

EL RECURSO DE AMPARO CONTRA LEYES EN ESPAÑA

Carmen Blasco Soto
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valladolid

RESUMEN

En España, el amparo constitucional contra las leyes se fundamenta en la desconfianza hacia la labor de los jueces ordinarios respecto a la aplicación y tutela de los derechos fundamentales. Trátase de un proceso complejo y deficiente, por no haber alcanzado el fin que debe perseguir: esto es, la protección de esos derechos frente a las violaciones del legislador.

I. INTRODUCCIÓN

Estudiar el “amparo contra leyes” puede parecer un auténtico despropósito justo en el momento en que doctrinalmente se cuestiona el fundamento histórico de amparo constitucional y, lo que es más importante, su propia finalidad práctica.

Ahora bien, eso es sólo la primera impresión; en los países de justicia constitucional concentrada que no regulan el amparo contra leyes surge la necesidad de activar este proceso una vez que se ha afianzado y consolidado el sistema. La justificación es lógica. En España el amparo constitucional se fundamentó, en gran medida, en la desconfianza hacia la labor de los jueces ordinarios respecto a la aplicación y tutela de los derechos fundamentales. Conseguida la compenetración entre ambas jurisdicciones y tras 25 años de vigencia del texto constitucional, parece que el siguiente paso es la objetivación del amparo constitucional¹.

La manifestación objetiva de este proceso tiene bastantes variantes y en ella intervienen muchos aspectos que analizaremos sucintamente, entre los que se encuentra el amparo contra leyes.

1. *La objetivación por el cumplimiento de la finalidad asignada al amparo constitucional*

La primera y más importante finalidad del amparo era la de conseguir que los órganos jurisdiccionales se convirtieran en los activos protectores de los derechos fundamentales. Para ello era necesario delimitar y consolidar el contenido de los mismos creando una jurisprudencia constitucional homogénea. Cumplida la función doctrinal, cabe preguntarse con Pérez Tremps² si sería tal vez el momento de pensar en volver a la idea de unidad jurisdiccional en una línea similar a la del constitucionalismo norteamericano. Cumpli-

¹Para un cualificado sector de la doctrina parece que el principal fundamento del recurso de amparo es la sospecha hacia los jueces. Vid entre otros CRUZ VILLALÓN, “El recurso de amparo constitucional”, en *Los procesos Constitucionales segundo simposio de derecho Constitucional*, cuader-

nos y debates, Nº 41, pág. 117. BILBAO UBILLOS, J. “Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo constitucional”, en *Escritos Jurídicos en Memoria de Luiv Mateo Rodríguez*, Santander, 1993, pág. 132.

² PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC 1985, pág. 279.

do ese objetivo, no puede extrañar que empiece a cuestionarse el instituto del amparo, al menos en su actual configuración y entendimiento, pues si la considerable carga de trabajo que representa para el Tribunal pudo justificarse hasta ahora en lo irrenunciable de su originaria función *didáctica*, los perjuicios que para el desarrollo de la función verdaderamente propia y característica del Tribunal Constitucional —el control del Legislativo— se derivan del progresivo incremento de los recursos de amparo que comienzan a ser cada vez menos aceptables.

2) *La objetivación como método para lograr el nuevo diseño de derechos fundamentales, objeto de amparo constitucional*

El segundo aspecto que hace reivindicar la objetivación se fundamenta en la necesidad de rediseñar el elenco de derechos fundamentales objeto de este proceso. Es inaceptable la actual saturación del Tribunal Constitucional por el incremento progresivo de los recursos de amparo, lo que le ha convertido en auténtica última instancia³. No se oculta que en atención a este problema se están propugnando soluciones doctrinales y legislativas que tienden a restringir el amparo en la justicia constitucional. Terciando en algunas de ellas, aunque limitándonos a las que inciden en el trabajo que se propone, se advierte que son tres aspectos los que principalmente concentran la atención doctrinal y encauzan las reformas legislativas.

El primero se centra en el objeto del recurso de amparo; a nadie se le escapa que la saturación del TC viene provocada principalmente por el art. 24 CE (sin olvidar el 14)⁴.

³ Sobre este aspecto se ha pronunciado la doctrina por todos. Vid. Díez PICAZO, Luis M^a, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, en *REDC* N^o 40, 1994, p.11.

⁴ Vid. en este sentido por todos debido a la abundante literatura a RUBIO LLORENTE, F., “El recurso de amparo constitucional”, en *Estudios sobre la jurisdicción constitucional.*, Madrid, 1998, págs. 45 y 46, donde destaca que la ampliación del ámbito protegido por el amparo se produce sobre

Con Bilbao⁵ estoy de acuerdo en que éste es el motor de los debates y el problema; lo que realmente preocupa a la doctrina no es la existencia sino la medida del control jurisdiccional que el Tribunal ejerce en esta materia, su extensión y su intensidad.

El conflicto se ha bifurcado principalmente en dos tesis. Para un sector de la doctrina, la clave está en determinar si el amparo es imperativo para todos los derechos fundamentales reconocidos. Las soluciones propuestas dependen en gran medida de cómo se afronte el problema. Algunas son extremadamente radicales y consisten en sacar del amparo constitucional el art. 24 de la CE⁶, o al menos se cuestionan que se imponga al legislador el contenido de los derechos fundamentales protegidos en amparo. Así sutil y astuta-

todo por la vía del 14 y del 24, cuyo contenido propio es ya inmenso. Esta ampliación convierte en objeto potencial del recurso de amparo todo error *in procedendo*. Díez PICAZO, *op. cit.*, pág. 12: “Con todo, nadie duda de que la principal causa de este problema se refiere a la saturación; en el art. 24 CE de los 2.893 recursos de amparo presentados en 1990, 2.293 invocan el art. 24 de la CE, ello debido al enriquecimiento del contenido del art. 24, con normas y principios procedentes del título VI de la CE; normas y principios con respecto a los cuales no siempre queda acreditada en la jurisprudencia constitucional la necesidad o conveniencia de salvaguardia por medio del recurso de amparo.”

⁵ BILBAO UBILLOS, J. *op. cit.*, pág. 134.

⁶ Por lo que dicen BORRAJO INIESTA, I.; Díez PICAZO-GIMÉNEZ, I. y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*. Madrid 1995, pág. 16, esta postura tan extrema ha saltado al terreno del debate, aunque estiman que eliminar del amparo constitucional las garantías procesales es inviable y poco conveniente. Las soluciones que se busquen serán motivo de polémica, pero en todo caso deben suponer un esfuerzo de racionalización jurídica. Se apunta también a crear una sala constitucional ante el Tribunal Supremo, que conocería de las violaciones de derechos fundamentales que puedan ser subsanadas por los órganos jurisdiccionales. Otro sector de la doctrina estima que precisamente las violaciones del 24 provienen de la justicia ordinaria y son las que los jueces no pueden subsanar porque ellos mismos las provocan.

mente Rubio Llorente⁷ afirma: “Cabría argüir que, dado el significado que los autores de la norma daban al famoso inciso –se refiere al inciso 2 del art. 53 de la Constitución–, se deduce de él una especie de mandato implícito al legislador para excluir del amparo los derechos fundamentales de naturaleza procesal. Las decisiones judiciales no pueden ser nunca objeto, por definición, de un recurso de amparo “alternativo”, como el austríaco, y, en consecuencia, no tiene sentido proteger mediante ese recurso la aplicación de las leyes procesales, reservada a los tribunales de justicia... La opción por extender esa protección reforzada a todos los derechos no es más “constitucional” que la de sustraer de ella algunos de éstos; sobre todo si la finalidad de la exclusión es precisamente la de hacer más eficaz el recurso de amparo”.

Para otro sector doctrinal, la cuestión debe centrarse en crear cauces procesales específicos alternativos al art. 24 de la CE. Así Borrajo⁸ estima que la saturación del Alto Organo viene provocada por la inexistencia de un cauce procesal específico en vía judicial ordinaria para atender a las alegaciones relativas a la vulneración por los jueces de las garantías procesales constitucionalizadas. En este marco cabe circunscribir las propuestas de constituir tribunales especializados en la salvaguarda de los derechos fundamentales, frente a las vulneraciones de los mismos causadas por los propios órganos jurisdiccionales, aprovechando las salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas.

Estas propuestas no son desdeñables, porque las nuevas reformas procesales las asumen, aunque sea de manera indirecta. Nos estamos por supuesto refiriendo a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 de enero, que regula una casación excep-

cional por infracción procesal, arts. 468 y ss. En la exposición de motivos (Nº XIV) se argumentan sus objetivos; así el legislador entiende que “este recurso extraordinario por infracción procesal amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal, cuyas pretendidas violaciones generan desde hace más de una década gran parte de los litigios. Los recursos de amparo por invocación de artículo 24 de la Constitución dejan de ser procedentes si no se intentó en cada caso el recurso extraordinario por infracción procesal”. Esta exposición utiliza argumentos que son conocidos; el art. 24 no se puede sustraer del amparo constitucional pero sí aliviarlo, restringiendo los derechos que esta institución protege⁹.

El problema teórico de estas posturas es que cada una, en su medida, realiza una diferencia inapropiada entre lo procesal y lo sustantivo a fin de distanciar el derecho fundamental violado del acceso al amparo, para discernir cuándo la violación era exclusivamente material, pero no corregida en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, y cuándo procesal y por tanto originada en la jurisdicción ordinaria.

La importancia de distinguir lo material de lo procesal es evidente, pero no para extraer consecuencias en absoluto compartibles. Referido exclusivamente al ámbito de los derechos fundamentales hay que decir que los derechos procesales pueden ser violados en verdad sólo por dos órganos: el legislador (creando normas o reglamentos que conculquen lo establecido como fundamental en el ámbito del proceso) y el juez (cuando en el desarrollo del proceso mismo altera lo principado en la norma fundamental). Frente a la violación es necesaria la tutela constitucional, sea cual sea su contenido. Los derechos fundamentales procesales no son sólo derechos para tute-

⁷ RUBIO LLORENTE, “El recurso..., *op. cit.*, pág. 32 y ss. Destaco lo de astuta y sutil porque afirma en la pág. 36 que es un argumento que no va a utilizar, pero no pone ningún reparo en dedicarle unas cuantas páginas.

⁸ BORRAJO INIESTA, I., *El derecho a la..., op. cit.*, pág. 18.

⁹ No obstante, aunque en el amparo de los derechos consagrados en el artículo 24.1 CE el Tribunal Constitucional haya incurrido en excesos, no hay que olvidar que la jurisprudencia constitucional ha propiciado una renovación de las garantías procesales y del propio ordenamiento procesal que, en otro caso, se habría llegado a conseguir más dificultosamente.

lar y actuar el sistema, sino que primero son derechos que deben ser tutelados para que el sistema pueda ser actuado, de lo contrario se confunden el derecho a la tutela judicial efectiva con el de debido proceso. El debate sobre el objeto del recurso de amparo constitucional no puede resolverse desconociendo el contenido material del art. 24 CE, ya que comprende derechos fundamentales materiales, no es un simple catálogo de control o de garantías.

Sí se distinguen, no obstante, en cuanto a los efectos que produce su violación. La resolución de un conflicto en el proceso requiere la aplicación de dos tipos de normas y en este caso de derechos fundamentales, los procesales y los materiales. Ya nadie cuestiona que los órganos jurisdiccionales pueden conculcar cualquiera de las garantías fundamentales —no sólo las del art. 24. El TC se manifestó claramente en este sentido¹⁰. Si el juez al resolver un litigio viola una norma fundamental material, atenta directamente con la tutela judicial efectiva mientras que la violación por los jueces de las normas fundamentales procesales atentaría además contra el concepto de debido proceso. Ambos planos no deben confundirse pero tampoco desconocerse.

3. *Objetivación en trámite de admisión cuando el amparo carece de relevancia material*

Por último, para la objetivación del amparo se plantea también la posibilidad de restringir los presupuestos procesales que permiten abrir este proceso. Incluso se plantea doctrinalmente la posibilidad de rechazar casos en los que la lesión al derecho fundamental tiene poca o nula relevancia material. Cruz Villalón, defensor de esta postura, entiende que su aceptación no es más que una propuesta de aproximación a la jurisdicción constitucional alemana en cuanto a la admisión a trámite del amparo, con el omnipresente telón de fondo del *writ of certiorari*. Es decir, la propuesta de que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) no esté obligado a admitir a trámite

cualquier demanda de amparo constitucional que no carezca manifiestamente de contenido. La cuestión no es objetivizar, sino si cualquier alegación de vulneración de un derecho fundamental debe llegar hasta el TC o si, por el contrario, la CE permite que algunas vulneraciones de estos derechos fundamentales no lleguen hasta el Alto Organismo, a pesar de no ser manifiestamente infundadas¹¹.

Por último, también se propone, en línea con lo que ocurre en Alemania, que la reforma del amparo se dirigiese a que en la demanda fundante, en positivo, un contenido que justifique una decisión sobre el fondo.

4. *Objetivación del amparo y el recurso de amparo contra leyes*

El amparo contra leyes puede resultar de suma utilidad para consolidar la protección de los derechos fundamentales. Con él se pueden delimitar de forma más precisa los contenidos y fijar líneas jurisprudenciales, posibilitando la unificación de la jurisprudencia sin convertir al TC en una tercera instancia¹².

Ni la objetivación, ni el amparo contra leyes, es admitido doctrinalmente con unanimidad, e incluso algunos autores se preguntan cómo se puede lograr mediante el amparo contra leyes la protección objetiva de los derechos fundamentales¹³.

Nosotros entendemos que deben cambiarse los términos del debate y preguntarse si la dimensión objetiva de los derechos fun-

¹¹ CRUZ VILLALÓN, “El recurso de amparo constitucional”, en *Los procesos Constitucionales segundo simposio de derecho Constitucional*, cuadernos y debates, N° 41. Desde una perspectiva principalista, hay que decir que en materia de DF también puede haber “parvedad de materia”. Al menos respecto de los DF más expansivos, el principio de igualdad y la tutela judicial, en estos casos es inobjetable que la parvedad de materias existe.

¹² En esta línea, entre otros, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E., “Reflexiones sobre la pertinencia y viabilidad del amparo constitucional contra leyes en España”. En *Revista jurídica del Perú*, N° 17.

¹³ Díez PICAZO, Luis M^a, “Dificultades prácticas y..., op. cit., p. 31.

¹⁰ STC 2/1982, de 29 de enero. FJ.

damentales, parte indisoluble de la subjetiva, debe ser protegida, respuesta que necesariamente debe ser positiva, y para lograrlo es necesario el amparo contra leyes.

Lo determinante es que el amparo contra leyes debe ser un cauce procesal adecuado que sirva para asegurar de modo continuo el acondicionamiento de las leyes a la Constitución y la interpretación que de aquéllas se hace¹⁴.

Ahora bien, el aterrizaje de este proceso en el sistema español no es nada fácil si tenemos en cuenta que el amparo contra leyes no existe como tal, aunque sí aparece un cauce complejo, "la autocuestión de inconstitucionalidad" (art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a partir de ahora LOTC)¹⁵, que se descubre como la puerta que abre la posibilidad de que los ciudadanos acudan al TC para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

II. EL AMPARO CONTRA LEYES

Como se ha señalado, la doctrina reclama la necesidad de que nuestro Alto Órgano recupere su función originaria, ahogada por el amparo; cual es la de control de constitucionalidad de las leyes y en ello está incluido el amparo en la medida que existe el mecanismo del art. 55.2 LOTC.

El principal problema es el de dilucidar el contenido del proceso regulado en el art.

55.2 LOTC, que para algunos es un amparo contra leyes directo aunque producido por un acto de aplicación. Para otros, por el contrario, es un proceso distinto y autónomo que se asemeja a la cuestión de inconstitucionalidad. Lo que está claro es que en ningún caso, como veremos cuando tratemos los aspectos procesales, es una pretensión directa de amparo por la existencia de una ley inconstitucional.

El segundo y más grave y sobre el que giran el resto es el del precario equilibrio entre las esferas jurisdiccionales, potenciado por la existencia de este artículo y su defectuosa regulación procesal. Existe una analogía funcional entre la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo contra leyes. Ambos tienen su origen en la jurisdicción ordinaria. El recurso de amparo por su naturaleza subsidiaria, por la que se intenta corregir la lesión en este ámbito. La cuestión de inconstitucionalidad porque los únicos legitimados para plantearla son los órganos jurisdiccionales.

La vía para que los particulares puedan acudir al TC es el art. 55.2 LOTC; el recurrente ante el TC estima que la ley que ha resuelto su controversia es inconstitucional y viola un derecho fundamental, pero para haber llegado a esta instancia se requiere que previamente haya realizado esta alegación ante la jurisdicción ordinaria, solicitando al juez que plantee la cuestión de inconstitucionalidad (ya que es la única manera de restaurar la vulneración), solicitud que ha sido denegada en las sucesivas instancias, por eso cuando la parte llega al Tribunal Constitucional la sentencia judicial se convierte en el hito determinante del amparo contra leyes¹⁶. El conflicto se plantea porque el amparo contra leyes va dirigido a controlar la actividad del legislador, pero en último extremo el control es sobre la del juez.

¹⁴ No obstante esta figura no es unánimemente aceptada por la doctrina, sobre ello vid. SAGÜES, NP., "El amparo contra leyes", en *Derecho & Sociedad*, N° 3, 1990.

¹⁵ El artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene el siguiente texto: "En el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes."

¹⁶ BORRAJO INIESTA, Ignacio, "Amparo frente a leyes. (En torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)", en *RAP.*, N° 98, 1982, p. 215, destaca que prácticamente todos los recursos de amparo se dirigen de una u otra forma contra una sentencia o un auto judicial.

1) Configuración legal

El recurso de amparo contra leyes está recogido de modo expreso en la Constitución austriaca, art. 144, y en la alemana, art. 93.1.4 de la Constitución y 90,1 de la ley del TC¹⁷. De modo tácito en Suiza, art. 113.I.3. Donde hay amparo, existe amparo frente a las vulneraciones del legislador.

En nuestro país el amparo contra leyes carece de apoyo legislativo específico¹⁸, lo que requiere la interpretación del derecho positivo, profundizando en las diversas alternativas que se pueden plantear. Ni la Constitución ni la LOTC regulan de forma directa este amparo, pero normativamente tampoco se prohíbe¹⁹, por lo que es tarea de la doctri-

¹⁷ Se permite también en Alemania que una ley pueda ser atacada por los particulares, con la condición de que el recurrente se vea afectado por la ley, en primer término personalmente, en segundo lugar actualmente y por último directamente, en un derecho fundamental (Rec. 1, 97, 101; 285, 307 y ss).

¹⁸ Según comenta GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La posición..., *op. cit.*, pp. 50 y ss., el gobierno fue el que suprimió la posibilidad del amparo contra leyes. La comisión redactora del anteproyecto de Ley Orgánica del TC, siguiendo al alemán, había propuesto la admisión pura y simple de un amparo contra leyes, acto del poder público cuya posibilidad de violación de un derecho fundamental es incuestionable. Y así se ve que en el art. 41.2 LOTC, el recurso de amparo se refiere a "violaciones de los derechos y libertades" y el art. 42 LOTC al tratar de las violaciones reprochables a las Cortes se ha limitado a señalar a las "decisiones o actos sin valor de ley". Es pues explícita la voluntad de excluir el recurso de amparo inmediato a las eventuales agresiones que a los derechos protegidos puedan proceder de las leyes.

¹⁹ El proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional remitido por el gobierno al Parlamento sí recogía en el art. 46.1º el amparo contra leyes en algunos casos declarando: "Cuando por ley, por disposición, o acto con valor de ley formal, del Estado o de las comunidades autónomas, que hubieran de ser cumplidas directamente sin previo requerimiento o acto de sujeción individual, se violen o pongan en peligro actual o inmediato los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional". Es en la tramitación del Congreso donde se excluye esta posibilidad.

na y la jurisprudencia cubrir la parquedad legal determinando los límites y el contenido de esta institución, que puede cobijarse en la norma aunque desprovista de contenido procesal.

Desde el punto de vista jurisprudencial el Tribunal Constitucional interpretó el art. 55.2 de la LOTC al comienzo de su andadura, y no debe olvidarse que lo más característico fue que asimiló este instituto muy pronto, como si el órgano constitucional tuviera muy claro la necesidad de incluir el amparo contra leyes en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, en la sentencia 41/1981²⁰, de 18 de diciembre, resolvió: "Una interpretación racional de este precepto (art. 55.2 LOTC) obliga a entender que la inconstitucionalidad de la ley que lesiona derechos fundamentales y libertades públicas puede ser alegada por el recurrente de amparo. *De este modo puede admitirse una pretensión directa de constitucionalidad sostenida por los particulares...*"²¹.

²⁰ En el mismo sentido y anterior a ella, vid. sentencia 34/1981, de 19 de noviembre (FJ 1º).

²¹ Pese a la claridad de los argumentos con la que el Tribunal introdujo la posibilidad de plantear un recurso de amparo contra una ley por un particular, la jurisprudencia posterior se ha pronunciado sobre esta institución de modo contradictorio y confuso, incluso algunos estiman que la interpretación realizada por el TC del art. 55.2 de la LOTC es contraria a este texto legal. Como ejemplo, S.95/1985, de 29 de julio, en la que estima que: "El recurso de amparo no tiene nunca por objeto dilucidar la constitucionalidad de normas legales o reglamentarias". Sin embargo, el TC volvió a utilizar la posibilidad del amparo contra leyes en una sentencia de gran trascendencia: la 209/1988, que fue antecedente importantísimo de la STC. 45/1989 que declaró inconstitucional algunos preceptos de la Ley del IRPF; en la primera se recoge en su F.J. 5º la siguiente afirmación: *No es ajeno al ámbito posible de un recurso de amparo un planteamiento como éste, pues, ciertamente, la hipotética apreciación, en este cauce, de que un acto del Poder Público lesionó un derecho o libertad fundamental del demandante, no podrá dejar de llevar a la concesión del amparo por el hecho de que tal acto se hubiera dictado en obediencia a lo que disponga una norma con rango de Ley, eventualidad expresamente prevista en la Ley Orgánica de este Tribunal (art.55.2)*. Es, pues, posible que en el recurso

No obstante, la jurisprudencia de nuestro TC ha sido oscilante y desconcertante. Sirva como ejemplo la STC 291/2000 de 30 de noviembre FJ 7º donde se destaca: “Conviene señalar que el hecho de que el recargo al que se está haciendo referencia venga establecido en una norma con rango de ley no impide que este Tribunal pueda examinar sus actos de aplicación y a través de ellos analizar si el precepto legal que ha sido aplicado respeta los derechos fundamentales que consagra la Constitución. Una cosa es que a través del recurso de amparo no se pueda pretender la declaración de inconstitucionalidad de normas con rango de ley, como viene insistiendo este Tribunal, “la vía del recurso de amparo no es la adecuada para la impugnación directa de las Leyes” (SSTC 206/1990, de 17 de diciembre [RTC 1990\206], F. 5; 119/1991, de 3 de junio [RTC 1991\119], F. 4; 31/1994, de 31 de enero [RTC 1994\31], F. 4; 120/1998, de 15 de junio [RTC 1998\120], F. 1), y otra muy distinta es que a través de este recurso no podamos pronunciarnos sobre la posible inconstitucionalidad de la ley aplicada en los casos en los que la lesión de derechos fundamentales que se imputa al acto impugnado traiga causa directa de la ley de la que ese acto es aplicación. Esta posibilidad, además, se encuentra específicamente prevista en el art. 55.2 LOTC.” Parece pues que el TC admite dos cosas: que existe pretensión de inconstitucionalidad por los particulares y que a lo más que se puede llegar es a un amparo contra leyes indirecto o mediato.

Doctrinalmente parece que la corriente más aceptada es la de admitir el amparo contra leyes; así Cano Mata²² destaca que el ejercicio del art. 55.2 LOTC será el que permitirá que exista en el derecho español la posibili-

dad de amparo frente a leyes, como una manifestación más de la prevalencia de la Constitución por encima de cualquier norma. Son muy claras al respecto las palabras de Cruz Villalón²³, para quien la interpretación sistemática de la Constitución impone, más que excluye, el amparo frente a leyes. Sin perjuicio de los problemas que conlleva el recurso de amparo constitucional, lo que sí habría que decir es que en la medida en que hay recurso de amparo constitucional debe haber amparo frente a leyes²⁴.

De su rápida evolución se pueden destacar algunos aspectos:

- A) Cada vez hay menos resistencia a la hora de admitir que la pretensión en amparo de que se declare una ley inconstitucional pueda conformar el objeto único y exclusivo de este proceso. Ahora bien, esta sensibilidad no ha sido acompañada por la evolución jurisprudencial. Como ya hemos destacado, el TC no ha sido en absoluto coherente con la jurisprudencia que interpreta la aplicación del artículo 55.2 de la LOTC, negando en algunos casos muy evidentes la posibilidad del amparo contra leyes²⁵.

²³ CRUZ VILLALÓN, Pedro, “El recurso..., *op. cit.*”, pág. 121 y s.

²⁴ En el mismo sentido OTTO PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*. Barcelona 1989, pág. 146, destaca de forma natural cómo el sistema kelseniano está atemperado, en su configuración inicial, por la existencia al alcance de todos de un recurso de amparo ante el propio TC para hacer valer los derechos fundamentales y las libertades públicas, y que permite que el ciudadano, al interponer dicho recurso ante el Tribunal contra un acto de aplicación de la ley inconstitucional, pida también que se examine la constitucionalidad de la ley misma. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La posición..., *op. cit.*”, pp. 50 y ss.; del mismo autor con FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, tomo II, 2ª ed., Madrid, 1981, pp. 62 y s.

²⁵ Vid. en este sentido mi trabajo “La constitucionalidad de la ley inconstitucional. Comentario a la STC 159/1997, de 2 de octubre, resolutoria de un recurso de Amparo”. En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Nº 328, 5 de febrero de 1988, págs. 1 y ss.

de amparo se llegue a discutir la conformidad a la Constitución de precepto o preceptos legales que, aplicados al demandante, depararon la lesión que motiva su queja... Ello no altera la naturaleza de este recurso constitucional.” Esta jurisprudencia confusa, en parte está motivada por las distintas sensibilidades procesales de sus magistrados.

²² CANO MATA, Antonio, *El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*, Madrid 1983, p. 24.

B) Como hemos destacado, la evolución de la justicia constitucional parece que exige la existencia del amparo contra leyes. En primer lugar, porque donde existe amparo constitucional debe existir amparo contra la ley. En segundo lugar, porque la cuestión de constitucionalidad no ha cubierto las expectativas que se esperaban y no son muchos los jueces que se deciden a acudir al TC²⁶. En tercer lugar, su existencia potencia la objetivación del amparo, a fin de que el TC recupere su función originaria, ahogada por el amparo constitucional, cual es la de control de constitucionalidad de las leyes y en ello está incluido el amparo en la medida que existe el mecanismo del art. 55.2 LOTC.

2) *El estudio del artículo 55.2 de la LOTC y el amparo contra leyes*

El análisis de este artículo requiere adoptar una postura previa sobre sus límites; podemos ceñirnos exclusivamente a lo estipulado en el art. 55.2 LOTC o, por el contrario, penetrar en los conflictos y matices procesales que crea la solicitud de declaración de inconstitucionalidad por un particular.

La primera la deseamos por simplista y porque la ley aporta pocos datos, sólo establece la “bifurcación” de procesos, eludiendo los grandes problemas que ella crea, principalmente el referido a la posición de los particulares respecto al acceso del control de las leyes. Si nos empeñamos en una visión más amplia es debido a que hay muchos inconvenientes de envergadura que este artículo propicia y que entrañan complejidad; al menos en sus aspectos procesales, la tramitación de este proceso es un auténtico rompecabezas.

Sólo con la lectura del artículo 55.2 LOTC surgen ya multitud de problemas ya que se regulan dos procesos o la bicurcación procesal. En una primera fase, se recoge un am-

paro bastante peculiar que transcurre ante la jurisdicción ordinaria, por lo que la solicitud de inconstitucionalidad de la parte está muy vinculada a la cuestión de inconstitucionalidad ya que la petición que se realiza al juez ordinario es que se pronuncie sobre la constitucionalidad de la ley, puesto que ella es la que ocasiona la lesión del derecho fundamental. Es amparo pero sin objeto, ya que en este proceso, según se regula en los arts. 41 y ss de la LOTC, no se permite atacar leyes. Por eso la pretensión del particular se solapa con la cuestión de inconstitucionalidad, por el art. 35.1 de la LOTC, se permite que el juez, bien a instancia de parte bien de oficio, acuda al TC cuando considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución²⁷. Es evidente que si el juez estima que la ley vulnera el derecho fundamental, directamente no puede hacer nada para restaurarla, debe acudir al Tribunal Constitucional. Para las partes el amparo contra leyes es el cauce procesal que permite cuestionar la constitucionalidad de la ley, no expedido si el juez decide suscitarse la cuestión.²⁸

De otro lado, si la pretensión llega hasta el TC, momento final del amparo, su tramitación no se ciñe exclusivamente a las características de este proceso, no es genuinamente un amparo, ya que participa de elementos pro-

²⁷ Somos conscientes, y así lo advertimos en su día, que para acudir al amparo contra leyes no es requisito imprescindible el haber solicitado al órgano jurisdiccional que plantee la cuestión, pero es una consecuencia lógica de la tramitación del amparo y su carácter subsidiario. Desde luego sí es imprescindible que en el proceso se invoque formalmente el derecho vulnerado, art. 44.1.c), y eso generalmente conlleva alegar la inconstitucionalidad. Vid mi trabajo *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona 1995, ed. Bosch, pág. 125. En contra, aunque reconoce que el Tribunal es contradictorio en su jurisprudencia, MIERES MIERES, L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales. (Especial referencia al incidente en el Recurso de Amparo)*, Madrid 1998, pág. 148 y ss.

²⁸ Sobre este aspecto, vid. mi trabajo “La constitucionalidad de la ley inconstitucional...”, *op. cit.*

²⁶ Las causas son variadas pero la principal es que requiere de los órganos jurisdiccionales un esfuerzo difícil de abordar debido a la saturación de trabajo que padecen.

prios de la cuestión de inconstitucionalidad y su tramitación procesal a ella se remite. Como veremos, la sala actúa de juez *a quo*, y lo que conocemos como relevancia de la cuestión de inconstitucionalidad se exige en la fase de amparo, aunque sólo sea ocasión o punto de partida; simple requisito genético para que la cuestión pueda iniciarse. Ahora bien, casi nadie duda que no es una cuestión de inconstitucionalidad, pues carece de una de sus principales características: la prejudicialidad²⁹.

Así, se habla de amparo cuando en realidad es mucho más, o algo híbrido, para referirnos al primer proceso previsto en el art. 55.2 y de cuestión de inconstitucionalidad, que no es tal³⁰, para denominar al segundo de los regulados en el mencionado artículo³¹.

El recorrido procesal que se pretende realizar tiene como fin señalar la naturaleza autónoma de este proceso como la posible puerta que abra el amparo contra leyes.

²⁹ JIMÉNEZ CAMPO, J., "Los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad", en *Los procesos constitucionales, segundo simposio de Derecho Constitucional*. Sevilla 1991, pág. 21, donde destaca que "el art. 55.2 no es una cuestión de inconstitucionalidad, sino, más bien, exactamente lo contrario: una técnica al servicio de la abstracta depuración del ordenamiento jurídico". Ya en mi libro *La sentencia en...*, *op. cit.*, pág. 165, nota 8, advierto que "la autocuestión de inconstitucionalidad no puede encuadrarse dentro de las denominadas cuestiones prejudiciales. No existe un nexo o relación entre procesos, no decide una incidencia sobre un proceso pendiente por la simple razón de que no hay proceso pendiente. Se concibe por tanto como proceso exclusivamente abstracto, para depurar la Norma Suprema de las leyes que la contradigan. El amparo en este caso es simple requisito genético para que este proceso pueda iniciarse, sin que exista, porque ha desaparecido, cualquier conexión procesal entre ambos juicios".

³⁰ La denominación del proceso que regula el art. 55.2 no ha sido pacífica, para algunos es una autocuestión de inconstitucionalidad, cuestión interna de inconstitucionalidad, para otros un incidente, etc.

³¹ Yo misma en los trabajos que he tocado este tema he utilizado indistinta y reconozco que indiscriminadamente ambos términos, que no reflejan la riqueza de este proceso. Vid. "La constitucionalidad de la ley...*op. cit.*, págs. 1 y ss., *La sentencia, op. cit.*, págs. 125 y ss.

III. LOS PARTICULARES FRENTE A LA LEY INCONSTITUCIONAL

Siendo coherentes con el desarrollo procesal propuesto, la primera aproximación hay que detallarla desde la posición inicial de los particulares frente a la ley inconstitucional; pretensión que, como hemos apuntado, puede conducir a una compleja tramitación que requiere, en algunos casos, mucha tenacidad.

El amparo contra leyes no es una acción directa del ciudadano frente a la norma, sobre ello se ha pronunciado ampliamente la doctrina, y no nos parece que sea un punto que nuevamente deba tratarse, asumimos plenamente sus postulados³².

La ausencia de legitimación directa de los ciudadanos ante el TC trae su causa en que la primera fase de este proceso la pretensión se ejercita ante la jurisdicción ordinaria como si de un amparo se tratase, de ahí que opere uno de sus principales mecanismos: la subsidiariedad (arts. 43.1 y 44.1 LOTC); requisito del amparo que garantiza un nivel de protección común a todos los derechos constitucionales, pero que en esta sede no cumple su fin específico por el contenido de la pretensión: inconstitucionalidad de la ley. Cuando afirmamos que no cumple su fin específico nos referimos lógicamente a que la subsidiariedad tiene como objetivo principal el que los jueces subsanen la violación de los derechos y libertades fundamentales en sede ordinaria; ahora bien, ellos no pueden restaurar la violación si el acto que se cuestiona es la ley. El problema está pues en el principio de subsidiariedad, nuestro recurso de amparo es remedio sucesivo no alternativo; el TC sólo puede intervenir en amparo una vez que lo hayan hecho los jueces ordinarios.

³² CALAMANDREI, P., "Ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil", en *Derecho Procesal Civil, Instituciones de Derecho Procesal*, Tomo III, Buenos Aires 1962, p. 69. Vid también en este sentido pero desde otra óptica FIGUERUELO BURRIEZA, A., "Algunos problemas que suscita la autocuestión de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la LOTC)", en *REDC*, Núm 21, 1987, pág. 242. URIAS MARTÍNEZ, J.P., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, Madrid 1996 p. 13 y ss.

Es ya el momento de escrutar la tramitación completa de la pretensión de inconstitucionalidad realizada por un particular. Inmediatamente se desvela que los ciudadanos no tienen legitimación para iniciar un proceso de inconstitucionalidad; de otro lado se advierte que en ninguna de las fases que debe cubrir podrá ejercitar su pretensión de manera autónoma³³, y por último, su solicitud estará siempre circunscrita al agotamiento previo de la vía judicial. El primer aspecto es claro y ya nos hemos pronunciado, el segundo y tercero, muy vinculados entre sí, es preciso analizarlos ya en esta sede.

1. *La pretensión de inconstitucionalidad en la jurisdicción ordinaria*

Agotar la vía judicial es imprescindible por el principio de subsidiariedad; el TC sólo interviene en amparo una vez que lo hayan hecho los jueces ordinarios, de ahí que la pretensión de inconstitucionalidad del particular puede solaparse en la cuestión de inconstitucionalidad.

Ahora bien, la subsidiariedad, no sólo como requisito procesal sino también como sistema regulador de las relaciones entre la justicia constitucional y la ordinaria, no cumple su objetivo cuando el amparo tiene por objeto la violación de un derecho fundamental que tiene su origen en la ley. En el amparo contra leyes la subsidiariedad se requiere, pero la lesión, si existe, no puede ser corregida por los jueces ordinarios. Esta diferencia va a marcar al proceso que nos ocupa, distanciándose conceptual y jurídicamente del amparo constitucional.

Con razón hay que preguntarse si puede obviarse la subsidiariedad, y lo que conlleva, en cuanto que no puede cumplir su fin esencial cuando la pretensión tiene acumulada la inconstitucionalidad de la ley.

³³ Surge aquí ya uno de los primeros problemas procesales, que la doctrina entiende se superaría si se concediese legitimación directa ante el TC, por no plantear el juez la cuestión de inconstitucionalidad.

La primera y fácil respuesta negativa se fundamenta en que es el argumento principal que excluye de nuestro sistema el amparo directo de los ciudadanos, incluso, como destaca Urias, aunque las leyes sean autoaplicativas³⁴.

No obstante existen otros planteamientos, aparentemente no tan concluyentes, pero inevitables, ya que este requisito no sólo está ligado a la protección de los derechos fundamentales, sino también, y no de modo accesorio, a la interpretación de las normas a la luz de la Constitución. Los jueces no sólo eligen y aplican la norma, también la integran en cuanto intérpretes de la ley y de la Constitución. Aspecto medular que desvela la esencia de la función jurisdiccional, en absoluto limitada a la simple elección de la ley aplicable al caso o a la estricta legalidad ordinaria. El juez tiene una nueva y fundamental tarea, como intérprete de la norma desde la Ley Fundamental y, como tal, colaborador esencial en la constitucionalización social del legislativo³⁵. “Al juez le corresponde en el momento presente la misión de descubrir el sentido objetivo y actual de la norma, de obtener de ella nuevos significados que se adapten a la realidad cambiante...; más que de aplicación del derecho, hoy debe hablarse de interpretación de las normas y esa interpretación comporta también una función normativa”³⁶.

La subsidiariedad opera pues como garantía de la función jurisdiccional. Si bien puede prescindirse de ella en el amparo contra le-

³⁴ Vid URIAS MARTÍNEZ, J. P., *La cuestión interna...*, op. cit., pp. 29 y ss. “El principio de subsidiariedad imposibilita prácticamente la impugnación directa de casi ninguna ley dado que normalmente habrá que intentar previamente su impugnación judicial (incluso provocando actos no necesarios, en principio, de aplicación por la administración)”. Un sector de la doctrina reclama que al menos y sólo frente a las leyes autoaplicativas es exigible un amparo directo frente a leyes, ESPINOSA-SALDAÑA, E., “Reflexiones sobre...”, op. cit., págs. 103 y ss.

³⁵ PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid 1990, págs., 189 y ss.

³⁶ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de derecho procesal*, Madrid 1981, págs. 112 y ss.

yes su existencia, de ningún modo, distorsiona o desvanece la pretensión de inconstitucionalidad de los ciudadanos. El amparo contra leyes como potenciador de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales no olvida que en cuanto valores objetivos los derechos fundamentales deben ser criterio de enjuiciamiento de la validez de los actos de los poderes públicos.

La subsidiariedad, en este caso, aunque no conforma la delimitación objetiva de los derechos fundamentales, sí que delimita el ámbito de protección ya que los jueces como intérpretes del ordenamiento jurídico y de la Constitución tienen reconocida competencia respecto al control de constitucionalidad de las leyes. Tienen limitada su función sólo cuando exteriorizan su duda, no pueden ni declararla inconstitucional ni desaplicarla por ese motivo, pero en el resto son jueces de la constitucionalidad. Incluso antes de elevar la cuestión al TC deben adecuar la ley a través de una interpretación conforme agotando todas las posibilidades interpretativas.

El juez al aplicar e interpretar las normas no debe olvidar el orden constitucional establecido, hasta el punto de que si viola este deber no sólo lesiona un sistema objetivo de valores, sino también derechos fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos. Fue claro el Tribunal Constitucional Federal en el caso Lüth³⁷, donde se destacó que los ciudadanos tienen un derecho constitucional a que los titulares del poder público, también el judicial, tengan siempre presente el sistema jurídico constitucional, y resuelvan en todos los ámbitos teniendo en cuenta esta influencia. El juez está obligado a interpretar las leyes conforme a la CE y esta es una función capital y evidentemente se incluye dentro de las funciones normales de los jueces y magistrados³⁸.

Este importante aspecto revela que el debate sobre la constitucionalidad de la ley comienza en sede ordinaria. El particular en el proceso solicita una decisión sobre la constitucionalidad de la ley, que debe ser respon-

da expresamente³⁹ por el juez y cuanto antes; la parte posee el derecho a una resolución sobre la duda de inconstitucionalidad⁴⁰.

- a) Respuesta positiva del juez ordinario frente a la pretensión de inconstitucionalidad

Si frente a la pretensión de la parte el juez estima que la ley es inconstitucional, necesariamente provoca el planteamiento de la cuestión ante el TC⁴¹ y la suspensión del proceso principal (art. 35 LOTC). Pero el efecto procesal que más nos interesa es que la promoción del incidente cierra el amparo contra leyes.

Las partes (la que dudaba y la que no) han obtenido la satisfacción de su interés, que se traduce no en el derecho a un resultado sino en el debate y resolución de la misma por el órgano competente, resolución que será aplicable al juicio *a quo* por el carácter prejudicial de la cuestión de inconstitucionalidad⁴². Si en el amparo contra leyes los intereses de los particulares se satisfacen con la declaración de inconstitucionalidad de la norma, con el planteamiento de la cuestión este ya está protegido, porque se va a resolver sobre los fundamentos que apoyan su demanda de inconstitucionalidad⁴³; “es únicamente en función de

³⁹ Entendemos que no cabe el silencio como ha ocurrido en algunas ocasiones.

⁴⁰ LÓPEZ-FRAGOSO ALVAREZ, T., “La falta de legitimación de las partes de un proceso para solicitar del órgano jurisdiccional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”, en *Revista jurídica Española La Ley*, 1, 1991, pág. 1066.

⁴¹ No puede, como así lo ha declarado el TC en la SSTC, 23/1988, de 22 de febrero; 12/1991, de 28 de enero, eludir la aplicación de la ley por estimarla inconstitucional, si duda debe plantear la cuestión.

⁴² Esta es la línea argumental que preside mi trabajo sobre *La sentencia...*, *op. cit.*, principalmente págs. 161 y ss.

⁴³ MIERES MIERES, J.L., *El incidente de...*, *op. cit.*, pág. 149. En contra de MIERES, entiendo que el planteamiento de la cuestión puede remediar por sí misma la lesión del derecho fundamental y desde luego, cierra la posible intervención de este órgano por la vía del 55.2 LOTC.

³⁷ BverfGE 35, 79 (112).

³⁸ Vid. BLASCO SOTO, C., *La sentencia...*, *op. cit.*, págs. 181 y ss.

la satisfacción de este interés que se justifica la suspensión del proceso entre las partes, también en el caso de que la cuestión de ilegitimidad constitucional haya sido suscitada de oficio...”⁴⁴.

Para el juicio *a quo*, la sentencia que dicte el TC tiene efecto de cosa juzgada formal⁴⁵, quiere decir que en ese mismo proceso, no se puede modificar o alterar lo resuelto. La resolución no puede ser revocada, pero además tiene que ser respetada, se ha de partir de lo dispuesto en ella con su concreto contenido, en los sucesivos actos de ese mismo proceso⁴⁶.

Respecto a las partes, están vinculadas a lo resuelto, no pueden volver a cuestionar en ese proceso la constitucionalidad de la norma, ya han recibido respuesta del Alto Organismo. Para los jueces de las sucesivas instancias la situación es diferente. Nunca pueden plantear, en otra fase, una cuestión de inconstitucionalidad idéntica a la jurídica ya resuelta. No obstante, si se modifica el parámetro constitucional de referencia, es decir la *causa petendi*, sí que puede acudir al TC con el mismo *petitum*, que se declare la ley inconstitucional. Supuesto ciertamente excepcional, pero no ajeno a la justicia constitucional⁴⁷.

⁴⁴ GARBAGNATI, Edoardo, “Sull’efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale”, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Vol IV, Padova 1959, p. 198.

⁴⁵ Vid. mi trabajo “Reflexiones en torno a la fuerza de cosa juzgada en la sentencia dictada en cuestión de inconstitucionalidad”, en *REDC*, N° 41 1994.

⁴⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal con examen de la jurisprudencia del tribunal Constitucional*. Madrid 1991, pág. 20.

⁴⁷ En este sentido vid. La STC 6/1991, donde se admite que en otro grado del mismo juicio, otra duda de constitucionalidad sobre el mismo precepto. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal solicitan que se inadmita la cuestión de inconstitucionalidad por el efecto de cosa juzgada, ya que en las SSTC 111/1983, 166/1986 y 67/1988, “ya se habían pronunciado sobre la constitucionalidad de la ley que expropió el grupo Rumasa, Sociedad Anónima”. En el fundamento jurídico 4º, el TC señala que “No puede considerarse como alegación formal de cosa juzgada material, en su sentido pro-

- b) Respuesta negativa del juez ordinario frente a la pretensión de inconstitucionalidad

La otra posibilidad es que el juez se niegue, fundándolo, a plantear la cuestión. En este caso tampoco se abre el amparo contra leyes. Este aspecto es importante pero confuso, porque se entremezclan los argumentos procesales con el objeto del proceso, por lo que existen contradicciones propiciadas incluso por el mismo TC⁴⁸, sin olvidar los *desiderandus* doctrinales que ven en él la posible alternativa para evitar que el particular tenga que seguir sufriendo los avatares del proceso. Así Rubio Llorente reiteradamente defiende la revisión urgente de la doctrina del Tribunal “en lo que toca a la inadmisibilidad de los amparos que se basan en la negativa del juez a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, aunque la petición a la que esa negativa se opone no se fundamente en la supuesta contradicción entre la ley cuestionada y uno de los derechos fundamentales protegidos en amparo”⁴⁹.

pio de excepción procesal, pues la duda de inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 7/1983, suscitada en la primera instancia del procedimiento interdictal y resuelto por la STC 166/1986, se refería a la tutela judicial efectiva en relación con el art. 24.1 C.E., mientras que la Audiencia Provincial, en la segunda instancia, la plantea respecto de los arts. 33.3 y 14 C.E.”. Ciertamente el TC aquí creemos que se equivoca pues no se trata tanto de efecto de cosa juzgada formal como material. Aunque el argumento que utiliza, no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad en relación con los arts. 33.3 y 14 C.E., sirven estos también para el efecto de cosa juzgada formal.

⁴⁸ AATC, 878/87, 10/83, 275/83 939/85, SSTC 148/86, 23/88, 67/88, 206/90, 119/90, 62/92, 159/1997.

⁴⁹ RUBIO LLORENTE, *op. cit.*, pág. 55. CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid 1998, va mucho más allá y en la defensa del carácter subjetivo de la cuestión de inconstitucionalidad, entiende que “se puede abrir la impugnación del auto de no planteamiento mediante el recurso de amparo, pues se transgrede el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de aplicación de leyes constitucionales, lo que implicaría una reforma de *lege ferenda* de la inimpugnabilidad establecida en el art. 35.2 LOTC”, pág. 333.

Entendemos los problemas que suscitan estas reflexiones, pero no su resolución por varios motivos.

El primero, es porque creemos que el no planteamiento por el juez no puede abrir por sí sólo el amparo, ya que la solicitud de la parte ha sido planteada y resuelta por el órgano jurisdiccional, ha obtenido una resolución fundada sobre su pretensión. Como ya expusimos al referirnos a la subsidiariedad en este proceso, el juez aplica y se pronuncia –aunque sólo pueda hacerlo en un sentido, el positivo– sobre la constitucionalidad de la ley. Los órganos jurisdiccionales tienen reconocida competencia respecto al control de constitucionalidad ejercitando su función de intérprete y aplicador de la Constitución. Deben adecuar la ley y su interpretación a la Primera Norma, de modo que si es posible una interpretación conforme a la misma no deberá suscitar el incidente ante el TC. Que tiene competencias en esta materia lo confirman los arts. 163 CE, 35.1 LOTC y 5.1 LOPJ. Al juez le corresponde un *Prüfungsrecht*, juicio sobre la norma aplicable por su constitucional intelección, proporcionando un contenido positivo a la ley. Para hacer efectivo el “orden constitucional de valores”, descubre verdades latentes reconociendo un *quid iuris* sustento del *iura novit curia*, tarea esencial e indiscutible que enmarca el contenido de su actividad, sólo cuando el mismo es negativo se habla de duda de constitucionalidad y su deber de promoverla⁵⁰. Entendemos por tanto que no debe alterarse este criterio, incluso aunque se produjese la deseable modificación del art. 55.2 de la LOTC⁵¹.

⁵⁰ Vid. mi trabajo *La sentencia*, *op. cit.*, pág. 186 y ss.

⁵¹ Este es un argumento que defendí en el trabajo mío ya citado, *La sentencia...*, págs. 128, y más contundentemente en “La constitucionalidad de la ley...”, *op. cit.*, pág. 3, “No obstante, y en eso coincido con la resolución del Constitucional, la duda de las partes no obliga al órgano jurisdiccional, que no duda, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ahora bien, tampoco cercena el interés, próximo a la acción, que se plasma jurídicamente en utilizar los mecanismos que el ordenamiento proporciona para evitar la aplicación de una

Así pues, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad corresponde en exclusiva a los Organos Jurisdiccionales y no cabe amparo por su decisión, como destaca Jiménez Campo⁵², “La solicitud de las partes ni puede obligar al órgano judicial a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ni semejante posibilidad es siquiera concebible, pues bien claro está que en semejante hipótesis, el Juez o Tribunal, incapacitado para valorar la petición de la parte, dejaría de ser intérprete de la ley y de la Constitución”.

Es segundo motivo por el que entendemos que la duda de las partes no obliga al órgano judicial a plantear la constitucionalidad de la ley, ni su negativa da acceso directo al

norma inconstitucional en el proceso. La alegación de la cuestión de inconstitucionalidad por las partes del proceso *a quo*, es uno de los instrumentos a utilizar para lograr la tutela efectiva. De aplicarse la norma inconstitucional, ésta desde luego no se logrará. La vía para acudir al amparo contra leyes es el art. 55.2 LOTC, el recurrente ante el Tribunal Constitucional estima que la ley que ha resuelto su controversia es inconstitucional y viola un derecho fundamental, pero para haber llegado a esta instancia se requiere que previamente haya realizado esta alegación ante la jurisdicción ordinaria, solicitando al juez que plantee la cuestión de inconstitucionalidad (ya que es la única manera de restaurar la vulneración), solicitud que ha sido denegada en las sucesivas. Este aspecto, en absoluto conculca el respeto a la actividad de los jueces y tribunales en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que les corresponde en exclusiva, no cabe amparo por el hecho de que el juez no promueva cuestión ante el Constitucional. Los medios para la defensa de la legalidad, incluida la constitucional, la tienen principalmente atribuida los órganos jurisdiccionales, así como la garantía de los derechos fundamentales en el proceso, el carácter de la “legitimación” es unívoco y exclusivo en este proceso. Bajo estos presupuestos se concluye fácilmente que en ningún caso el juez está obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, si así fuese se desconocería el sustrato de la jurisdicción concentrada; se desvirtuaría el principio *iura novit curia*, etc.

⁵² JIMÉNEZ CAMPO, J., “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho Español”, en *La Jurisdicción Constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid 1995, págs. 80-81.

amparo contra leyes, se fundamenta en dos aspectos trascendentales aunque distintos, que delimitan este proceso. Debe ser posible diferenciar el inicio del proceso de su objeto; se advierte, de un lado, que cuestión y recurso de amparo contra leyes son instituciones distintas y, de otro, que de cómo se inicie el proceso tiene mucha relevancia en el juicio constitucional, en cómo se enjuicia la norma e incluso, ya sabemos, en el tipo de fallo que se dicte. El planteamiento o no por el juez de la cuestión aparece como un trámite procesal que ni configura, ni desvanece la pretensión de inconstitucionalidad del particular.

Lo que fundamenta el proceso constitucional es la existencia de una pretensión de inconstitucionalidad de los particulares, de ahí que entendamos que el amparo por no plantear la inconstitucionalidad convertiría a este proceso en un control sobre la actividad del juez. Ciertamente modula la naturaleza del amparo contra leyes la inexistencia de un proceso directo de inconstitucionalidad, ahora bien, en absoluto cercena la pretensión de inconstitucionalidad. Si entendemos que la pretensión es declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional, ésta existirá siempre que la amenaza de los derechos fundamentales pueda tener su causa en la ley, bien directamente, bien por un acto de aplicación de la misma.

El amparo contra leyes en cuanto puede en fase inicial convertirse en cuestión de inconstitucionalidad, sigue teniendo trascendencia e importancia como proceso autónomo —no basta con decir que se asimila a la cuestión de inconstitucionalidad—, y ello es así porque es posible que la demanda de inconstitucionalidad de los particulares no haya sido atendida o resuelta por la jurisdicción ordinaria. Lo que habilita para acudir al TC no es la resolución judicial de fondo, sino el derecho de la parte a que se tome en cuenta la fundamentación constitucional que argumenta a favor de la inconstitucionalidad, entiende que la interpretación realizada lesiona derechos fundamentales bajo la forma de derechos subjetivos. Los órganos jurisdiccionales deben tener en cuenta los derechos fundamentales que apoyan la pretensión de las partes, cada vez que el juez no toma en cuenta en la

debida medida un principio iusfundamental que apoya la posición que hace valer, lesiona también un derecho de defensa o un derecho de protección⁵³.

No se pretende subjetivizar y mucho menos mediatizar la función jurisdiccional, si acaso desmitificar el contenido y significado que se otorga a la exclusividad en el planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad, si con ello se entiende que anula el interés de las partes en la decisión sobre su constitucionalidad. La parte no tiene derecho a una resolución de contenido determinado, mucho menos al resultado pretendido y ni siquiera tiene derecho al acierto, pero sí a que la misma sea decidida por el órgano competente y para ello quizá deba acudir al TC, por la vía del amparo contra leyes. El contenido de la pretensión lo configura la existencia de un derecho fundamental del que la parte es titular y se plasma jurídicamente en la posibilidad de utilizar los mecanismos que el ordenamiento proporciona para evitar la aplicación de una norma inconstitucional en el proceso. La demanda se dirige contra la ley que lo cercena, pero el juez ordinario puede también desconocerlo.

La petición de parte que duda de la constitucionalidad de la ley configura una pretensión, es un auténtico error no tenerlo en cuenta tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal. Pretensión que va a tener fundamentales consecuencias en el desarrollo del amparo contra leyes; tanto en la tramitación como en el fallo que se dicte la Sala inevitablemente cuando conozca el amparo va a resolver sobre la constitucionalidad de la ley, su función no se puede limitar a la concreción y actualidad de la lesión, va más allá.

Esta aproximación sobre la pretensión de inconstitucionalidad de las partes ante la jurisdicción ordinaria nos lleva aparentemente a un camino sin salida: el no plantear la cuestión no abre el amparo, el plantearla lo cierra. La pregunta por tanto es si realmente existe pretensión de amparo autónoma, o si por el contrario es esfuerzo inútil el intento de con-

⁵³ ALEX Y, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, pág. 520.

figurar procesalmente esta figura sin salirnos de los estrictos límites del 55.2 LOTC.

Si seguimos delante en este empeño es porque creemos que existe pretensión de amparo del particular cuando la lesión proviene del legislador. Aunque no estemos de acuerdo con los argumentos que defienden que cabe recurso ante el TC por no plantear la cuestión de inconstitucionalidad, la conclusión no puede ser la inexistencia de pretensión, porque no se puede ocultar que en muchos de los recursos de amparo se está juzgando la constitucionalidad de la ley, o al menos que parte del objeto tiene esa pretensión incorporada. La realidad jurídica es que la norma puede ser inconstitucional, y así lo destacan las partes, de modo que la vulneración al derecho fundamental se corregirá cambiando la ley.

El panorama es complejo, pero reflejo del déficit procesal en esta materia. Técnicamente estamos ante un amparo pero funcionalmente es un proceso de constitucionalidad. La subsanación de los derechos fundamentales requiere una tramitación distinta, y produce unos efectos diferentes cuando el origen de las mismas las produce el legislador, pero lo que es claro es que el juicio sobre la constitucionalidad de la ley es prejudicial al de la vulneración del derecho fundamental, no accidental como parece destacar el art. 55.2 LOTC.

En el actual Estado de Derecho, no puede negarse la protección del particular frente a la ley; la jurisdicción constitucional no debe limitarse, en materia de derechos fundamentales, al ejecutivo y al judicial. En lo que concierne al legislador existe un proceso para que el ciudadano pueda hacer valer la ilegalidad de su actuación, su deficiente regulación no debería entorpecer la demanda planteada, y más si tenemos en cuenta que la ley ha recibido aplicación judicial. Esta pretensión se configura como un interés próximo a la acción, por el amparo contra ley, el interés simple se transforma en protegido provisto de acción⁵⁴.

No debe olvidarse que la Constitución garantiza derechos frente al legislador; de

igual modo los ciudadanos tienen legitimación individual para acudir al Constitucional a fin de que emita un juicio sobre la constitucionalidad de la ley. Si los derechos subjetivos fundamentales tienen validez inmediata y la ley puede privar a los titulares de los derechos fundamentales de algo a lo que tienen un derecho subjetivo, no se entiende por qué la desigualdad en la protección dependiendo de si la amenaza proviene de un acto de la autoridad o de una ley, cuando tan grave amenaza puede ser la una como la otra⁵⁵.

Así pues toda lesión de los derechos fundamentales debe conformar una pretensión, provista de acción. También en el caso de que la violación provenga del legislador, garantizando así la posibilidad de un resultado conforme al derecho fundamental. Sólo así se consigue que la imposición al legislador de respetar el contenido de los derechos fundamentales no sea simplemente objetiva (teoría de la garantía institucional en la que basta que exista frente al legislador una protección objetiva que no otorga ningún derecho a los ciudadanos, es lo que ocurre con el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad), sino también subjetiva. Interesa resaltar que no existe derecho subjetivo alguno de los particulares a un proceso constitucional que recoja la pretensión de inconstitucionalidad, pero una vez regulada la posibilidad de la inconstitucionalidad de las leyes en materia de derechos fundamentales, este aserto tiene efectos jurídicos concretos que se proyectan a las instituciones procesales.

Ante la jurisdicción ordinaria, pese a los problemas destacados, la pretensión transcurre con normalidad. Donde surgen los problemas es ante la jurisdicción constitucional, porque contrariamente a lo que diga la ley, el

⁵⁵ ARAGÓN REYES, Manuel, "El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978", en *REP*, N° 7, 1979, en la p. 191. En este sentido ALEXY es claro destacando que la subjetivización al mero aseguramiento objetivo es indispensable si los derechos fundamentales son tomados en serio como derechos fundamentales. Los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente se proyectan también al derecho procesal a ellos vinculado. ALEXY, *op. cit.*, pág. 470.

⁵⁴ BLASCO SOTO, C., *La sentencia...*, *op. cit.*, pág. 98.

estudio de la constitucionalidad y la violación del derecho fundamental son cuestiones parejas. Es en esta confusión donde se encuentran muchos de los problemas. La pretensión, debido a la compleja tramitación procesal, parece que se desvanece o transforma en sede constitucional. La ley exige al particular que para cuestionar la constitucionalidad de la ley ante el Alto Organo, ataque la sentencia que la aplicó, pero su pretensión sigue siendo contra el legislador.

2. La pretensión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

La pretensión en sede constitucional está configurada material y procesalmente con mucha similitud a la desarrollada en vía ordinaria. Ahora bien, esta posición no es compartida por toda la doctrina que ya que un sector niega la pretensión subjetiva de inconstitucionalidad⁵⁶, o destaca la ausencia de interés de la parte en la declaración de inconstitucionalidad para concluir, que el mecanismo que estudiamos tiene como fin proteger el interés objetivo en la depuración del ordenamiento jurídico⁵⁷. A ello se añade la compleja tramitación para acceder al Tribunal Constitucional, complejidad que la explica Díez-Picazo Giménez, cuando dice: “la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no contempla ni el amparo frente a leyes ni el amparo frente a particulares, si bien lo primero se suple –de manera imperfecta– a través de las cuestiones y autocuestiones de inconstitucionalidad”⁵⁸. Lo que regula el art. 55.2 LOTC es excesivamente complejo para los ciudadanos.

Lo que la doctrina discute en esta sede es si la parte tiene interés; o mejor dicho, si lo tiene no puede ejercitarlo en un proceso, por tanto aunque exista no está jurídicamente

protegido. La justificación es sencilla, los procesos de inconstitucionalidad de las leyes son un remedio referido exclusivamente a asegurar la primacía de la CE⁵⁹, protección objetiva y no subjetiva, de ahí que ni siquiera en la fase ordinaria se pueda justificar una pretensión de parte en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Pero la realidad jurídica es contraria a estas opiniones, los problemas, como destaca Cruz Villalón⁶⁰, son de otra índole. Las partes sí tienen interés directo en la declaración de inconstitucionalidad de la ley, lo que no tienen es un mecanismo directo o un acceso directo al Constitucional para realizar esa solicitud, ni tampoco existe una acción popular de los ciudadanos para encauzar su pretensión. El proceso constitucional, en contra de la interpretación que de él se realiza, no devalúa el interés de la parte ya que está destinado a operar en su esfera jurídica; el interés que mueve tanto al juez como a las partes es el de resolver el juicio de forma constitucionalmente correcta, queda en segundo plano el interés a la eliminación de la ley inconstitucional del ordenamiento y eso es así a menos que se quiera sostener que se actúa por mero interés teórico o científico (Zagrebelsky⁶¹).

Así pues, cabe reconocer que aunque lo que el art. 55.2 LOTC regula es un pseudo-proceso, cuyo fundamento es la inconstitucionalidad de la ley, la pretensión individual de las partes es relevante y está presente desde el inicio de la fase ordinaria. La situación creada surge de una confusión y es que lo formalmente regulado (art. 55.2 LOTC) se ha desvinculado de qué es lo que regula, llegando a la paradoja de que existe un procedimiento llamado amparo por aplicación de ley inconstitucional, con independencia de la posición de las partes. Sólo así se justifica, por

⁵⁶ Vid. FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Algunos problemas...”, *op. cit.*, pág. 239.

⁵⁷ URIAS MARTÍNEZ, J.P., *La cuestión interna...*, *op. cit.*, p. 16.

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, en OLIVA SANTOS, A., pág. 186.

⁵⁹ Vid. En este sentido FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Algunos problemas...”, *op. cit.*, pág. 47 y ss.

⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, P., *op. cit.*, pág. 121.

⁶¹ ZAGREBELSKY, G., “Corte Costituzionale e magistratura: a proposito di una discussione sulla “rilevanza” delle questioni incidentali di costituzionalità sulle leggi”, en *Giur. Cost.* 1973, págs. 1208 y ss. En el mismo sentido BLASCO SOTO, C., *La sentencia...*, *op. cit.*, p. 106.

ejemplo, la dualidad de procesos y lo que es más grave que ante el TC se descarte regresivamente la comparecencia de las partes, sus alegaciones, etc., y sí se admita en cambio la intervención de la administración⁶².

El segundo argumento que cuestiona la existencia de pretensión del particular se fundamenta en que el control de la actividad del legislador es objetivo y abstracto; al ser el titular de la soberanía es inapropiado establecer un sistema de control procesal, ya que no debe discutirse por los ciudadanos la solvencia de normas emanadas directamente de la representación de la voluntad popular. Este aspecto está íntimamente vinculado al origen de la justicia constitucional, y aunque la realidad histórica no deba cuestionarse, son conceptos que no operan actualmente en plenitud, al menos para delimitar la naturaleza y perfiles de los procesos constitucionales. Los procesos de constitucionalidad tienen dos componentes, enunciado legal cuestionado y las normas constitucionales que se estiman cuestionadas, todos los procesos de constitucionalidad participan de este carácter abstracto y todos sirven para la tutela objetiva de los derechos fundamentales. Ahora bien, el nuevo debate es si en nuestro sistema de justicia constitucional es posible un proceso abstracto pero de naturaleza subjetiva donde se incluiría el amparo frente al legislador. Adoptar esta postura significa reconocer la existencia de derechos subjetivos de los titulares de los derechos y libertades fundamentales también cuando el acto es la ley; negarla significa excluir este proceso y circunscribir la posición del legislador en el ámbito objetivo. Desde este punto de vista, el recurso de amparo contra leyes como proceso constitucional que es opera en un plano objetivo, se limita al contraste entre la ley impugnada y la Constitución, de ahí el efecto *erga omnes* de sus resoluciones, afectan a la totalidad, pero viene exigido por normas que confieren derechos subjetivos de titularidad individual, de modo que el ejercicio de la pretensión está encaminado a la defensa de esos intereses individua-

les, no para la defensa del orden jurídico objetivo. El TCFA ha establecido que hay que partir del hecho de que los derechos fundamentales son en primer lugar derechos individuales. Su función, en tanto principios objetivos, consiste en el apuntalamiento básico de su fuerza de vigencia pero, sin embargo, tiene sus raíces en este significado primario. Por ello, no puede separarse de su núcleo propiamente dicho e independizarse en un esquema de normas objetivas en el que el sentido originario y permanente de los derechos fundamentales pasa a segundo plano (BverfGE 50, 291 (337)⁶³. El demandante individual no actúa como representante o delegado del orden jurídico objetivo, sino para hacer valer sus derechos.

La conclusión importante es que, referidos a la actividad judicial, los derechos fundamentales como públicos subjetivos tienen su cara objetiva en cuanto a la garantía de su protección, ambas dimensiones son de equivalentes resultados; la finalidad que se alcanza en el nivel de la tutela judicial en una puede ser alcanzada por la otra. El legislador cuando actúa creando o modificando leyes sí que puede, si infringe la Primera Norma, generar pretensiones por parte de los particulares ante el TC.

La existencia de una pretensión de inconstitucionalidad de los particulares es plenamente acorde con la vertiente público subjetiva de los derechos fundamentales que exige una garantía jurisdiccional, el haz de posiciones jurídicas fundamentales a ellos adscritos son objeto directo de la tutela judicial.

Los derechos fundamentales como públicos subjetivos tienen su cara objetiva en cuanto a la garantía de su protección (procedimiento, efectos de la resolución, etc.), cuya finalidad es argumentar y resolver de cara a toda la sociedad, pero individualmente, cada ciudadano está legitimado para ejercitar su pretensión; está protegido frente al Estado incluido el legislador. De este modo el proceso constitucional de amparo contra leyes no puede concebirse como posición objetiva no

⁶² PEDRAZ PENALVA, E., "En torno a la designación...", *op. cit.*, pág. 891.

⁶³ ALEXY, R., *Teoría de los...*, *op. cit.*, Madrid 1993, págs. 479 y s.

vinculante. Ya hemos apuntado que no existe derecho subjetivo de ningún tipo a un proceso donde el particular esté legitimado frente a la ley inconstitucional. Pero también es cierto que los particulares no pueden ser excluidos del control cuando la ley incide derechos fundamentales, en la medida en que éstos llevan incorporada la garantía de protección judicial efectiva, para hacerlos plenos y eficaces. El Tribunal Constitucional alemán ha sido siempre muy claro en este sentido afirmando que el derecho al proceso es el medio de proporcionar al titular del derecho fundamental el contenido de éste querido constitucionalmente. El derecho al proceso se configura pues como realización efectiva de los derechos fundamentales.

Del derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce un derecho a la protección de los derechos fundamentales a través del proceso. Todos los derechos fundamentales materiales tienen adscritos derechos procedimentales entre los que se encuentran los procesales. La pregunta es si declaración es aplicable al legislador.

La tradición nos dice que el procedimiento de control de constitucionalidad es objetivo, que a cada función del TC le corresponde una vía procesal propia. Ahora bien, estos aspectos en la actualidad sólo son el resultado de las soluciones adoptadas por el legislador orgánico, son la definición del sistema pero no su fundamento y causa. No puede negarse que las partes obtengan respuesta fundamentada en torno a los argumentos respecto a la inconstitucionalidad de la ley, tampoco puede negarse por tanto la pretensión procesal que se quiere sea resuelta en el juicio, y es así porque los ciudadanos deben tener garantías de los derechos fundamentales frente a los poderes públicos, incluido el legislador, ya que la ley puede lesionarlos.

Entendemos que ante la jurisdicción constitucional, aunque existen disfunciones procesales de envergadura, la pretensión del particular no se desvanece, aun reconociendo que en el segundo de los juicios regulados en el art. 55.2 LOTC no tenga ninguna trascendencia donde ni siquiera se permite a los particulares intervenir. Es más, la pretensión del par-

ticuliar sigue en esta fase inalterada, e incluso se ha reforzado porque se ha ampliado su objeto, al aplicar en el proceso la ley que estima viola o no reconoce su posición jurídica fundamentada. Inicialmente, ante la jurisdicción ordinaria, el contenido de la pretensión estaba sin delimitar; posibilidad de que la ley violaba la CE, pero ahora en su aplicación judicial se incorpora la solicitud de que el proceso sea resuelto con normas conforme a la CE, y ese interés es subjetivo, comprende el derecho al proceso con todas las garantías. La tutela debe ser el resultado de la aplicación de una norma que no contradiga la Constitución. La protección genérica solicitada en fase ordinaria, que se resuelva sobre la constitucionalidad de la ley, se amplía y concreta en la constitucional, interés jurídico subjetivo de que su proceso sea resuelto con normas conforme a la CE, así pues se abre la puerta de un proceso autónomo que transforma en cierta medida la tramitación procesal.

En otras palabras, ante el TC el objeto de este proceso que es único aunque con varias pretensiones (declaración de inconstitucionalidad de la ley y lesión de los derechos fundamentales), proviene de un acto de aplicación, requisito fundamental del amparo que configura en gran parte que la lesión de los derechos fundamentales sea actual y concreta, no abstracta. Así pues, la pretensión de parte que es plural (restauración del derecho fundamental y declaración de inconstitucionalidad) no desaparece ni se transforma en su variada tramitación procesal, y lo demuestra la técnica procesal manifestada en la prejudicialidad, que se traduce en que previo a la tutela del derecho fundamental violado es la supervisión de la constitucionalidad de la ley. Decimos supervisión porque no hay una declaración de inconstitucionalidad aunque se reconozca el amparo.

Parece pues necesario, que bien por vía legal, bien jurisprudencial, se alcance un consenso sobre los presupuestos y condiciones del amparo contra leyes que faciliten al ciudadano el acceso de su pretensión ante el Tribunal Constitucional. No obstante, en la situación actual sí pueden destacarse algunas de las pautas procesales.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES DEL AMPARO CONTRA LEYES

Otro de los grandes problemas del art. 55.2 LOTC es la indeterminación en cuanto a sus exigencias procesales. Incertidumbre peligrosa, si tenemos en cuenta el conflicto que circunda su configuración y es que el amparo genérico frente a leyes puede agotarse en el incidente de constitucionalidad del art. 35.2 LOTC, por lo que parece inexcusable un reforzamiento de sus garantías procesales⁶⁴. Pese a todo es necesario extraer algunas notas generales:

1º Ante todo han de concurrir los mismos presupuestos procesales exigibles para el recurso de amparo, aspecto sobre el que no nos detendremos:

- a) La legitimación activa corresponde al que ha sido parte en el proceso judicial correspondiente y tiene interés legítimo.
- b) Agotar la vía judicial previa.
- c) Que exista una violación de algún derecho fundamental de los comprendidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución. En la delimitación del objeto concurren muchas disfuncionalidades porque se puede alterar el equilibrio entre ambas jurisdicciones al coexistir la cuestión de inconstitucionalidad y el amparo contra leyes. El criterio general es que el objeto sólo puede constituirlo la ley que viola directamente un derecho fundamental. Se evita así que el amparo contra leyes sea un control sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en la práctica se advierte que el objeto puede ampliarse en la medida en que la resolución de un proceso aplicando una ley inconstitucional encuentra fácilmente cauce para acudir al TC por violación del art. 24.1 de la Constitución. Por esto, la delimitación del objeto no es fácil porque puede ser doble:

Una postura restrictiva entiende que el acceso al amparo contra leyes está limitado a la condición de que la ley viole directamente un derecho fundamental.

Por el contrario, una posición más amplia es la que estima que la resolución de la controversia aplicando una ley que viole la Constitución atenta directamente el art. 24 de la CE, ya que la tutela judicial efectiva comprende que la norma aplicable al proceso sea conforme a la Primera Norma. Es un supuesto autónomo de dicho derecho fundamental, cuyo contenido es negativo; no se puede resolver una controversia en virtud de una ley que viola cualquier precepto de la Constitución.

La jurisprudencia, que debería haber resuelto la cuestión, es en este aspecto confusa. En principio, el criterio que rige es el restrictivo, sólo si la norma aplicada lesiona directamente un derecho fundamental es posible revisar su constitucionalidad mediante el amparo⁶⁵. Ahora bien, si tenemos en cuenta el hecho de que la jurisprudencia del TC está informada por el principio de amplio favorecimiento del control de la ley, y por el de *favor actionis*, se advierte como el criterio adoptado es el amplio, porque en algunos casos la resolución de la controversia en virtud de una ley inconstitucional produce indefensión (lo que es contrario al art. 24 CE), causa que se estima suficiente para entrar a conocer del amparo. Parece que esta tesis es la que se admite en la sentencia 16/1986 de 19 de diciembre, en el fundamento jurídico 15, a., donde se reconoce un supuesto autónomo a la tutela judicial efectiva ya que se estima que este derecho comprende la posibilidad de pedir a un Juez o Tribunal que plantee ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad. El criterio es que el control por los particulares de la constitucionalidad de las leyes no está ligado, en principio, a derecho fundamental alguno, aunque el Tribunal Constitucional ha debido, en algún caso, unir el derecho del artículo 24.1 al instrumento de la cuestión de inconstitucionalidad, entendiendo que la vulneración no

⁶⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro, "El recurso...", *op. cit.*, p. 122.

⁶⁵ sin que en sí mismo suponga una violación autónoma propia del derecho reconocido en el artículo 24 de la Constitución (STC 67/1988).

viene de la ley que viola directamente un derecho fundamental, sino de la aplicación de la misma en el proceso⁶⁶. (SSTC 166/86 y 23/88)⁶⁷.

La doctrina tampoco es uniforme al delimitar el amparo contra leyes respecto al objeto. García de Enterría es partidario de una concepción restrictiva, Rubio Llorente, por el contrario entiende que con la experiencia acumulada es posible defender que la negativa del juez a plantear una cuestión de inconstitucionalidad puede fundamentar un recurso de amparo contra leyes, utilizando la vía del artículo 24. La práctica del Tribunal Constitucional alemán es la de que la negativa del juez a plantear una cuestión de inconstitucionalidad puede siempre fundamentar un recurso de amparo si quien suscitó el planteamiento de la cuestión piensa que se aplicó una ley inconstitucional, aunque esa ley no sea inconstitucional precisamente por la lesión de uno de los derechos protegidos en amparo.

2º Las normas con fuerza de ley sólo pueden ser atacadas en amparo con ocasión de su aplicación. El amparo no puede utilizarse para enjuiciar de modo abstracto y general la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el recurso de amparo se dirige, directamente, contra el acto de aplicación y sólo mediatamente contra el texto de la ley. Se exige que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos. Es claro que el acto de aplicación por antonomasia es la sentencia. Requisito que se complica sobremanera por la posibilidad de que se admita el amparo no sólo contra leyes, sino también contra las omisiones del legislador, juicio que se realiza sobre normas inexistentes, por lo que no se puede exigir la aplicación de lo

que no existe. No debe olvidarse que el amparo contra leyes se ha admitido también en los supuestos de inconstitucionalidad por omisión legislativa⁶⁸. Así, la sentencia 207/1990, de 17 de diciembre, resolutoria de un recurso de amparo, establece en el f.j. 3º que el objeto del proceso no ha de ser tanto el apartado primero del artículo 57, como los dos que le siguen y las omisiones, que desde el punto de vista del art. 25 cabe apreciar. El objeto del amparo es pues el estudio de la constitucionalidad de una ley, pero además de la inconstitucionalidad de una ley por omisión⁶⁹; no es necesario precisar que la delimitación del objeto del proceso está muy lejos de corresponder a lo que establece el art. 41 y ss LOTC, en concreto el 42.

3º En el supuesto de que el TC estimara que el derecho fundamental es violado por una ley aplicada al caso, otorgará el amparo con los efectos limitados que éste produce (en el recurso de amparo la inconstitucionalidad de la ley es instrumental y por tanto su eficacia es sólo *inter partes*), e inmediatamente el Tribunal se autoplanteará la cuestión de inconstitucionalidad conforme a lo establecido en el art. 55.2 LOTC, produciéndose, ahora sí, los efectos generales que proclama el art. 38 LOTC en el caso de que la ley se declare inconstitucional.

⁶⁸ Un trabajo interesante sobre el control de las omisiones legislativas por medio del amparo es el de TROCKER, Nicolo, "Le omissioni del legislatore e la tutela giurisdizionale dei diritti di libertà. (studio comparativo sul diritto tedesco)", en *Arch. Giur.*, 1970, pp. 88 y ss.

⁶⁹ En el mismo sentido sentencias 206/1990, de 17 de diciembre y 21 y 22/1991, de 31 de enero, en las que se afirma: Para abordar correctamente las cuestiones que se suscitan en el presente recurso conviene delimitar ante todo el objeto de este proceso constitucional. La demanda se dirige contra un Auto que denegó la petición de nulidad de actuaciones o el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del art. 790.1 de la L.E.Crim, solicitada, entre otros, por el hoy recurrente. *Pero indirectamente también se denuncia la "inconstitucionalidad por omisión» del art. 790.1 L.E.Crim... por no prever...".*

⁶⁶ Aunque es difícil adoptar una postura a este respecto, la amplitud de supuestos en los que parece admitirse el amparo contra leyes sin exigirse ningún requisito ni precisión en cuanto al objeto, y donde el Constitucional se limita a conocer de la constitucionalidad de la ley, parece abonar esta postura.

⁶⁷ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Los procedimientos...", *op. cit.*, p.19.

V. CONCLUSIÓN

Como epílogo al estudio debe destacarse que el mecanismo regulado en nuestro ordenamiento para que los particulares cuestionen la inconstitucionalidad de la ley es inapropiado y confuso. Pese a que el proceso tiene una importancia vital para la garantía de los derechos y libertades fundamentales, como sistema de

reglas y principios para lograr un resultado que responda a los derechos fundamentales, creemos que el art. 55.2 LOTC no lo consigue. Es un proceso complejo, pero no por la complejidad de la pretensión, es complejo porque se ha hecho mal y porque no alcanza el fin que debe perseguir: protección a los titulares de los derechos fundamentales frente a su violación por el legislador.