

# APUNTES EN TORNO A LA LEGITIMACION EN ALGUNOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

POR

MIGUEL MONTORO PUERTO

Fiscal jefe ante el Tribunal Constitucional

**SUMARIO:** I. NOTA INTRODUCTORIA.—II. LEGITIMACIÓN ACTIVA: A) *Legitimación del particular*. B) *Legitimación institucional*: 1.º El Ministerio Fiscal. 2.º El Defensor del Pueblo.—III. LEGITIMACIÓN PASIVA: A) *Respecto de sujetos públicos*: 1.º Entidades locales. 2.º Colegios profesionales. 3.º Otros supuestos. B) *Particular referencia a codemandados y coadyuvantes*: 1.º Codemandados y coadyuvantes en el proceso de amparo. 2.º Coadyuvantes en cuestiones de inconstitucionalidad.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

La jurisprudencia constitucional, en su ya cerca de tres años de ejercicio, se ha visto obligada, como «cuestiones previas», a ir perfilando los ámbitos propios de su específica competencia, en particular respecto de aquella otra que corresponde exclusivamente a los Tribunales ordinarios integrados en el Poder Judicial, según los términos del artículo 117.3 de la Constitución.

Del mismo modo ha tenido que dedicar especial atención en orden a señalar la naturaleza de los diversos procesos constitucionales y en el seno de cada uno de ellos determinar sus elementos subjetivos y objetivos, construyendo en suma un cuerpo de normas procesales no siempre consagradas en textos legislativos, tanto de rango constitucional como específico del propio Tribunal o de rango supletorio.

De entre las materias que con más reiteración ha tenido que examinar el Tribunal Constitucional, hemos creído oportuno destacar algunos aspectos relativos a «legitimación» activa y pasiva, entresacando aquellos que en base a nuestra experiencia profesional nos han llamado más la atención, con proyección esencialmente hacia el ordenamiento contencioso-administrativo.

Puesto que partimos de experiencias personales, cuantas anotaciones aquí se hacen constituyen visión particular de problemas, muchos de los cuales ya han sido tratados por la doctrina especializada, desde diversos planos, por lo que, en todo caso, nos remitimos a ella aun cuando, por ese modo particular de examinar los temas, omitamos citas concretas.

## II. LEGITIMACIÓN ACTIVA

Preceptos sustantivos y procesales a tomar en consideración son, en particular, los artículos 162.1 a) y b) de la Constitución, 35, 36, 46 y 47 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

En principio, y dada la proyección que a temas administrativos pretendemos asignar a este estudio, dejamos de lado los problemas de legitimación en materia de recursos de inconstitucionalidad y conflictos constitucionales para centrarnos con detenimiento en los recursos de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad, por este orden, que seguimos en base al mayor número de supuestos sometidos a consideración del Tribunal Constitucional.

Al propio tiempo, distinguiremos entre la legitimación privada y la institucional, representada esta última por el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, sin perjuicio de realizar previamente unas consideraciones generales.

### A) *Legitimación del particular*

Cotejando el contenido del artículo 162.1 b) del texto constitucional y el artículo 46.1 a) y b) de la LOTC se advierte, como reiteradamente ha destacado la doctrina, una indudable disonancia en favor por su amplitud al reconocer legitimación del primero de dichos textos, por cuanto en él se afirma que está legitimado para interponer el recurso de amparo «toda persona natural o jurídica que invoque un *interés legítimo*», mientras que en el artículo 46, por referencia a las violaciones del derecho a objeción de conciencia, la legitimación se contrae a la «persona *directamente afectada*» a la par que para los supuestos de vulneración de derechos fundamentales atribuidas presuntamente a la acción de los sujetos a que se refiere el artículo 43.1 o a los órga-

nos judiciales, según el 44.1, la legitimación activa parece reducirse, *prima facie*, «a quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente».

En los casos que, hasta el momento, han llegado a la jurisdicción constitucional por presuntas vulneraciones del derecho a objeción de conciencia, no se han presentado específicos problemas de legitimación activa, al ser los propios llamados a prestar servicio militar quienes han ejercitado la acción de amparo, procesos resueltos por sentencias a las que nos referiremos más adelante.

Sin embargo, no se nos oculta que la redacción del artículo 46.1 a) entraña de suyo una reducción del ámbito del artículo 162.1 b) de la Constitución, al ser como unánimemente se ha proclamado por la doctrina y finalmente ha resuelto la jurisdicción constitucional, más amplio el concepto de *interés legítimo* que, en este caso, el de *persona directamente afectada*. No se trata de traer a colación supuestos que hipotéticamente puedan darse, siendo suficiente, por ahora, señalar la diferente regulación normativa.

Sí que, de contrario, han sido numerosos los casos en los que la falta de homologación entre el artículo 162.1 b) de la norma fundamental y el artículo 46.1 b) de la LOTC, ha saltado a primer plano tanto por referencia a vulneraciones tuteladas por el artículo 43 como por el 44 de la propia Ley.

Así las cosas, una interpretación estricta de los términos del artículo 46.1 b) podía llevar a la exclusión de la protección por la vía de amparo constitucional a quienes no obstante ostentar un interés legítimo no habían sido o no habían podido ser parte en el proceso previo (según art. 43) o en el proceso judicial en sus distintas instancias (art. 44). En su virtud, el Ministerio Fiscal, al actuar preceptivamente en todos los recursos de amparo de los que hasta el momento ha conocido el Tribunal Constitucional, en virtud de lo señalado en el artículo 47.2 de la LOTC, con base en el artículo 124 de la Constitución, ante supuestos de trámite de inadmisión, o en el de alegaciones, en que se debatía la aptitud para ser parte activa en el proceso constitucional, vino pronunciándose en favor de la más amplia estimación del tema por parte de la norma fundamental.

Las decisiones del Tribunal Constitucional, tras diversas matizaciones, terminaron por orientarse en idéntico sentido superando los términos de la Ley Orgánica.

Así podemos advertir una larga andadura entre decisiones de la primera época de actuación del Tribunal y otras de fechas mucho más recientes.

A vía de ejemplo, recordamos:

Auto de 20 de noviembre de 1980, RA 111/80 (Sala Primera), en el que se afirma, siguiendo los términos mismos de la Ley, que:

«Está legitimado para incoar el proceso de amparo frente a actos u omisiones de un órgano judicial toda persona natural o jurídica que, *habiendo sido parte en el proceso judicial correspondiente*, invoque un interés legítimo.»

La base de la legitimación reside en la existencia de un interés legítimo, pero el presupuesto para acceder a la vía de amparo se encuentra en la necesidad de haber sido parte en el proceso.

Pasado el tiempo, la Sentencia de 8 de febrero de 1982, recaída en recurso de amparo número 112/80, de la propia Sala, afirma:

«Una correcta interpretación del artículo 46.1 b) de la LOTC exige la equiparación de los que debiendo legalmente ser partes en un proceso no lo fueron por causa no imputable a ellos mismos y resultaron condenados sin ser oídos... a mayor abundamiento, en el presente caso la sentencia dictada en casación al negarle precisamente la aptitud para ser parte en la causa, y mantener por este motivo la condena al pago de la indemnización impuesta, participa de la condición de acto del que deriva de modo "directo e inmediato" una eventual violación del derecho invocado, al haber impedido cualquier rectificación posible de la sentencia de instancia.»

En esta misma línea, y con mayor amplitud en el reconocimiento de la legitimación, en auto de 28 de abril de 1982 (RA 69/82, Sala Segunda), se dice:

«Es verdad que doña XX y tampoco su esposo (entonces vivo, y de quien ella trae causa) *no fue parte en el proceso judicial anterior* a este constitucional, y también lo es que el artículo 46.1 b) de la LOTC dispone

que en los recursos de amparo, como éste, encuadrados en el artículo 44 de la misma Ley, están legitimados para interponerlos quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, por todo lo cual y *en virtud de una interpretación aislada y literal de tales preceptos parece en principio rechazable en este caso la legitimación de la mencionada recurrente.*

Sin embargo, *tal interpretación... sería errónea, pues el citado precepto del artículo 46.1 b) de la LOTC ha de ser interpretado en relación con otro de rango superior que es el artículo 162.1 b) de la Constitución.* Según éste, está legitimado para interponer el recurso de amparo toda persona que invoque un interés legítimo. Por consiguiente, aunque quienes hayan sido parte en el proceso precedente poseen, sin más legitimación para interponer el recurso de amparo (art. 46.1 b) LOTC), *esto no significa que ellos sean los únicos legitimados, pues también lo están quienes, sin haber sido parte, invoquen un interés legítimo (art. 162.1 b) CE) en el asunto debatido.»*

Tesis, por tanto, correcta y correctora de una primera lectura de la redacción, peligrosa a todas luces, del artículo 46.1 b) de la LOTC.

Por esto, en Sentencia posterior, de 12 de julio de 1982 (RA número 419/81, Sala Segunda), se ha insistido en el tema, con las afirmaciones siguientes:

«Si bien el artículo 46.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional legitima para interponer el recurso de amparo, entre otros, a “quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente”, ya este Tribunal ha interpretado que el precepto debe aplicarse extensivamente a quienes, sin obtenerlo del órgano judicial, han pretendido razonablemente ser parte, y esta consideración es la que nos llevó, en su momento procesal, a admitir a trámite la demanda.»

En fechas inmediatamente anteriores, el Pleno del Tribunal había dictado auto de 1 de julio de 1982 (RA 218/81), en el que dejó sentado que:

«La noción de *interés legítimo* es lo suficientemente amplia para que puedan actuar en el proceso constitucional, en calidad de coadyuvantes, *quienes no sean directamente afectados.*»

Más recientemente todavía, y en el campo estricto del proceso contencioso-administrativo, la Sentencia de 11 de octubre de 1982 (RA número 40/1982, Sala Segunda) declara:

«En relación con la impugnación de actos de la Administración hipotéticamente atentatorios contra algún derecho fundamental o libertad pública, y que son precisamente los impugnables a través del proceso contencioso-administrativo especial de la Ley 62/1978 como vía previa para el amparo constitucional ante este Tribunal (artículo 53.2 CE y disposición transitoria 2.ª 2 de la LOTC), basta con la exigencia de un "interés legítimo" en el litigante para reconocerle la legitimación que le otorga el artículo 162.1 b) de la Constitución, expresión esta ("interés legítimo") más amplia que la de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa ("interés directo") y que no puede entenderse referida exclusivamente a la fase de amparo pedido ante el Tribunal Constitucional, *sino extensiva a la fase previa de que habla el artículo 53.2 de la CE*, pues de otro modo la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela encomendada a los Tribunales de Justicia (art. 41.1 LOTC) de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución (art. 53.2 CE) haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que la Constitución ha configurado la defensa de tales derechos por medio del recurso de amparo.»

Conviene retener esta tesis de la jurisprudencia constitucional, puesto que, a tenor de ella, quien resulte legitimado para instar el proceso de amparo lo está también, y a los fines de que aquella legitimación no resulte inoperante, para ejercitar las acciones judiciales

previas, aun cuando las normas reguladoras de su específico procedimiento no lo establecieran así, bien por silenciar el tema, bien por exigir una legitimación más restringida. Más adelante habrá que volver sobre este aspecto de la cuestión, nada menos que por referencia tanto al Ministerio Fiscal como al Defensor del Pueblo.

Resulta obvio de cuanto hasta aquí se ha puesto de manifiesto que la legitimación activa en el proceso de amparo, y por lo que se refiere al «ciudadano» en terminología del artículo 53.2 de la Constitución, se reconoce según los términos del artículo 162.1 b) de la misma norma y no obstante cualquiera limitación a que pudiese llevar la interpretación estricta del contenido del artículo 46 de la LOTC.

Estas anotaciones no suponen la inexistencia de concreciones en torno al acceso a la vía de amparo constitucional, puesto que, si de una parte, como se ha visto, la interpretación del artículo 46 de la LOTC se produce desde el plano del artículo 162.1 b) de la Constitución, desde otro, resulta evidente la necesidad de ajustar aquella legitimación a los contornos específicos del proceso de que se trata y, en ese sentido, cabe destacar declaraciones del Tribunal Constitucional del tenor siguiente:

«No basta... con que el recurrente haya sido parte en el proceso judicial en el que se producen las resoluciones objeto de impugnación que, a su juicio, violan un derecho amparado constitucionalmente; *es necesario, además, que de dicha violación se deriven perjuicios para el recurrente al quedar afectado de algún modo su círculo de intereses*» (auto de 20 de noviembre de 1980; RA 111/80).

«Es cierto que la legitimación para comparecer en los recursos de amparo se otorga a quienes ostenten un interés legítimo, mas para fundarse en la norma que así lo establece, quien lo realiza tiene la carga de justificar cumplidamente el interés que trata de defender» (auto de 19 de noviembre de 1981; RA número 227/81).

«La petición de amparo del derecho de libertad sindical no puede ser aducida en este caso por la compañía recurrente, pues... pide la protección de un derecho ajeno para lo cual carece de legitimación, que no puede na-

*cer por el mero hecho de haber sido parte en un proceso previo en el que justamente ha litigado contra los trabajadores cuya libertad sindical pretende defender ahora» (auto de 6 de octubre de 1982; RA número 199/82).*

Como es lógico, la legitimación cede en aquellos supuestos en los que el recurrente no acredita la representación de aquellos en nombre de quienes en definitiva dice accionar. Así:

«El señor XX puede accionar en nombre propio en defensa de su libertad de expresión, ... pero lo ha hecho en nombre del Sindicato... sin acreditar la representación, tal como dispone el artículo 49.2 a) de la LOTC. Por esto, y a los efectos de que pudiera entenderse que el recurso lo ha promovido el Sindicato, concurre también la causa de inadmisión del artículo 50.1 b) en relación con el artículo 49.2 a) de la LOTC» (auto de 20 de enero de 1982; RA número 385/81).

Y asimismo cede en aquellos supuestos en que la acción se está ejercitando al margen del ámbito mismo del proceso de amparo, como se ha puesto de manifiesto en la Sentencia de 13 de octubre de 1982 (RA número 40/82) afirmando que:

«Ni de estos hechos, ni del ulterior nombramiento del Director general siguiente ... puede colegirse violación directa de ningún derecho fundamental de los mencionados por los recurrentes en el proceso contencioso-administrativo, por lo que la legitimación aducida por los litigantes carece de objeto, pues no se ve implicado en los hechos ningún derecho fundamental respecto a cuya defensa pudiera predicarse el "interés legítimo" de los litigantes...»

## B) *Legitimación institucional*

### 1.º *El Ministerio Fiscal*

El examen de la legitimación del Ministerio Fiscal para interponer recurso de amparo ofrece peculiaridades específicas,



En efecto, ante todo, el artículo 46.1 b) de la LOTC, después de proclamar la legitimación de los particulares en los términos dichos, continúa con la mención del «Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal». Idénticas menciones se verifican respecto al supuesto contemplado en el número 1 a) del propio artículo, es decir, de objeción de conciencia.

Sabido es que, no obstante la redacción del artículo 53.2 de la Constitución que, con carácter general, presenta el recurso de amparo con un carácter de subsidiariedad, para ser instado «en su caso», es decir, para el supuesto en que la protección del derecho hipotéticamente vulnerado no se obtenga por la vía del «procedimiento basado en los principios de preferencia y subsidiaridad», en materia de objeción de conciencia el artículo 45.1 simplemente señala que el recurso de amparo «sólo podrá interponerse una vez sea ejecutiva la resolución que impone la obligación de prestar el servicio militar». La jurisprudencia constitucional ha interpretado el precepto en el sentido de que, en tal supuesto, no ha de acudirse a la vía judicial previa, como ocurre respecto al contenido del artículo 43.1, sino que basta con producir el recurso de alzada ante la autoridad militar competente (así, Sentencias de 23 de abril de 1982, RA número 205/1981; de 13 de mayo de 1982, RA número 253/1981; y 19 de mayo de 1982, RA número 418/1981; todas ellas de la Sala Primera).

Por su parte, los supuestos contemplados en los artículos 43 y 44 exigen, el primero, «que se haya agotado la vía judicial precedente»; el segundo, «que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial», aparte otros presupuestos y requisitos.

Quiere decirse con ello, y la interpretación jurisprudencial es terminante, que si no se ha accedido a la autoridad militar, por medio del recurso de alzada; si no ha sido agotada la vía judicial precedente o, por último, no se han ejercitado o agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial, no podrá ser admitida la demanda de amparo, entrando en juego el artículo 50.1 b) de la LOTC.

Si tales condicionamientos operan respecto de quien ostente un interés legítimo, o se encuentre en los supuestos de que más arriba se ha dejado constancia, cabe preguntar si asimismo la acción del Ministerio Fiscal ha de atemperarse a dichas vías, recursos o actuaciones previas.

El Tribunal Constitucional ha venido a responder a la cuestión en sentido afirmativo, como se advierte, sin perjuicio de otras resoluciones

de mayor alcance, a través del auto de 12 de mayo de 1982 (RA número 409/81), en el que se proclama que:

«Por último, debe hacerse notar que de este recurso ha tenido conocimiento el Ministerio Fiscal, por lo que si éste hubiera entendido que la situación en que se encontraba el recurrente o los hechos que relata, justificaban el ejercicio de la acción de amparo por *el Ministerio Fiscal*, tal como admite el artículo 46.1 b) de la LOTC, *hubiera podido hacerlo, acudiendo, primero, a la vía judicial previa.*»

Es claro que en el artículo 46.1 b) la referencia al Ministerio Fiscal se produce después de haber impuesto, con las matizaciones ya dichas, al interesado, la carga de haber sido parte en el proceso, lo que fácilmente podría interpretarse en el sentido de que la posterior referencia, tanto al Defensor del Pueblo como al Ministerio Fiscal, se verifica con la evidente intención de no exigir de tales instituciones constitucionalizadas —arts. 54 y 124 de la Constitución, respectivamente— aquellas actuaciones procesales previas.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional puede conducir a limitar la legitimación de Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, por razones diversas, y respecto de las que ahora comentamos las que se refieren al segundo de ellos.

No siempre las normas de procedimiento, a que deben atenerse los órganos judiciales, según el artículo 117.3 de la CE, dan paso a la intervención procesal del Ministerio Fiscal, puesto que, incluso en materia penal, respecto de ciertos delitos, los calificados de delitos privados, excluyen su presencia y conocida es, por otra parte, la postura de los órganos judiciales, en particular del orden civil, de no admitir la intervención del Ministerio Fiscal, sino exclusivamente en aquellos casos, procedimientos y momentos procesales en que expresamente la ley impone su audiencia o intervención.

Todo ello nos lleva a entender que la postura, tanto de la jurisdicción constitucional como de la ordinaria, puede recortar la actuación de aquel instituto de la estructura o aparato estatal al que específicamente se encomienda la defensa de la legalidad, en los términos que señala el artículo 124 ya citado, no obstante la «*trascendental misión*»

que a dicho Ministerio otorga el precepto citado, según frase que se contiene en auto del Tribunal Constitucional, de 24 de septiembre de 1980, recaído en RA número 137/80, de su Sala Primera.

En términos generales, y con la excepción dicha, en el proceso penal no se produce tal evento, ya que su intervención es permanente tanto en instancia como en vías de apelación o casación, según los casos, pudiendo, por consiguiente, en esta materia actuar ejercitando la acción de amparo en defensa de los derechos fundamentales dentro de los cauces genéricos del artículo 46.1 b) por remisión al 44.1 a), si la lesión hipotética es atribuible a órganos judiciales.

No ocurre lo mismo en otros órdenes procesales respecto de los que, sin entrar en el problema más genérico, acerca de si el artículo 124 de la CE por sí solo está legitimando al Ministerio Fiscal en todo procedimiento a los fines que allí se señalan, y sin necesidad de específica normativa, puede concluirse que en aquellos supuestos en los que la ley impidiese tal intervención estaríamos ante verdaderas inconstitucionalidades, es conveniente verificar algunas anotaciones, ceñidas, por tanto, a la defensa de los derechos fundamentales relacionados en el artículo 53.2 de la CE.

1. En material civil, la Ley 62/78, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en su Sección III (art. 12.1) determina que:

«Están legitimados para actuar como demandantes el Ministerio Fiscal y las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que les faculte para obtener la declaración judicial pretendida.»

Dejando constancia de que aquí, nuevamente, se está introduciendo un tercer género, «derecho subjetivo» que habría que agregar a los de «interés legítimo» e «interés directo», elemento aquel que está postulando interpretación idéntica a la que la jurisprudencia constitucional ha elaborado al cotejar el artículo 46.1 b) de la LOTC con el artículo 162.1 b) de la CE, resulta evidente que el Ministerio Fiscal, tanto por virtud del artículo 124 de la CE como por el artículo 12.1 de la Ley 62/1978, tiene genérica y específicamente reconocida su legitimación en el campo civil «cuando las leyes reguladoras de los dere-

chos fundamentales de la persona a que se refiere esta ley establezcan alguna reclamación de orden civil».

En este sentido se ha producido la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así, en el artículo 4.3 señala:

«A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieran transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado.»

Con independencia de esta específica legitimación, en otros preceptos de la propia ley se reconoce la intervención del Ministerio Fiscal, como ocurre en el artículo 3.2.

2. En materia contencioso-administrativa, las cuestiones no se presentan con tanta sencillez, debiendo recordarse, con carácter general, que si bien la Ley 62/1978, en su Sección II, trataba el tema, la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica 2/1979 vino a introducir un término de confusión, puesto que aquí se determina que

«se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre...»

extendiendo, cosa correcta, su ámbito de protección a todos los derechos fundamentales y libertades públicas, según la fórmula del artículo 53.2 de la CE.

Es lógico que tal vía previa está proyectada respecto de lesiones tuteladas por el procedimiento del artículo 43 de la LOTC; sin embargo, al no hacerse referencia a ello, en los primeros momentos se cuestionó en sede Tribunal Supremo asunto en el que frente a decisiones judiciales, agotadas las vías correspondientes, se pretendió instar protección previa con arreglo a la Ley 62/1978, superponiendo un proceso a otro ya agotado en todas sus instancias. Salvada la errónea interpretación y ceñido el tema y contenido de la disposición transitoria 2.2, a la impugnación de los actos a que se refiere el artículo

43.1 de la LOTC, nos encontramos con una doble vía previa: la ordinaria de la Ley de 27 de diciembre de 1956 y la específica de la Ley 62/1978, en tanto no se promulgue la que venga a desarrollar las previsiones del artículo 53.2 CE.

En la alternativa entre dos procedimientos, parece se comprende una opción del interesado que puede seguir el proceso contencioso-administrativo, con todas sus consecuencias en el plano del procedimiento administrativo, como agotar la vía, instar los recursos pertinentes, etc., o acogerse al procedimiento específico de la Ley 62/1978. Claro es que para que entre en juego el segundo, necesariamente la base del proceso ha de encontrarse en lesión de derechos fundamentales o libertades públicas en los términos del artículo 53.2 de la CE y 41.1 de la LOTC, mientras que haciendo uso del procedimiento ordinario, tanto puede pedirse la protección de dichos derechos y libertades públicas como ejercitarse, conjuntamente, otras acciones de naturaleza administrativa.

Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, en jurisprudencia sobradamente conocida, se han pronunciado en favor de la aplicación estricta del procedimiento especial, sin que sea dado por este mecanismo procesal actuar otras cuestiones.

Puede, por consiguiente, el interesado optar por una u otra vía, pero solamente puede accionar en la especial a los fines concretos de debatir si se han producido concreta vulneración de un derecho fundamental o libertad pública.

Con estos presupuestos, retomando el hilo de nuestras consideraciones acerca de la legitimación del Ministerio Fiscal, observamos:

a) Que la Ley para la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, excluye su intervención, que sólo se produce por vía indirecta al regular en el artículo 102 el denominado recurso extraordinario de revisión por cuanto en el apartado 2 remite a determinadas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en éstas resulta prevista la audiencia del Ministerio Fiscal.

b) Que la Ley 62/1978, en su Sección II, no hace expresa declaración respecto a quienes estén legitimados para interponer recurso contencioso-administrativo a los fines que en ella se establecen. Ahora bien, «a falta de previsión especial» en las reglas de procedimiento que le son propias, se actuará «de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuya aplica-

ción será supletoria». En principio, por consiguiente, cuanto afecta a legitimación habrá de tratarse con arreglo a la última Ley mencionada.

Sin embargo, la afirmación ha de ser matizada, ante todo por el tratamiento dado al tema por la jurisprudencia constitucional, según ya se ha puesto de manifiesto respecto a la aptitud de la persona natural o jurídica, privada, para acceder a la vía de amparo, pero también respecto del Ministerio Fiscal.

Una interpretación bastante genérica, que no hemos compartido en ningún momento, reducía la intervención del Ministerio Fiscal a incorporarse al procedimiento especial una vez se ha interpuesto el recurso contencioso-administrativo, excluyendo su legitimación para iniciarlo. Entre otros argumentos, se utilizaba aquella remisión a la Ley de 27 de diciembre de 1956, con su exclusión genérica de una parte, y de otra, que en la Ley 62/1978 el Ministerio Fiscal surge a partir del artículo 7.º3, es decir, en el momento en que interpuesto el recurso se ha formado pieza separada para tramitar la solicitud de suspensión de la efectividad del acto impugnado. Seguidamente, y en los autos principales, interviene el Ministerio Fiscal, como se conoce de la lectura de los artículos 7.º6 y 8.º4, entre otros.

Por nuestra parte, entendemos:

a) Que al Ministerio Fiscal se asigna, entre otras funciones, la defensa «de los derechos de los ciudadanos», de todos los derechos y, por tanto, de los comprendidos en el artículo 53.2 de la CE, según los términos del artículo 124 de la misma.

Ahora bien, si dicho artículo 53.2 prevé una doble vía, no alternativa, sino sucesiva para la protección de los derechos fundamentales, siendo la primera «ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», y tal procedimiento por ahora es el regulado a través de la Ley 62/1978, ha de afirmarse que sea lo que diga, o lo que silencie esta Ley, en modo alguno puede ser interpretada en forma tal que desconozca o reduzca lo que la Constitución proclama. Entender las cosas de otra forma supone hacer inviable la función del Ministerio Fiscal en este concreto aspecto de protección de los derechos fundamentales, por lo que el correcto entendimiento de la norma ha de ser el que lleve a estimar que el Ministerio Fiscal no solamente está legitimado para intervenir, sino también para instar el recurso con-

tencioso-administrativo en cuanto instrumento de protección de aquellos derechos.

b) Si la disposición transitoria segunda, dos de la Ley Orgánica 2/1979, como vía judicial procedente, a la que ha de acudir en los supuestos del artículo 43, ofrece la alternativa a que párrafos más arriba nos referíamos, quiere decirse que cuanto acabamos de afirmar por referencia al procedimiento especial ha de aplicarse asimismo al procedimiento contencioso-administrativo ordinario.

c) La jurisprudencia constitucional abona esta postura que, insistimos, venimos manteniendo desde el primer momento, y ello por partida doble: 1.º Desde el momento en que, con carácter general, ha sostenido, en las decisiones ya comentadas, que quien está legitimado en vía de amparo lo está también para acceder a la vía previa, al objeto de no hacer inoperante aquella legitimación. 2.º Por cuanto está proclamando, que el Ministerio Fiscal puede ejercitar la acción de amparo «acudiendo primero a la vía judicial previa»; si en la vía judicial previa no se aceptase su legitimación activa, es evidente que, aplicando el criterio general, se haría inoperante su legitimación en el proceso de amparo.

El segundo argumento jurisprudencial que tomamos como punto de apoyo, entre otros, a las afirmaciones que aquí se están haciendo, no significa sin más que cedamos en la posición antes mantenida acerca del criterio, cuestionable, del condicionamiento que se señala al Ministerio Fiscal en cuanto a la necesidad de acudir a la vía previa, por referencia a los actos que se tratan en el artículo 43.1 de la LOTC, y entre otras cosas, porque las lesiones de derechos fundamentales de este carácter o contenido pueden llegar a su conocimiento en momento en que ya no sea posible ejercitar las vías previas, si bien en esta consideración se implica un problema de cumplimiento de plazos que, por ahora, dejamos para estudio en otra ocasión. No se olvide que la acción del Ministerio Fiscal puede producirse «de oficio o a petición de los interesados» —según reza el artículo 124.1 CE— y la experiencia nos muestra que el conocimiento de las circunstancias que podrían determinar la acción por parte del Ministerio Fiscal, en la mayoría de los casos, se alcanza cuando situaciones que pudieron ser evitadas en su momento son irreparables por las vías ordinarias.

No pretendemos con cuanto antecede postular en favor del Ministerio Fiscal un trato procesal privilegiado, sino simplemente señalar que su acción es siempre acción encaminada a la protección de derechos de los demás, no en beneficio propio, por lo que sea cual fuere la consideración jurídica que del Ministerio Fiscal se sostenga, en esta materia, aun en el supuesto de ejercicio de acción de amparo, no puede ser nunca tenido por mera parte, sino como órgano del aparato estatal al que se asigna una función jurídica que ejerce actuando las acciones pertinentes ante las jurisdicciones competentes en cada caso.

En una reforma, ya iniciada, de la Ley para la jurisdicción contencioso-administrativa, en la elaboración de la ley que desarrolla los mecanismos a que se refiere el artículo 53.2 de la CE, así como en una eventual reforma de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional, habrán de ser tenidas en cuenta estos nuevos modos de ver las cosas que, en suma, tienen su apoyo en la praxis y jurisprudencia constitucional.

## 2.º *El Defensor del Pueblo*

La legitimación del Defensor del Pueblo, a pesar de no haber planteado hasta ahora cuestiones concretas, no deja de ofrecer peculiaridades que pronto saltarán a primer plano.

Según tuvimos ocasión de poner de manifiesto (*Vid.* nuestro trabajo: *La alternativa Defensor del Pueblo-Ministerio Fiscal en la garantía jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas*, en «Revista Internacional de Ciencias Administrativas», Bruselas, vol. XVI, 1980, núm. 1), en el anteproyecto de texto constitucional, se declaraba que:

«Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo como alto comisionado de las Cortes Generales, para la defensa de los derechos comprendidos en este título, *quien, en todo caso, podrá ejercer las acciones a que se refiere el apartado dos del artículo anterior.*»

El apartado dos del artículo anterior, a que se refería el texto transcrito, es el actual 53.2 de la CE. Ahora bien, al suprimirse del texto constitucional, en el actual artículo 54, el inciso que hemos subrayado,



se ha suprimido también la legitimación judicial, restando en favor del Defensor del Pueblo aquella otra que específicamente se le asigna en el artículo 162.1 a) y b), es decir, en orden al recurso de inconstitucionalidad y al recurso de amparo.

Así las cosas, ni la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ni el reciente Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, aprobado por las Mesas del Congreso y del Senado en reunión conjunta de 8 de abril de 1983 («BOE» de 18 del mismo mes y año), contienen referencia alguna a las cuestiones que venimos destacando. No obstante, la importante variación que el texto constitucional referido a este Instituto produjo en relación al anteproyecto, hace pensar que en la mente del legislador constituyente se quería, de manera expresa, asignar al Defensor del Pueblo un campo totalmente distinto al de carácter judicial, si bien centrado, en este orden de cosas, en el de la jurisdicción constitucional.

Si aceptamos esta tesis, ha de llegarse a concluir que el Defensor del Pueblo puede acceder al recurso de amparo con legitimación activa propia, sin necesidad de agotar la vía judicial previa, es decir, directamente, ya que al no resultar legitimado en vías judiciales, y si en vía jurisdicción constitucional de manera expresa, ninguna otra norma puede coartar tal facultad.

No obstante, el planteamiento de la decisión constitucional a que nos referíamos por relación al Ministerio Fiscal, parece lleva a entender que el ejercicio de la vía judicial previa es imprescindible para acceder al proceso de amparo. En tal caso, el Defensor del Pueblo habría de buscar su apoyo en el Ministerio Fiscal, como a otros efectos señala el artículo 13 de su Ley Orgánica, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal, por su parte, no está necesariamente obligado a instar acciones judiciales por requerimiento de aquél, sino que debe decidir con criterio propio acerca de la oportunidad de ejercitarlas.

Si, por el contrario, hacemos aplicación de la interpretación genérica del Tribunal Constitucional que examinamos en su momento, es decir, aquella según la cual la legitimación constitucional comporta la legitimación para actuar en vías previas judiciales, el Defensor del Pueblo podrá actuar con legitimación derivada ante los diversos órdenes judiciales a los fines de defensa de los derechos fundamentales protegibles por vía de amparo constitucional.

El entramado que de todo esto se obtiene nos lleva a insistir en la opinión que vertíamos respecto al condicionamiento del ejercicio de

vías judiciales previas que al Ministerio Fiscal se impone por la jurisdicción constitucional y que resumimos en lo siguiente: dada la específica naturaleza y funciones que por la propia Constitución se asignan a Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, parece necesario reconocer en favor de ambos la posibilidad de acceder al proceso de amparo en defensa de derechos fundamentales y libertades públicas sin necesidad de agotar la vía judicial precedente, en los términos en que se produce el artículo 43.1 de la LOTC.

No creemos se encuentre este criterio en oposición a lo establecido en el artículo 53.2 al señalar como vía oportuna y primaria la judicial, y «en su caso» la vía de amparo constitucional, puesto que el artículo 161.1 b) remite la regulación de «los casos y formas» a la ley, en este caso la Ley Orgánica 2/1979, y basta recordar cuanto se indicó en orden al artículo 45 por referencia al derecho de objeción de conciencia, y la interpretación que al mismo da la jurisprudencia constitucional, o el artículo 42 que respecto de las decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, en orden a los que simplemente se dice que «podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes».

La Ley Orgánica, con apoyo en el artículo 161.1 b), ha producido una regulación no siempre coincidente que permite, por otra parte, no sólo excluir ciertos actos de vía judicial previa, o de agotamiento de recursos, sino incluso exonerar de tales vías a determinados órganos de la estructura estatal, y en concreto al Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

La praxis ya existente, relativa a la intervención en procesos de amparo del Ministerio Fiscal, podrá ser confirmada o rectificada según se vaya produciendo la del Defensor del Pueblo, todavía no iniciado su rodaje en estas materias.

### III. LEGITIMACIÓN PASIVA

El estudio de la legitimación pasiva puede hacerse desde dos vertientes distintas, referidas la primera a los entes y órganos que pueden ser demandados en cuanto autores de actos que vulneren derechos fundamentales y libertades públicas, mientras que la segunda

ha de centrarse en algunas cuestiones relativas a presuntos codemandados y coadyuvantes en los mismos procesos.

### A) *Respecto a sujetos públicos*

Si bien en términos generales, la Constitución, artículos 53.2, 161.1 b) y 162.1 b), de una parte, y la Ley Orgánica 2/1979, en su artículo 41.1 sustancialmente, en principio no ofrecen demasiados problemas, es lo cierto que el Tribunal Constitucional se ha visto en la precisión de decidir en diversas ocasiones acerca de sujetos públicos contra los que pueda deducirse demanda de amparo, sujetos que si inicialmente, dada la amplitud de términos del artículo 41.2, no eran cuestionables, provocaron duda en el planteamiento del proceso.

Particularmente, en el campo de la Administración pública conviene retener las siguientes decisiones:

#### 1.º *En orden a «Entidades Locales»*

El artículo 41.2 citado de la LOTC menciona expresamente a los «entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional»; sin embargo, en los artículos 42 y 43, en los que por diversas razones podrían tener su encuadre, resultan silenciadas.

Ante ello, el Tribunal, en auto de 24 de septiembre de 1980 (RA número 75/80, afirma:

«Los Ayuntamientos son los órganos a los que constitucionalmente corresponde el gobierno y administración de los municipios; son, en consecuencia, poderes públicos en el sentido del artículo 53.1 de la Constitución, y deben ser equiparados, como antes se dice, a los órganos de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, como resulta claramente del texto del apartado 2 del artículo 41 de la propia LOTC»

por lo que les es de aplicación la exigencia de haber agotado la vía judicial precedente, en los términos que establece el artículo 43.1.

#### 2.º *En orden a Colegios Profesionales*

En orden a Colegios Profesionales, la terminología misma del artículo 41.2, ya recogido, con su específica mención de «entes públicos de carácter... corporativo...», parecía suficiente para tenerlos

por sujetos a los que fuera imputable una hipotética vulneración de derechos fundamentales; sin embargo, también el silencio que respecto a ellos se observa en el artículo 43.1 ha obligado a específica declaración que, en este caso, se producen por auto de 12 de noviembre de 1980, RA número 166/80, según el cual:

«Los actos de los Colegios Profesionales, en la materia de que ahora se trata, están sometidos al régimen contencioso-administrativo, como se dice en los artículos 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956 y 8.º de la Ley de 13 de febrero de 1974. Frente a este acto podía acudir al amparo constitucional para la protección de los derechos y libertades que dice el artículo 53.2 de la Constitución Española, porque los Colegios Profesionales, antes públicos de carácter corporativo, están comprendidos entre los eventuales sujetos de los que puede proceder una violación de aquellos derechos, según se dice en el artículo 41.2 de la LOTC. La falta de agotamiento de la vía judicial contencioso-administrativa, da lugar a la inadmisión del recurso (arts. 43.1 y 50.1 b) de la LOTC).»

Tanto la precedente declaración en materia de órganos municipales como ésta relativa a Colegios Profesionales, producidas en los primeros pasos del proceso de amparo, y en general de las funciones del Tribunal Constitucional, sirvieron ya de aclaración definitiva a efecto de posteriores procesos de amparo.

### 3.º *Otros supuestos*

En el curso de procesos de amparo se ha puesto de manifiesto la existencia de supuestos diversos, que el Tribunal Constitucional ha venido perfilando y esclareciendo. De entre todos ellos nos ha parecido conveniente traer a colación la Sentencia de 15 de noviembre de 1982 (RA número 256/81, Sala Segunda), en la que se contienen las manifestaciones siguientes:

«En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y li-

bertades fundamentales, en la fórmula de la disposición transitoria 2.ª.2 de la LOTC es evidente que se ha producido una laguna, pues prescindiendo de la cuestión, ya evocada, del amparo constitucional respecto de *organizaciones económicas o empresariales de titularidad o gestión estatal*, a las que cabría añadir las *empresas concesionarias de servicios públicos*, una interpretación literal de estas disposiciones dejaría fuera del mencionado amparo las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas dimanantes de decisiones de las Entidades gestoras de la Seguridad Social, y en su caso de los servicios de la Seguridad Social en sus relaciones con el personal a su servicio, por cuanto en virtud de una excepción de régimen jurisdiccional común de las Administraciones públicas, las cuestiones contenciosas a que den lugar quedan sometidas, según la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974 (art. 45.2), y las disposiciones complementarias, así como la Ley de Procedimiento Laboral, de 13 de junio de 1980 (art. 1.5), a la jurisdicción de Trabajo...»

El abanico de posibilidades que aquí se abre es de ámbito excepcional, con repercusión incluso en el concepto y naturaleza jurídica que de la figura del concesionario se tiene en nuestro Derecho y doctrina especializada, sin perjuicio de matizaciones. A este abanico cabría agregar el planteamiento, por parte del Ministerio Fiscal, del tema de derechos fundamentales vulnerados por acción del particular, es decir, por sujetos no enmarcables en el concepto de «poderes públicos», concretamente en RA número 475/82, en el que se ha emitido dictamen en trámite de inadmisión en base a lo dispuesto en el artículo 50.2 b) de la Ley Orgánica 2/1979, postulando precisamente la admisión por entender que no concurría el motivo de carecer la demanda «manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte del Tribunal Constitucional».

El propio Tribunal, ya en Sentencia de 15 de noviembre de 1982 (RA número 256/81), de su Sala Segunda, había señalado la posible existencia de lagunas en el marco normativo del proceso de amparo que de no cubrirse por amplia interpretación podría dejar al margen del

mismo actos producidos por determinados sujetos. Ello unido a mención tangencial del tema por el Tribunal mismo, así como a una constante preocupación doctrinal, tanto en el Derecho español como en el comparado, particularmente en el Derecho germano y ciertas posiciones legislativas del Derecho patrio —la Ley 62/1978, en cuanto regula un procedimiento civil de protección de derechos fundamentales y libertades públicas, así como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen—, parece están exigiendo una declaración concreta del Alto Tribunal. Y a esto ha tendido el planteamiento del tema por el Ministerio Fiscal, en ejercicio de aquellas funciones de defensa de la legalidad y de los derechos del ciudadano que le son propias por imperativo del artículo 124 de la Constitución española.

Cuando se redactan estas líneas no se ha producido todavía resolución del Tribunal, pero el tema es de evidente importancia, puesto que, en definitiva, si la lesión derivó de un acto del particular, y frente a él se instó la tutela judicial, según ordenan los artículos 53.2 y 24.1 de nuestra norma fundamental, el acceso a la jurisdicción constitucional podría producirse de modo indirecto al resultar lesionado el derecho que se contempla en el último precepto, si bien el acto de que traería causa sería imputable a un sujeto que no ostenta la condición de «poder público».

El tema es todavía más próximo al marco del proceso de amparo si, como en el caso de que dejamos constancia, se trata de entidad de ahorros de determinado ente provincial, que al producir un acto lleva a la parte a su impugnación por vía contencioso-administrativa, afirmando de plano, y no sin abundante fundamento doctrinal, el carácter o naturaleza administrativa de tales actos.

De entrar el Tribunal Constitucional en el tema propuesto, por superar otros motivos de inadmisión que presuntamente concurrían en la demanda, la decisión tendrá importancia excepcional, sea cual fuere el sentido en que se produzca.

#### B) *Particular referencia a codemandados y coadyuvantes*

##### 1.º *Codemandados y coadyuvantes en el proceso de amparo*

Junto a supuestos de legitimación pasiva principal, ha de considerarse aquellos otros de codemandados y coadyuvantes.

A tal efecto, conviene recordar que el artículo 47.1 LOTC ofrece una redacción no suficientemente clara, como ha resaltado la doctrina. «Podrán comparecer en el proceso de amparo —se dice— con el carácter de demandado o con el de coadyuvante *las personas favorecidas por la decisión*, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostenten un *interés legítimo* en el mismo.»

Solamente una lectura detenida del precepto permite distinguir entre: a) el codemandado, es decir, quien sin haber producido el acto presuntamente vulnerador del derecho fundamental resulte favorecido por aquél; b) quien sin encontrarse en tal situación ostente un interés legítimo, que podrá tomar parte en el proceso constitucional en calidad de coadyuvante.

Ahora bien, sin perjuicio de aceptar, cual viene afirmándose, que el texto de la LOTC está recordando planteamientos específicos del proceso contencioso-administrativo, es conveniente hacer hincapié en aquella relación con «la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el amparo». Es decir, no se admite en calidad de demandado o de coadyuvante a quien resulte favorecido por la decisión del Tribunal Constitucional o ser titular ante él de un interés legítimo, sino que aquella secuela o esta exigencia se conecta precisamente con el acto impugnado. De aquí que el Tribunal Constitucional en el auto de 19 de noviembre de 1981 (RA número 227/81) haya declarado que:

«El artículo 47 de la Ley Orgánica de este Tribunal, al legitimar para comparecer como coadyuvante en los recursos de amparo a “*las personas favorecidas por la decisión*”, *no se refiere a las personas que puedan resultar favorecidas por la decisión que recaiga en el recurso de amparo, sino a las favorecidas por la decisión, acto o hecho del poder público, anterior al recurso de amparo y en razón del cual precisamente el amparo se solicita.*»

Según esto, no hay propiamente codemandados o coadyuvantes en el proceso de amparo en sí, sino en el proceso previo, y por serlo en éste devienen indirectamente llamados a poder serlo en aquél.

Cabe verificar dos observaciones:

1.º Que del auto transcrito se deriva una identificación entre codemandado y coadyuvante, puesto que, según se ha visto, la persona

favorecida parece en principio recibir la nominación de codemandado, mientras que el coadyuvante sería tan sólo quien ostentase un «interés legítimo». El auto está afirmando que puede comparecer como *coadyuvante* en los recursos de amparo la persona favorecida por la decisión.

Y es que, en efecto, por esta misma redacción, un tanto imprecisa, del artículo 47.1 puede válidamente sostenerse que la Ley Orgánica ha venido a identificar codemandado con coadyuvante, y que tanto aquél como éste ostentarán dicha condición si son «personas favorecidas» como si ostentan un «interés legítimo».

2.ª Por otra parte, se advierte en la LOTC un peligroso tratamiento procesal orientado hacia el emplazamiento de codemandados o coadyuvantes, puesto que el artículo 51.2 señala que:

«El órgano, autoridad, juez o Tribunal... *emplazará a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente para que puedan comparecer en el proceso constitucional en el plazo de diez días.*»

Quiere decirse con ello que quienes no fueron parte en el proceso, y aquí entra en juego el problemático tratamiento del artículo 64 de la Ley para la jurisdicción contencioso-administrativa, no serán emplazados; como al mismo tiempo no se prevé en la Ley Orgánica la publicación de la vertencia del proceso en el «Boletín Oficial del Estado» o por otros medios, salvo en el caso del artículo 46.2 para aquellos procesos que sean promovidos por el Defensor del Pueblo o el Ministerio Fiscal, se llega a concluir que personas posiblemente favorecidas por el acto que se impugna en vía constitucional, que no fueron o no pudieron ser parte en el proceso, pueden resultar hipotéticamente afectadas en sentido perjudicial a sus derechos o intereses por la decisión del Alto Tribunal, sin conocer siquiera que se había sometido a su conocimiento el defecto del acto del que trae causa su derecho o interés.

Parece se da un tratamiento a tales presuntos codemandados o coadyuvantes de desfavor que puede venir a reforzar aquel otro de idéntica naturaleza que se deriva del artículo 64.1 y 2 de la Ley para la jurisdicción contencioso-administrativa, precepto que ha sido examinado reiteradas veces por la jurisprudencia constitucional y ésta,



a su vez, comentada por la doctrina, siendo de destacar la más reciente de las decisiones del Tribunal Constitucional, es decir, la Sentencia de 23 de marzo de 1983 —estas líneas se redactan en mayo del mismo año— en la que en su fundamento segundo se lee:

«... principiando por examinar lo que afecta a la invocada vulneración del derecho a la tutela efectiva, puntualizando en este caso en la indefensión, obligado es reconocer que la precitada Ley de lo Contencioso-administrativo, en su artículo 64.1 establece que la publicación del anuncio de interposición del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» servirá de emplazamiento a las personas que con arreglo al artículo 29.1 b) están legitimadas como parte demandada, esto es, las personas a cuyo favor derivasen derechos del propio acto o disposición a que se refiere el recurso...»

«No obstante los términos en que se halla redactado el referido artículo 64.1 de la Ley de lo Contencioso y el acatamiento que por parte de los Tribunales de ese orden se preste al mismo, *parece admisible que mediante una aplicación estricta de la norma se pueda originar un quebranto del derecho fundamental* de constante referencia, y ello, esencialmente, por aceptarse de tal modo una ficción, cual es la de entender que las personas que se hallen en la situación anteriormente descrita, esto es, en quienes concurra la calidad de titulares de derechos o intereses de los que puedan ser privados mediante promoción del proceso jurisdiccional, quedan suficientemente instruidos de su interposición, por el mecanismo edictal establecido, cuando es lo cierto que normalmente son ajenos a ello. Y en este sentido será forzoso referirnos al tratamiento que este mismo Tribunal ha dado a esta precisa cuestión, lo que se produjo inicialmente en la Sentencia de su Sala Primera, de 31 de marzo de 1981, expresiva de que la garantía a la no indefensión *conduce a establecer el emplazamiento personal a los que puedan comparecer como demandados, siempre que ello resulte factible*, como puede ser cuando sean conocidos e identificables a partir de los

datos que se deduzcan del escrito de interposición, o incluso del expediente, doctrina en la que insiste la Sentencia de la Sala Segunda, de 20 de octubre de 1982...»

En la Sentencia se estimó el recurso de amparo, precisamente por tratarse de personas cuyos derechos resultaron afectados por la Sentencia del Tribunal Contencioso-administrativo. El Ministerio Fiscal, que en trámite de alegaciones había interesado efectivamente la estimación de la demanda de amparo, puso de manifiesto incluso la posible inconstitucionalidad del precepto de la Ley para la jurisdicción contencioso-administrativa, extremo también alegado por los recurrentes, tema al que la Sentencia ha dado cumplida respuesta al sostener reiterando lo ya dicho en la Sentencia de 20 de octubre de 1982 citada que:

«...en supuesto como el actual no procede hacer uso de lo establecido en aquel artículo de la Ley Orgánica —el 55.2—, puesto que no puede decirse que el acto que se anula sea consecuencia ineluctable de la aplicación del artículo 64 de la Ley de lo Contencioso-administrativo, *puesto que el mismo no veda el emplazamiento directo* de quienes puedan comparecer como parte demandada en razón de ser titulares de un derecho o de un interés legítimo ya defendido en el procedimiento administrativo, cuando aparecen suficientemente identificados en el escrito de interposición del recurso o en la demanda, *pudiendo ser suplida la insuficiencia de la norma*, de tal modo que es posible buscar dentro de la vía judicial ordinaria el remedio contra la indefensión, y *puede ser mantenida la norma en tanto que el legislador no dé una nueva regulación de la materia, más plenamente ajustada a la Constitución...*»

Quiere decirse con ello que la jurisprudencia constitucional insta a que la deficiencia del precepto de la Ley de lo Contencioso-administrativo sea suplida por los tribunales de este orden, utilizando el mecanismo de emplazamiento directo, siempre que ello sea posible, de una parte, y de otra, que el legislador, en una «nueva regulación de

la materia», es decir, ante una reforma de la Ley en cuestión, provea a un tratamiento del tema más en consecuencia con las exigencias constitucionales.

Todo ello nos lleva a destacar la necesidad de que la interpretación de la Ley Orgánica 2/1979 se verifique en esta materia en consonancia con las notas que se están postulando por referencia a la Ley para la jurisdicción contencioso-administrativa, y eventualmente, ante una reforma de la Ley Orgánica, sea este extremo que se tome en consideración y en base a las experiencias del propio Tribunal Constitucional.

3.ª Cabe señalar, por último, que ante el Tribunal Constitucional se ha propuesto en alguna ocasión el tema relativo a la figura del coadyuvante del actor, habiendo sostenido que:

«Ni en la Constitución (art. 162.1 b), ni en la Ley Orgánica (art. 41 y siguientes) hay precepto alguno que dificulte el litis consorcio inicial activo en relación con el recurso de amparo, de modo que varias personas supestamente lesionadas en alguno de sus derechos fundamentales o libertades públicas pueden actuar como codemandantes y constituir así una figura de pluralidad de la parte actora, cada uno de cuyos componentes tendría el carácter de parte principal.

También es posible que personas con un interés idéntico que les legitime activamente para interponer un recurso de amparo constitucional frente a determinado acto de un poder público actúen separadamente y den lugar así, en principio, a otros tantos procesos de amparo con identidad de objeto, que podrían ser acumulados por el Tribunal de conformidad con el artículo 83 de la LOTC para formar un único proceso en aras de la unidad de tramitación y decisión.

... Ante la amplitud con que se regula la legitimación en el proceso de ámparo constitucional, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 51.2 de la LOTC, la figura del coadyuvante del demandante queda lógicamente disminuida en la LOTC, con arreglo a la cual sólo puede tener cabida en el supuesto regulado por el artículo 46.2, esto es, en los recursos de amparo interpuestos

por el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo, en los cuales se admite que los agraviados conocidos u otros posibles interesados intervengan como codemandantes o como coadyuvantes, beneficiándose del cumplimiento por el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo de los requisitos procesales exigidos por la Ley Orgánica y apoyando un recurso interpuesto por quienes actúan en defensa de un interés general...» (Auto de 23 de octubre de 1981; RA núm. 146/81.)

Conviene recordar que a dicho auto se acompaña voto particular del magistrado excelentísimo señor don Manuel Díez DE VELASCO VALLEJO, del que es necesario entresacar el párrafo siguiente:

«La posición del coadyuvante en el proceso constitucional considero que puede tener cabida en supuestos distintos a lo regulado por el artículo 46, número 2, de la LOTC, pues en el 47.1 acoge con amplitud al "coadyuvante" —sin distinguir si es del demandante o del demandado— ya que, como claramente estipula dicho precepto, puede ocupar dicha posición procesal los que ostenten un "interés legítimo" en el recurso formulado.»

Frase que subrayamos, sin perjuicio del tema de fondo que el voto particular propone, por cuanto se ciñe a la figura del coadyuvante, no tomando como punto de partida el proceso precedente, sino el proceso de amparo mismo, no obstante cuanto en relación con este aspecto se ha señalado en otros momentos de estas anotaciones.

## 2.º Coadyuvantes en cuestiones de inconstitucionalidad

No debe extrañarnos por ello que recientemente, y en trámite cuestión de inconstitucionalidad planteada por Sala de lo Contencioso-administrativo en proceso de esta naturaleza, en relación con la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, base XVI, párrafo 9.º, y efectuada publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la providencia admitiendo a trámite la cuestión, se haya instado por el Consejo General de Colegios Farmacéuticos de España se le dé

audiencia en la cuestión y conocimiento de los autos, puesto que el Colegio es parte en el proceso contencioso-administrativo, e incluso autor del acto impugnado al confirmar en vía de recurso el producido por el Colegio correspondiente de la provincia en la que se había solicitado autorización de apertura de farmacia.

A la solicitud responde el Tribunal Constitucional, a través de la Sección 3.<sup>a</sup> del Pleno, por medio de auto de 23 de marzo de 1983, afirmando:

«La publicación de la providencia mediante la que se admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por un órgano del Poder Judicial, cumple señaladamente la función de poner en conocimiento de todos los demás órganos del mismo Poder Judicial el planteamiento de la cuestión por cuanto pudiera influir en la decisión de asuntos entre ellos pendientes. *Nada tiene que ver con el conocimiento que los interesados en la decisión que haya de recaer sobre la cuestión obtengan también a través de esta publicación, pues en nuestro sistema sólo están legitimados para comparecer en las cuestiones de inconstitucionalidad los órganos taxativamente enumerados en el artículo 37.2 de la LOTC.* Esta configuración del proceso constitucional en el caso de las cuestiones *no permite en modo alguno la comparecencia en ellas de otras personas y ni siquiera de las que fueron parte en el proceso con motivo del cual se suscita la cuestión.*»

Termina el auto señalando que con tal tesis ni siquiera se produce indefensión para las personas físicas o jurídicas cuyos intereses puedan ser afectados por la Sentencia del Tribunal Constitucional, al estarse en presencia de un *proceso estrictamente objetivo* en el que en ningún caso pueden hacerse valer derechos subjetivos o intereses legítimos.

El auto ha sido recurrido en súplica, en cuya tramitación se ha oído al Ministerio Fiscal, que emite dictamen abundando en la tesis del Tribunal Constitucional sobre la base del carácter de proceso estrictamente objetivo que ostenta la cuestión de inconstitucionalidad y rechazando el punto de apoyo alegado por la entidad que pretende

ser oída en la cuestión, que es, entre otros, el artículo 80 de la LOTC al remitirse con carácter supletorio a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en este punto no existe laguna legal alguna a cubrir por vía de normas supletorias, desde el momento en que la redacción de los artículos 35 y 37 de dicha Ley Orgánica es terminante, diferenciando con toda nitidez la audiencia de las partes en sede proceso judicial, acerca de la pertinencia de plantear la cuestión y la tramitación específica de ésta. Al mismo tiempo, en el dictamen del Ministerio Fiscal se insistía en la necesidad de, por la naturaleza misma de las cuestiones de inconstitucionalidad, no convertir la cuestión en un alargamiento del proceso de reconocimiento de derechos o intereses, puesto que tanto equivaldría a recortar la competencia que a los órganos judiciales corresponde por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución en favor de la jurisdicción constitucional, con misión propia y totalmente distinta de la de aquéllos.

Por auto de 5 de mayo de 1983, el Pleno del Tribunal ha resuelto el recurso de súplica, manteniendo el auto impugnado y afirmando en el fundamento jurídico, entre otras cosas, que:

«Es evidente que ni la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni el ámbito de libertad de que este Tribunal goza en la interpretación de su propia Ley Orgánica permiten modificar los preceptos de esta última, que, de manera rotunda y taxativa, establece cuáles son las personas, públicas o privadas, o los órganos con capacidad para ser parte en los distintos procesos constitucionales y el artículo 37.2 de la LOTC no deja margen alguno para atender la petición...»

y si bien entiende que esta consideración sería suficiente, a mayor abundamiento agrega:

«A partir del supuesto obligado de que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad es simplemente el de determinar la legitimidad o ilegitimidad constitucional de la norma cuestionada, se hace evidente, en efecto, que en ningún caso cabrá hablar respecto de ellas de indefensión, pues no se dilucidan por este conducto conflictos de derechos o intereses... Por último, y como

acertadamente señala el Fiscal General del Estado, el CGCOF ya ha tenido ocasión de alegar en el recurso contencioso-administrativo, en donde la presente cuestión se ha suscitado, todo cuanto ha estimado procedente acerca de ella.»

En resumen, de la decisión del Tribunal se desprende: a) que la LOTC ni por sí, ni por vía de aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, permite extender el ámbito de legitimación en los diversos procesos constitucionales; b) que ni siquiera a ello puede llegarse ejerciendo el Tribunal la libertad de que goza en la interpretación de su propia norma orgánica; c) que el ámbito de las cuestiones de inconstitucionalidad se enmarca en determinar la legalidad o ilegalidad inconstitucional; y d) finalmente, que no quedan al margen de ellas, aun cuando no puedan esgrimirse derechos o intereses, las posiciones de las partes por cuanto fueron oídas en el trámite relativo a la pertinencia de promover la cuestión, es decir, en los supuestos a que se refiere el artículo 35.2 de dicha norma orgánica, notas todas estas que fijan el cuadro de las cuestiones de inconstitucionalidad y el ámbito operativo que en ellas se confiere a las partes personadas en el proceso de que aquella trae causa.

