiene por objeto restablecer o preservar un derecho o libertad fundamental vulnerado por un acto no normativo emanado de las Cortes (art. 42); b) aquella que consiste en obtener idéntica protección frente a cualquier resolución pronunciada por el Gobierno, los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades autónomas y de las

(rec. amparo 107/80, BOE 14 de abril), con ocasión de examinar la postulación procesal del recurrente, afirma el Tribunal Constitucional que si bien «... el Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial..., no puede afirmarse tajantemente que el poder general aludido... sea insuficiente para comparecer ante este Tribunal, que actúa *especialmente* en los procesos de amparo...».

autoridades y funcionarios de todos ellos (art. 43); c) la pretensión de amparo surgida como consecuencia de la violación de un derecho cívico constitucional realizada por un órgano judicial (art. 44), y d) la pretensión de amparo del derecho a la objeción de conciencia (art. 45).

El común denominador de todos estos tipos de pretensiones estriba en que las peticiones «inmediatas» que encierran poseen todas ellas idéntica naturaleza: se trata de pretensiones mixtas declarativas y de condena (art. 55 LOTC), asemejándose de esta manera al denominado por la doctrina administrativa recurso contencioso-administrativo «de plena jurisdicción» (20). También tienen de común el que la petición «mediata» o, si se prefiere, siguiendo la terminología de GUASP (21), el *bien litigioso* sobre el que recae, consiste en alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la sección 1.^a del capítulo 2.^o del título I de la Constitución (22), con la sola excepción del derecho a la objeción de conciencia que se encuentra regulada fuera de ella (secc. 2.^a, artículo 30, 2.^o).

a) *El recurso de amparo contra los actos del Poder Legislativo y las violaciones del derecho a la objeción de conciencia*

Si el bien de la vida tutelado por la pretensión es la objeción de conciencia o, si, aun tratándose de cualesquiera derecho o libertad constitucional, el autor de su infracción fuera el Poder Legislativo (poderes normativos de las Comunidades autónomas incluidos) la naturaleza del objeto litigioso no plantea problema alguno, pues, debiéndose ejercitar la acción y deducirse la pretensión ante el Tribunal Constitucional, respectivamente dentro de los plazos de tres meses y veinte días

(20) GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal constitucional*, cit., p. 125; *Comentarios a la LJCA*; GARRIDO FALLA: *El artículo 53 de la Constitución*, REDA, 1979, p. 185.

(21) *Derecho procesal civil*, cit., I, p. 225; cfr. también CARNELUTTI: *Sistema del Diritto Processuale Civile*, I, Padua, 1938, pp. 40 y ss. A nosotros nos parece, ello no obstante, más correcto el término «cosa litigiosa», entendiendo por tal la afirmación que se realiza del derecho en el proceso; vide RAMOS: *La sucesión procesal*, Barcelona, 1974, pp. 88-100.

(22) La Ley de 28 de diciembre de 1978, en su artículo 1-2.^o, ciñó su ámbito de aplicación tan sólo a determinados derechos fundamentales. El Real Decreto 2.^o, febrero 1979, por su parte procedió a incrementar el catálogo de derechos constitucionales susceptibles de protección jurisdiccional. Con todo, la reforma resultaba insuficiente e inconstitucional a tenor de lo dispuesto en el artículo 53-2.^o C, recibiendo por ende las críticas de la doctrina (vide LINDE PANIAGUA: *La instauración del principio de igualdad...*, cit., pp. 588 y ss.). Finalmente la disposición transitoria 2.^a, II, de la LOTC ha acabado con tal ilegítima discriminación al declarar que, a los efectos del ámbito de aplicación de la citada Ley 28 de diciembre de 1978, éste «se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53-2 de la Constitución».

contados a partir de la firmeza o notificación de la resolución en la que se contiene la violación del derecho fundamental, resulta evidente que el Tribunal Constitucional conoce en *primera y única instancia* de la pretensión de amparo, por lo que la denominación «recurso» de amparo para tales casos, es a todas luces incorrecta, ya que en realidad nos encontramos ante un único *proceso constitucional* que surge con posterioridad a unas actuaciones administrativas cuyo resultado ha sido la vulneración de un derecho fundamental.

Pero, si la violación de dicho derecho lo es por parte del Poder Ejecutivo (23) o del Judicial, la necesidad de agotar la vía judicial previa plantea la duda, consistente en determinar la identidad o disparidad entre los objetos litigiosos deducidos ante los Tribunales ordinarios correspondientes y el Tribunal Constitucional. La cuestión no es meramente especulativa, sino que antes al contrario, de la contestación a la enunciada pregunta depende la resolución de no pocas cuestiones procesales, tales como los derivados de la litispendencia (24), transformaciones cualitativas en el «petitum» de la demanda constitucional (25), acumulación de pretensiones (26), fenómenos de sucesión procesal (27) y otros problemas prácticos, la mayoría de los cuales tenemos que dejar aquí tan sólo esbozados, sin perjuicio de que algunos de ellos sean estudiados a continuación. Pero, para un mejor tratamiento del problema, examinemos por separado las pretensiones de los artículos 43 y 44 de la LOTC.

(23) La utilización por parte del artículo 43 LOTC del término «Gobierno», al igual como ya lo hizo el artículo 97 de la Constitución, ha vuelto a relanzar la clásica tesis que concibe al Poder Ejecutivo como la suma de Gobierno y Administración. Sobre la cuestión vide GARRIDO FALLA, «Constitución y Administración», en *Libro homenaje al profesor Juan Galiañ Escutia*, Valencia, 1980, pp. 311-312.

(24) SCHWAB: *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Berlín, 1954, pp. 123-137 (existe traducción al español del citado libro); HABSCHEID: *Streitgegenstand im Zivilprozess*, Bielefeld, 1958, pp. 268-282; HENCKEL: *Parteilehre und Streit gegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961, pp. 288-289.

(25) NIKISCH: *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935, pp. 117-139; SCHWAB: *Der Streitgegenstand...*, cit., pp. 104-116; HABSCHEID: *Streitgegenstand...*, citado, pp. 259-268; HENCKEL: *Parteilehre...*, cit., pp. 291-292; FAIREN: *La transformación de la demanda en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1949, pp. 49-88.

(26) NIKISCH: *Der Streitgegenstand...*, cit., pp. 81-118; SCHWAB: *Op. cit.*, pp. 74-104; HABSCHEID: *Op. cit.*, pp. 235-259; HENCKEL: *Op. cit.*, pp. 290-291; HESSELBERG: *Die Lehre vom Streitgegenstand*, Köln, Berlín, Bonn, München, 1970, pp. 255 y ss.

(27) Cfr. FAIREN: *La transformación de la demanda...*, cit., pp. 88-98; RAMOS: *La sucesión...*, cit., pp. 101-102.

a') *El recurso de amparo contra actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales*

Dispone el artículo 44 de la LOTC que contra los actos u omisiones de los órganos judiciales que hayan ocasionado la violación de un derecho o libertad fundamental susceptible de amparo constitucional podrá suscitarse este recurso constitucional, siempre y cuando se hayan cumplido entre otros requisitos el de haber «agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

De conformidad con la Constitución, por «órganos judiciales» hay que entender aquí quienes detentan en régimen de monopolio el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes (art. 117, 3.º), los cuales están integrados por jueces y magistrados «independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley» (art. 117, 1.º).

Del tenor de tales preceptos se deduce que tan sólo se está en presencia de un órgano jurisdiccional cuando concurren los dos elementos, el subjetivo y el objetivo, que conforman el concepto de la Jurisdicción: la independencia judicial y la atribución al órgano judicial de la función de la cosa juzgada. Esta observación es importante, porque conlleva la necesidad de excluir del carácter de órgano jurisdiccional a los que pudieran integrar las denominadas *jurisdicciones especiales* que, no obstante su inconstitucionalidad, todavía permanecen vigentes en nuestro país (28). Frente a las jurisdicciones especiales no nos encontramos ante verdaderos órganos judiciales, sino ante «órganos administrativos con funciones judiciales» (29) que, al formar además parte de la Administración pública, no pueden ser reputados como «órganos judiciales» a los efectos del artículo 44 de la LOTC, debiendo por lo tanto en tal caso suscitarse al recurso de amparo por la vía del artículo 43 de la mencionada Ley Orgánica. Así, pues, es obligado concluir

(28) Cfr. entre las más importantes el Tribunal Arbitral de Seguros, el de defensa de la competencia, los tribunales de contrabando; de escasa importancia pueden citarse: el Consulado de la Lonja de Valencia, las Jefaturas piscícolas, Comunidades y Hermandades de Labradores, la jurisdicción deportiva; de dudosa vigencia: el Juzgado especial de emigración, que nunca llegó a instaurarse y ya no es mencionado por la nueva ley de 21 de julio de 1977. Para la exposición de las mismas vide MINISTERIO DE JUSTICIA: *Crónica de la codificación española*, I, Madrid, 1970, pp. 341 y ss.; JESCHECK-LOFFLER: *Quellen und Schriftum des Strafrechts*, I, München, 1972, pp. 255 y ss. La jurisdicción militar, como se ha dicho, a pesar de constituir una jurisdicción especial, es de todo punto legítima a tenor del artículo 117-5 C.

(29) MONTERO: *Introducción*, cit., pp. 28 y ss.

que la expresión «órgano judicial» viene utilizada como sinónimo de «órgano jurisdiccional», quienes no son otros (30) sino los integrantes del Poder Judicial y aquellos que, aun estando formalmente situados fuera de él, posean la totalidad de las notas de la Jurisdicción; órganos estos últimos a los que hemos denominado «Tribunales especiales» y que, junto con el Tribunal Constitucional (31), vienen determinados por el Tribunal de Cuentas (32) y por el de las Aguas de Valencia (33).

Una vez dilucidado el ámbito de aplicación del artículo 44 de la LOPJ y, con él, el fundamento tático de la pretensión de amparo que ha de deducirse ante el Tribunal Constitucional («actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales que infrinjan un derecho fundamental...»), debemos preguntarnos ahora si dicha pretensión es la misma que la que ha de interponerse en la vía judicial previa ante los órganos integrantes de la Jurisdicción.

En este sentido, la contestación a la enunciada pregunta nos la proporciona el segundo apartado del mismo artículo 44, 1.º, b), conforme al cual, de un lado, la violación del derecho cívico constitucional por parte del órgano judicial ha de suceder «con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso» y, de otro, al Tribunal Constitucional no le es autorizado entrar a conocer sobre tales hechos.

A diferencia del proceso de amparo contemplado en el artículo 43 en el que la violación del derecho fundamental la realiza un funcionario

(30) Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el artículo 44-1 emplea el término *proceso* (y no el de procedimiento), y sabido es que, en el proceso, el sujeto que actúa «supra partes» ha de ser indefectiblemente un órgano dotado de jurisdicción, por lo que por «órgano judicial» no cabe entender «órgano con funciones judiciales», sino «órgano jurisdiccional».

(31) *Vide supra* p. 47. Naturalmente contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe utilizar el recurso de amparo (art. 164-1.º Cont. 93 LOTC), sino tan sólo la posibilidad de plantear el conflicto ante la Comisión Europea de Derechos Humanos.

(32) Con el Tribunal de Cuentas debe tenerse en cuenta que es un órgano proteiforme: en su función de «examen y comprobación de la Cuenta General del Estado» no es jurisdiccional, sino que depende de las Cortes (art. 136 Cont.), pero en la de decisión sobre responsabilidades económicas de los funcionarios ante el Tesoro es un órgano típicamente jurisdiccional. *Vide* GARCÍA: «El control (externo e interno) en la Constitución, en *Hacienda y Constitución*, Madrid, 1979, página 643.

(33) El artículo 126 de la Constitución habla de «Tribunales consuetudinarios y tradicionales», pero, al menos que sepamos nosotros, tan sólo el Tribunal de las Aguas de Valencia es un órgano del que pueda predicarse una tradición milenaria y una reputada independencia. Quizá sea ésta la razón por la que el nuevo proyecto de LOPJ (art. 18-2.º) tan sólo reconozca a dicho Tribunal el expresado carácter. Sobre su naturaleza *vide* FAJEN: «Los Tribunales de jurados en la nueva Constitución española», *ROP* ib-filip, 1978, pp. 778-779.

u órgano del Poder Ejecutivo y en el que la misión del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo consiste en pronunciarse acerca de dicha infracción (34), en el proceso previo del artículo 44 es la propia autoridad judicial quien, con ocasión del mismo, ha infringido un precepto de la parte dogmática de la Constitución susceptible de amparo constitucional.

En la vía judicial previa del artículo 44, 1.º, a), las partes no han de deducir pretensión de amparo alguna, sino simplemente limitarse a evidenciar ante el órgano jurisdiccional ordinario la existencia de dicha infracción (art. 44, 7.º, c) y a alegarla, en el ejercicio de los medios de impugnación, como un vicio más *in judicando* o *in procedendo*, a acumular en la fundamentación del recurso.

Pero, en todo caso, queda suficientemente claro que el objeto de dicho proceso previo es la pretensión principal (civil, laboral, penal o contencioso-administrativa) y no la pretensión de amparo. De aquí que el Tribunal Constitucional no pueda extender su competencia sobre aquélla, pues, siendo los hechos, como después veremos, un elemento esencial de la pretensión y estándole al Tribunal Constitucional vedado entrar a conocer sobre ellos, resulta evidente que al Tribunal Constitucional no se le autoriza a dictar un pronunciamiento sobre la pretensión originaria, sino única y exclusivamente sobre la de amparo, fundada en el Derecho Constitucional.

En el proceso consagrado por el artículo 44 de la LOTC nos encontramos, pues, ante un *proceso constitucional*, en el que el Tribunal Constitucional conoce en *única y definitiva instancia* de la pretensión constitucional de amparo, siendo, al igual que los supuestos contemplados en los artículos 42 y 45 manifiestamente inapropiada la utilización del término «recurso» para designarlo. También en el presente caso la acción y la pretensión se ejercitan y deducen exclusivamente ante el Tribunal Constitucional, surgiendo la *litispendencia constitucional* en el mismo momento en que la Sala correspondiente del Tribunal Constitucional se pronuncie positivamente sobre la admisión de la demanda (34 bis).

(34) Pero en todo caso nos parece evidente que, aun en el supuesto de denegación del amparo, no es el Tribunal de lo contencioso quien ha infringido los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo, sino la autoridad administrativa. Opinión contraria es la sustentada por GONZÁLEZ PÉREZ. *Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 285.

(34 bis) Cfr. la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 1982 («BOE» de 28 de febrero, ref. 4749), en la que el Tribunal Constitucional, después de afirmar que «el recurso de amparo no es una tercera instancia jurisdiccional».

b') *El recurso de amparo contra las disposiciones, actos y vías de hecho del Poder Ejecutivo*

Distinta es, sin embargo, la naturaleza del recurso de amparo contra las disposiciones, actos y vías de hecho emanadas del Poder Ejecutivo. Conforme al artículo 43 de la LOTC, cuando el Gobierno, los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades autónomas o las autoridades y funcionarios de ambos, ocasionen la violación de un derecho cívico constitucional, podrá suscitarse el recurso de amparo «una vez que se haya agotado la vía judicial precedente», la cual no ha de ser otra sino el proceso contencioso-administrativo ordinario o el denominado proceso preferente y sumario del artículo 53, 2.º, de la Constitución (disposición transitoria 2.ª, 2.º, LOTC).

Dicho procedimiento, tal y como ya se ha avanzado, es provisionalmente el regulado en la sección 2.ª de la Ley de 26 de diciembre de 1978, cuyo objeto, según el artículo 6.º de la mencionada Ley, viene determinado por «los actos de la Administración pública, sujetos a derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona», contemplados en la sección 1.ª del capítulo II de la Constitución (disp. trans. 2.ª, 2.º *in fine*, LOTC).

La redacción literal del precepto ha llevado a GONZÁLEZ PÉREZ a configurarlo como un «proceso típicamente administrativo especial por su fundamento jurídico material» (35), naturaleza por la que abona, de otro lado, el último inciso del mismo artículo 6.º al disponer que dicho procedimiento se regulará «a falta de previsión especial, de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, cuya aplicación será supletoria».

Sin embargo, en mi opinión no es éste un proceso «típicamente administrativo como lo demuestran diversas razones tanto de índole doctrinal como derivadas de la exégesis legal.

a'') *La pretensión de amparo ante los Tribunales de lo contencioso y ante el Tribunal Constitucional.*—Desde un plano meramente doctrinal o teórico se constatan notables diferencias entre el objeto común

afirma que «...en supuestos como el presente, en que se impugnan actos de órganos judiciales, la decisión que hemos de adoptar ha de circunscribirse a determinar si se han vulnerado o no derechos o libertades fundamentales...» En el mismo sentido *vide* también la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de marzo de 1982 («BOE» de 21 de abril, ref. 9438), 30 de enero de 1981 («BOE» de 24 de febrero, rec. amparo núm. 90/80).

(35) *Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 284.

del proceso contencioso-administrativo y la de este proceso especial. En páginas anteriores decíamos que la pretensión de amparo *se asemeja* a las de «plena jurisdicción» del proceso contencioso-administrativo. Ahora es el momento de añadir que, con independencia de que con ocasión de la violación de un derecho fundamental pueda surgir un conflicto intersubjetivo entre el perjudicado y la autoridad administrativa, presunta autora de la infracción, dicho conflicto no puede reconducirse a una relación *uti singuli*, porque a la sociedad interesa que la Administración sea celosa en el respeto a los derechos cívicos constitucionales. Así, pues, y a diferencia de las pretensiones de plena jurisdicción, cuyo presupuesto viene determinado por un *litigio* (36) entre la Administración y el titular de un derecho subjetivo vulnerado (y de aquí que tan sólo a este último le alcance la legitimación: artículo 28, 2.º, LJCA), el de las pretensiones de amparo constituye a su propio tiempo un *conflicto social* entre la autoridad administrativa, supuesta infractora de un derecho constitucional, y la sociedad que exige su restablecimiento. Esta es la razón por la que el artículo 46, 1.º, b), conceda también legitimación al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal para interponer el recurso de amparo constitucional y, por la misma, hay que reputar desafortunada la circular de la Fiscalía General del Estado 2/1979, de 29 de enero, conforme a la cual, el Ministerio Fiscal no le es autorizado para iniciar el mencionado procedimiento especial, y ello porque, con independencia de que pueda resultar absurdo pensar que se le conceda legitimación para los más y no para los menos, no cabe duda alguna de que dicha interpretación contradice el artículo 124 de la Constitución, en cuya virtud, el Ministerio Fiscal «tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos» (37).

Siguiendo con nuestro estudio teórico del objeto procesal se observa además que la pretensión del proceso preferente y «sumario» y del constitucional es la misma. En efecto, tanto en uno como en otro la cosa litigiosa es idéntica: la protección de un derecho fundamental.

(36) Sobre tal concepto *vide* CARNELUTTI: *Sistema*, cit., I, 14, c. La crítica a los excesos de dicha construcción puede verse en CALAMANDRES: «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti», en *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 200 y ss.; ALCALÁ ZAMORA: Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso», en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, I, México, 1974, páginas 396-397.

(37) MONTORO: «Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales y libertades públicas», en *Libro homenaje al profesor Galván*, cit., p. 468; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho Procesal Constitucional*, cit., p. 267.

La petición inmediata estriba en ambos procesos en la declaración de nulidad del acto mediante el cual se ha infringido el derecho fundamental (38), el reconocimiento del derecho vulnerado y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de dicho derecho (cfr. arts. 41-42, y 84 LJCA, 55 LOTC).

Como única y aparente especialidad entre ambas pretensiones cabría señalar, ello no obstante, su distinta fundamentación jurídica. En la que se deduce ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo pudiera pensarse que habrían de fundamentarse exclusivamente en el Derecho administrativo (art. 6.º, 1, Ley de 26 de diciembre de 1978: «actos sujetos a Derecho administrativo»), en tanto que la pretensión de amparo ante el Tribunal Constitucional habrá de fundarse necesariamente en el Derecho constitucional (art. 43, 3.º, L. 49, 1.º, 50, 2.ª, a), LOTC). Pero, aún aceptado como válido este punto de partida, fácilmente se constata que no existe disparidad de objetos litigiosos, pues rigiendo también en nuestro ordenamiento la teoría de la *sustanciación* (39) y, siendo éste un supuesto de mera concurrencia de normas jurídicas (40) que han de subsumirse sobre una misma fundamentación de hecho, resulta evidente que la pretensión de amparo cuando se interpone ante el Tribunal Constitucional no ha sufrido mutación alguna. Con todo, como acabamos de señalar, la citada premisa es hipotética, porque, conforme al artículo 53, 1.º («los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos») de la Constitución, el demandante en el proceso ante el Tribunal de lo Contencioso es libre de fundamentar su pretensión invocando el precepto de una Ley ordinaria que tutele el derecho fundamental infringido o sencillamente apelando directamente a la norma constitucional vulnerada (41).

(38) Y no solamente los actos administrativos, como veremos después.

(39) GUASP: *Der. Proc. Civ.*, cit., I, p. 227; FAJEN: «La demanda en el proceso civil español», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, pp. 484 y ss.

(40) FAJEN: *La transformación de la demanda...*, cit., pp. 81 y ss.

(41) Sin embargo, y como es natural, la demanda ante el Tribunal Constitucional deberá fundarse necesariamente sobre preceptos constitucionales (art. 49, 1.º LOTC). Esperemos, ello no obstante, que en la interpretación de dicho precepto el Tribunal Constitucional no incurra en un excesivo rigor formalista, el cual ha caracterizado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta el punto de desestimar recursos de casación por meras equivocaciones en el «nomen juris». Sobre este problema, vide SERRA: *Consideraciones sobre la situación actual del recurso de casación civil*, R. J. Cat., 1979, p. 336.

ADENDA

Afortunadamente el Tribunal Constitucional no ha secundado esta censurable

b") *Naturaleza del proceso de amparo ante los Tribunales de lo contencioso.*—Que el proceso contemplado por la sección 2.^a de la Ley de 26 de diciembre de 1978 no es un proceso típicamente administrativo nos lo corrobora, en segundo lugar, la interpretación de los preceptos que en la actualidad lo disciplinan. Tras la promulgación de la Constitución española y, sobre todo, de la LOTC, el objeto de este procedimiento especial no viene ya determinado exclusivamente por la petición de declaración de los «actos de la Administración pública, sujetos a Derecho administrativo que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales», sino que es mucho más amplio, tal y como se desprende de la lectura de los artículos 41, 2.º, y 43, 1.º, de la mencionada Ley Orgánica, conforme a los cuales, no sólo los actos administrativos sino también las disposiciones generales y vías de hecho que emanen tanto de la Administración pública como del Gobierno, pueden ser objeto de impugnación a través de la petición de la pretensión constitucional de amparo.

Ahora bien, siendo requisito previo necesario para ejercitar el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional el agotar la vía judicial previa, resulta obvio que una interpretación literal del artículo 6.º, 1, de la Ley de 26 de diciembre de 1978, nos llevaría a una incompatibilidad absoluta entre ambos órdenes de normas (42), contradicción que obliga a estimar *abrogado* en este extremo al mencionado precepto por las citadas normas de la LOTC, dado su carácter posterior y superior rango normativo (43).

Consecuentemente cuando se ejercite la pretensión de amparo ante los Tribunales de lo contencioso, bien sea mediante el procedimiento presente especial o el ordinario, podrá dirigirse tanto contra los actos

política jurisprudencial y en múltiples resoluciones ha acentuado el carácter antiformalista y social de su jurisprudencia; *vide*, entre otras: las sentencias de 14 de julio de 1981 (R. A. 18), 29 de marzo de 1982 (R. A. 33), 1 de abril de 1982 (R. A. 35).

(42) Sobre los requisitos de la abrogación, *vide*: DE CASTRO: *Derecho Civil Español*, I, Madrid, 1955, pp. 703-704; CASTÁN: *Derecho Civil Español, común y formal*, I-1.º, Madrid, 1975, p. 580.

(43) Discute la doctrina acerca de si las Leyes orgánicas tienen un rango superior a las ordinarias, viniendo a constituir un escalón intermedio entre estas últimas y la Constitución. Por una contestación negativa ha abogado GARRIDO FALLA: *Constitución y Administración*, cit., p. 310. Por el contrario, para Díez PICAZO: «Constitución y fuentes del Derecho», *REDA*, 1979, p. 194, «en un orden jerárquico, parece que deban colocarse por encima de las leyes ordinarias», en este último sentido también, aunque con múltiples objeciones críticas: GARROENA MORALES: «Acerca de las Leyes orgánicas y de su espúrea naturaleza jurídica», *REP*, 1980, núm. 13, pp. 199-202.

como contra las disposiciones (44), tanto contra los actos administrativos cuanto contra los políticos (45), e incluso, sin necesidad de previo acto, la pretensión de amparo puede formularse frente a cualquier género de «vía de hecho» (46) que infrinja o lesione alguno de los derechos fundamentales que sean objeto de protección constitucional.

c") *Conclusiones.*—De conformidad, pues, con la naturaleza del objeto procesal del recurso de amparo contemplado en el artículo 43 de la LOTC y con las normas que lo disciplinan pueden deducirse las siguientes conclusiones:

1.^a El denominado proceso «preferente y sumario» del artículo 53, 2, de la Constitución, en la actualidad atribuido a los Tribunales de lo contencioso-administrativo, es un *proceso constitucional* que se dilucida a través de un *procedimiento administrativo especial* (47).

2.^a Que el procedimiento, mediante el cual la pretensión constitucional de amparo deba recibir satisfacción, es administrativo nos lo demuestra, tanto el carácter del órgano ante el cual transcurre (pertenece a la denominada «jurisdicción contencioso-administrativa»), como fundamentalmente la naturaleza de las normas por las que se regula (la sección 2.^a de la Ley de 26 de diciembre de 1978, titulada «garantía contencioso-administrativa» y la LJCA). Con todo, debe tenerse en cuenta que la aplicación de la LJC debe serlo «a falta de previsión especial» (art. 6.º, 1, *in fine*) y que su carácter «supletorio» lo es, no sólo con respecto a las mencionadas normas de la sección 2.^a de la Ley de 26 de diciembre de 1978, sino también frente a los preceptos constitucionales que lo contemplan (48) y normas de la LOTC que lo disciplinan.

(44) GONZÁLEZ PÉREZ: *Der Proc. Cons.*, cit., p. 290.

(45) GONZÁLEZ PÉREZ: *Op. cit.*, p. 289.

(46) Sobre las doctrinas de las «vías de hecho», vide GONZÁLEZ PÉREZ: «El juez ordinario defensor de la legalidad administrativa», *RDP* ib-filip, 1971, pp. 100-108; *La justicia administrativa en España*, Madrid, 1974, pp. 143 y ss.; «Expropiación forzosa y jurisdicción», en *Estudios en honor de Alcalá Zamora*, BMDC, 1975, números 22-23, pp. 519 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1977, pp. 572-578; ALMAGRO: «Protección procesal de los derechos humanos en España», *RDP* ib-filip, 1973, pp. 51-52; *Justicia constitucional*, cit., pp. 218-219.

(47) Sobre la distinción proceso-procedimiento, vide PRIETO CASTRO: *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1952, pp. 12-15; MONTERO: *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pp. 204 y ss.; FENECH: «Notas previas al estudio del Derecho Procesal», en *Derecho Procesal Penal*, I, Madrid, 1959, pp. 27, 30-31.

(48) Prescripción que debe tenerse en cuenta, por ejemplo, en el tratamiento de la legitimación activa. Si se aplicara directamente la LJCA (art. 28-2.º) habría que concluir que legitimado activamente lo está tan sólo el «titular de un dere-

3.^a Si, como se ha dicho, el procedimiento se dilucida ante los Tribunales de lo contencioso es administrativo, no sucede lo mismo con el proceso, que es *constitucional*, a) igual como naturalmente también lo es el que transcurre ante el Tribunal Constitucional (49). Entre ambos procesos no existe más diferencia que la derivada de la peculiar naturaleza de este último órgano jurisdiccional, reconducible a la esfera de los Tribunales especiales, siendo el objeto procesal idéntico en cada uno de ellos. Así, pues, no existen dos pretensiones de amparo diferentes, sino una misma pretensión constitucional que normalmente ha de atravesar dos instancias (49 bis) para llegar al Tribunal Constitucional, quien ha de conocer de la misma en *tercera y última instancia*, aunque en supuestos especiales pueda ser deducida la pretensión en segunda instancia (50).

4.^a Consecuentemente, y a pesar de los términos contradictorios en los que se desenvuelve la redacción gramatical del artículo 49, 1.º, LOTC («El recurso de amparo se iniciará mediante *demanda*»), la presentación de la demanda ante el Tribunal Constitucional no supone ejercicio alguno del derecho de acción que ya se ha realizado con la interposición del recurso contencioso-administrativo (51) que, una vez admitido, ha de generar los efectos propios de la *litispendencia constitucional* (52).

cho derivado del ordenamiento (GONZÁLEZ PÉREZ: *Der. Proc. Const.*, cit., p. 287). Pero del tenor literal del artículo 53-2.º de la Constitución es obligado convenir en que la legitimación ha de ser mucho más amplia. Para MONTERO (*Garantías jurisdiccionales*, cit. p. 472) dicho precepto encierra una acción popular.

(49) «El recurso de amparo no es un proceso de Derecho Administrativo como pretende el recurrente, sino un proceso constitucional, tanto por su objeto, pretensiones fundadas en Derecho Constitucional, como por el órgano jurisdiccional» (auto núm. 54, de 22 de octubre de 1980, sala 1.ª, sección 1.ª).

(49 bis) Para ARAGÓN (*El control de la constitucionalidad...* cit., p. 176), el Tribunal Constitucional entiende de la pretensión constitucional de amparo en segunda instancia. Pero, si tenemos en cuenta que la necesidad de «agotar la vía judicial» (art. 43-1.º LOTC) conlleva la de ejercitar el recurso de apelación y que el supuesto más normal en la LJCA (arts. 10 y 14) es la doble instancia, fácilmente se advierte que, cuando la pretensión constitucional llega al Tribunal Constitucional, en realidad han transcurrido ya dos instancias.

(50) Ello es lo que sucedería en los supuestos contemplados por el artículo 14-1-A, *vide* en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de agosto de 1979 y su comentario en GÓMEZ SALINAS: «*El proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*», REDA, 1979, p. 645.

(51) FAIREN: *La acción...*, cit., p. 121; MONTERO: *Introducción...*, cit., pp. 152-153; GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la LJCA*, cit., pp. 649-650.

(52) Para GONZÁLEZ PÉREZ (*Der. Proc. Const.*, cit., p. 315), de conformidad con la naturaleza jurídica por él atribuida al recurso de amparo, la litispendencia constitucional surge con la admisión de la demanda ante el Tribunal Constitucional. En nuestra opinión, dicha afirmación permanece válida en los «recursos»

5.º Siendo, pues, la instancia que transcurre ante el Tribunal Constitucional un simple *continuum* o mera prolongación de las que ya han sucedido ante los Tribunales de lo contencioso-administrativo (53), con la pretensión que se deduce ante el Tribunal Constitucional contra los actos, disposiciones y vías de hecho del Poder Ejecutivo nos encontramos frente a un verdadero *recurso* que, al no exigir motivos específicos para su interposición (54) ni limitar las facultades, cognitivas del Tribunal *adquem* (55), merece ser enmarcado dentro de la categoría de los *recursos ordinarios* (55 bis).

de amparo contemplados por los artículos 42, 44 y 45 LOTC, pero no en el que es ahora objeto de nuestro estudio.

(53) MARTÍN REBOLLO: *La justicia administrativa...*, cit., p. 529.

(54) Con la única salvedad de que la pretensión debe ser fundada en el Derecho Constitucional. Pero como ya hemos visto antes, dicho requisito no incorpora nada nuevo a la pretensión de amparo. *Vide supra*.

(55) GUASP: *Der. Proc. Civ.*, II, 712; GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1976, pp. 463-464.

(55 bis) Dicho recurso no es una instancia de revisión del derecho aplicado por los jâeces y Tribunales y ni siquiera tiene la condición de la casación (auto número 108, de 26 de noviembre de 1980, sala 1.ª, sección 2.ª). Análogo: Auto número 107, de 26 de noviembre de 1980, sala 2.ª