

# **LA APLICACION JURISDICCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO ORDINARIO (LA LEY 62/78, DE PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA)\***

**Marc Carrillo**

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

## **INTRODUCCION**

La configuración de un régimen democrático en España, hace ahora ya casi trece años, planteó desde el inicio la incorporación a la futura Constitución de un amplio elenco de derechos y libertades dotados de un sistema de garantías jurídicas, que asegurasen su tutela ante los órganos integrantes del Poder Judicial. La referencia que del inmediato pasado ofrecía el régimen franquista, caracterizado por la negación de libertades públicas, hizo necesaria la articulación de instrumentos jurisdiccionales que proporcionasen al ciudadano vías directas de recurso ante eventuales violaciones de los derechos por los poderes públicos. El carácter normativo de la Constitución (arts. 9.1 y 53.1), reforzado por la introducción de la jurisdicción constitucional, dotada de competencia para entender del recurso de amparo, puso de relieve la importancia que a partir de entonces iban a tener los órganos judiciales ordinarios como garantía de los derechos y libertades reconocidos en el Título I y como sede natural de su salvaguarda jurídica<sup>1</sup>.

El punto de partida para la configuración de las garantías jurisdiccionales ha sido, sin duda, la consideración de la Constitución como norma jurídica, dotada de fuerza vinculante sobre particulares y poderes públicos. Entre estos últimos, los Jueces y Magistrados integrantes

\* Sobre este texto se basó el seminario realizado en el CEC los días 10 a 13 de diciembre de 1991, bajo el título: «La protección judicial ordinaria de los derechos fundamentales».

Asimismo, este trabajo es parte integrante de una investigación más amplia de próxima publicación.

<sup>1</sup> Vid. sobre esta cuestión los interesantes trabajos de Miguel A. Aparicio Pérez, «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional», *RCEC*, n.º 3, mayo-agosto, Madrid, 1989, pp. 47-85; F. Rubio Llorente, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional», *REDC*, n.º 4, Madrid, 1982, pp. 35-67.

del Poder Judicial, en tanto que sujetos activos de la actividad jurisdiccional, ejercen una función esencial para el aseguramiento de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por otra parte, la introducción de un sistema de justicia constitucional concentrado en un órgano específico —el Tribunal Constitucional— exige de la jurisdicción ordinaria la aplicación de los preceptos constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el citado Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos (art. 5.1 LOPJ).

Por estas razones, y después del rodaje y experiencia acumulada que suponen algo más de dos lustros de función jurisdiccional sobre derechos y libertades, conviene analizar cuál ha sido la aplicación que de los mecanismos existentes se ha hecho en este período por parte tanto de la jurisdicción constitucional como de la ordinaria.

La investigación que aquí se expone tiene por objeto abordar la aplicación jurisdiccional en el ámbito de la garantía contencioso-administrativa que tanto el TC como el TS, así como también las antiguas AT y los actuales TSJ de las CC.AA., han realizado hasta la fecha del procedimiento especial de protección judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas, regulado por la *Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona*; ley resultado de los lejanos *Pactos de la Moncloa*<sup>2</sup> que, con carácter provisional —provisionalidad que ya dura trece años—, diseñó el régimen jurídico del procedimiento preferente y sumario previsto por la Constitución en su artículo 53.2, para la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la norma fundamental.

La elección de este objeto de trabajo ha venido motivada por la considerable relevancia jurídica y política de una ley procesal de gran valor sustantivo. Relevancia, no obstante, que no siempre ha sido retenida por los diversos sujetos jurídicos; así, por ejemplo, los primeros años de vigencia demuestran una notable falta de uso generada, probablemente, por la ignorancia sobre su propia existencia y, en ocasiones, de las ventajas procesales que conlleva. Esta situación se trocó posteriormente en una utilización progresiva y constante hasta el punto de convertirse más de una vez en abusiva, a través de la presentación de recursos carentes de toda fundamentación, pero obstinados en activar dicho procedimiento por el favorable tratamiento procesal que dispensaba al recurrente.

Este conjunto de elementos, junto con la importancia jurídica de la ley y los efectos de su aplicación práctica después de un importante período de vigencia, explican el estudio de un procedimiento especial, que ofrece la singularidad de una importante equiparación procesal entre la Administración y el otro litigante. Singularidad que, sin embargo, no empuja el estudio de las categorías procesales abordadas en permanente vinculación con el Derecho Procesal Civil.

<sup>2</sup> *Pactos de la Moncloa*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1977, pp. 67 y ss.

El objeto, por tanto, de este trabajo es analizar el régimen jurídico de esta ley desde su aplicación jurisdiccional, con especial referencia a la garantía contencioso-administrativa sobre derechos fundamentales, a partir de una numerosa y significativa producción jurisprudencial. Asimismo, y en la medida en que ello es factible, se realizan algunas propuestas de *lege referenda* en relación a una futura elaboración más definitiva del procedimiento preferente y sumario reconocido por la Constitución, como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas.

El análisis del recurso de amparo ordinario se ha planteado desde cinco puntos básicos del régimen jurídico regulado por la Ley 62/78. Estos son los siguientes:

1. La naturaleza jurídica del recurso.
2. Su ámbito material.
3. Los requisitos procesales.
4. La suspensión del acto administrativo impugnado.
5. El recurso de apelación y los efectos generales de este procedimiento.

## 1. LA NATURALEZA JURIDICA

Del contenido del artículo 53.2 de la CE se deduce que el procedimiento judicial de protección ordinaria de derechos ha de estar presidido por los principios de preferencia y sumariedad. Pero, si se pretende abordar en toda su integridad la naturaleza jurídica del recurso, a estos caracteres habrá que añadir, necesariamente, la cualidad de recurso excepcional, además de su compatibilidad con el recurso contencioso ordinario (Disp. Trans. 2.<sup>a</sup>, 2, de la LOTC) y, por último, la posición de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, con respecto al procedimiento preferente y sumario.

1.1. *El carácter preferente y sumario.* La atribución del carácter de preferente al procedimiento ordinario supone asignar una posición procesal ventajosa a todas aquellas causas cuyo objeto esté fundamentado en la violación de un derecho fundamental.

Esta noción procesal de preferencia significa que la tramitación de los recursos planteados de acuerdo con este procedimiento será anterior a cualesquiera otros, incluso en el supuesto de que éstos hayan sido instados con anterioridad<sup>3</sup>.

La sumariedad comporta una cognición limitada a aquello que constituye el objeto del proceso: la protección de los derechos fundamentales ante presuntas violaciones. Más allá de lo cual, la vía procesal específica no puede ser utilizada.

<sup>3</sup> Vid. J. García Morillo, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 43.

La doctrina —Salas y González Pérez, entre otros— coincide en resaltar que de la Ley 62/78 no se deduce un procedimiento de carácter sumario, sino que lo que establece es un procedimiento abreviado pero plenario, es decir, de cognición no limitada<sup>4</sup>. Parece, pues, evidente que lo que ha hecho el legislador ha sido equiparar celeridad con sumariedad, cuando en realidad no son la misma cosa. O, si se quiere, lo que se ha introducido es una sumariedad cuantitativa que viene identificada por el acortamiento del proceso<sup>5</sup>.

Sobre estas dos características, el TC no ha aportado criterios más clarificadores y, por su parte, el TS lo ha hecho de forma contradictoria. Y ello porque si la posición del TS es considerar como elemento del principio de sumariedad la *supresión del trámite de admisión*, resulta poco comprensible que, después, en diferentes resoluciones, reconozca la posibilidad —hecha realidad en multitud de casos— de instrumentar el citado trámite de admisión, en aquellos supuestos en los que, de forma manifiesta y notoria, la materia objeto del recurso a entablar no verse sobre protección de derechos fundamentales de la persona<sup>6</sup>.

1.2. *El carácter excepcional del amparo ordinario se justifica por la atribución de un plus de garantía jurisdiccional que se fundamenta en tres razones fundamentales:*

- 1.º) Porque su utilización queda en principio acotada a un ámbito material definido: los derechos fundamentales y libertades públicas.
- 2.º) Porque únicamente se puede accionar cuando se ha producido una lesión de estos derechos.
- 3.º) Por las innovaciones procedimentales que aporta la Ley 62/78, y que se resumen en:
  - El carácter optativo de la vía administrativa previa.
  - En que la pasividad de la Administración en ningún caso suspende el curso de los autos.
  - En la adopción como criterio general de la medida cautelar consistente en la suspensión del acto impugnado<sup>7</sup>.

La excepcionalidad se fundamenta, por tanto, en el objeto y en la forma del procedimiento. Para el TC, y también para el TS, el factor definitorio de la excepcionalidad y especificidad que caracteriza al procedimiento especial se fundamenta en la naturaleza directamente constitucional de su objeto. Es decir, la línea divisoria para poder

<sup>4</sup> Vid. J. Salas y J. Tornos, «Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales», *RAP*, n.º 93, Madrid, 1980, p. 35; J. González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1980, p. 298.

<sup>5</sup> Vid. A. Baylos Grau y otros, *Instituciones de Derecho Laboral*, Ed. Trotta, Madrid, 1991, p. 196.

<sup>6</sup> Vid., por todos, el ATS de 28-4-1984.

<sup>7</sup> Vid. E. García de Enterría y otros, *El sistema de protección de los derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979 (en especial el cap. II, escrito por Enrique Linde, pp. 159-163).

instrumentar esta acción judicial radica en que se trate de actos que lesionen derechos fundamentales en aspectos de contenido constitucional y no de mera legalidad<sup>8</sup>; en este sentido, se rebasa el ámbito del proceso especial cuando para presentar una situación aparentemente violadora de un derecho fundamental se ha de analizar previamente la legalidad del propio acto<sup>9</sup>. Sin embargo, ésta es una eventualidad que difícilmente se podrá evitar en los llamados derechos de configuración legal —por ejemplo, los derechos de los extranjeros—, a los que también se extiende este procedimiento.

1.3. La cuarta característica es la que se deduce de la relación de *compatibilidad* existente entre la ley reguladora del procedimiento preferente y sumario y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. De acuerdo con lo establecido por la primera, la Ley Jurisdiccional tiene carácter supletorio. Ello plantea dos cuestiones de notable relevancia procesal:

A) Una primera es la referida a la posición del recurrente respecto a la dualidad normativa que el ordenamiento le ofrece para la defensa de sus derechos. Es decir, ¿existe un derecho de opción para recurrir? La utilización de la vía especial, ¿excluye toda acción a través de la vía ordinaria de la Ley de la Jurisdicción?

B) La segunda cuestión, vinculada a la primera, estriba en determinar si es posible la acción simultánea de ambos procedimientos y cuáles son los límites para ello.

En relación a la dualidad normativa que el ordenamiento ofrece, la libertad de opción ha sido consagrada por el TC<sup>10</sup>, atribuyendo a ambos procedimientos la condición de vía judicial previa al recurso de amparo. Desde luego, una respuesta negativa resultaría difícil de argumentar; recuérdese, en este sentido, que el artículo 24.1 de la CE, al reconocer el derecho a la tutela judicial, establece también, como elemento integrante del mismo, el derecho de acceso a la jurisdicción para activar un procedimiento que, como tal, es potestad del recurrente elegir y del órgano judicial decidir si la elección ha sido correcta, admitiendo o no a trámite el recurso<sup>11</sup>.

La jurisdicción constitucional se ha planteado la problemática que deriva de la dualidad normativa puesta a disposición del recurrente, a

<sup>8</sup> La jurisprudencia del TC sobre este aspecto es muy numerosa; véanse, por todas, las SSTC 37/1982, de 16 de junio, FJ 1, y 34/1989, de 14 de febrero, FJ 3.

<sup>9</sup> Vid. STS de 2-2-1989; en el mismo sentido, las SSTS de 23-2 y 3-4 de 1987.

<sup>10</sup> Vid. ATC 359/1985, de 29 de mayo, y, entre otras muchas anteriores, la STC 34/1989, de 14 de febrero, FJ 3. Sobre la libertad de opción, también la doctrina coincide en su admisibilidad; vid. J. A. Razquin Lizarraga, «Agotamiento de la vía judicial previa y coexistencia del proceso especial de la Ley 62/78 y el contencioso-administrativo ordinario», *REDA*, n.º 67, pp. 423-462; Salas y Tornos, *op. cit.*, p. 35; García Morillo, *op. cit.*, p. 43.

<sup>11</sup> Vid. STC 59/1990, de 26 de marzo, FJ 3.

través de la formulación de una serie de interrogantes en relación a las consecuencias que puede producir un error en la vía procesal escogida. Las cuestiones planteadas son las siguientes:

- 1.º) Equivocarse de procedimiento: ¿significa que habrá que volver a reiniciar el procedimiento por la vía adecuada?
- 2.º) No obstante el error, ¿agota la vía judicial previa la Ley 62/78?

Dos son los requisitos que el TC establece para considerar que, a pesar del error procesal, no cabe reiniciar el procedimiento:

- 1) Que la vía utilizada haya sido la regulada por la ley del preferente y sumario y no otra.
- 2) Que la pretensión alegada haya sido calificada jurídicamente por el Tribunal juzgador de tal manera que lo haga inejercitable<sup>12</sup>.

El criterio básico es el de considerar que si el órgano judicial, al analizar la demanda que le ha sido presentada, *incide también en el ámbito de los derechos fundamentales, hasta el punto de enjuiciarlos de tal modo que impida su ejercicio*, ello será elemento suficiente como para considerar agotada la vía judicial y dejar expedita la opción del recurso de amparo; y sin perjuicio del error que haya supuesto la elección del procedimiento de la Ley 62/78, cuando lo procedente hubiese sido utilizar el recurso ordinario de la LJCA.

El elemento determinante es, por tanto, *la afectación lesiva producida sobre un derecho fundamental que al producirse hace irreversible la situación del titular del derecho*. Por esta razón, retrotraer los autos a la fase inicial del procedimiento que en puridad debiera haberse instado supondría, en este caso, una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial.

Admitida la libre opción para accionar ambos procedimientos, cabe preguntarse si también es factible su instrumentación simultánea. Y, si ello es posible, determinar los límites para su ejercicio.

De entrada, ya es sabido que la nota de excepcionalidad que caracteriza al procedimiento especial de la Ley 62/78 restringe el ámbito de enjuiciamiento de los tribunales a temas de contenido constitucional, en la medida en que afecten a derechos fundamentales, mientras que las cuestiones de mera legalidad se reservan para el procedimiento ordinario<sup>13</sup>. Ahora bien, cabe preguntarse si esta exclusión de las cuestiones de legalidad comporta también una interdicción para accionarlas en el procedimiento ordinario.

<sup>12</sup> Vid. STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 1.

<sup>13</sup> Como se ha señalado anteriormente, el criterio consistente en deslindar entre los elementos de constitucionalidad y las cuestiones de mera legalidad ha sido alegado profusamente por la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Su dificultad se ha puesto de manifiesto especialmente en los derechos de configuración legal, como bien señaló la Sentencia de la antigua Audiencia Territorial de Oviedo de 26-12-1986.

Parece evidente que ello no puede ser así si se admite —como se ha hecho— la libertad de opción. Podría, no obstante, pensarse que, una vez escogida una vía procesal, la otra queda automáticamente excluida. Sin embargo, esta hipótesis se ha de descartar porque el objeto del procedimiento especial queda restringido a enjuiciar sobre la existencia de violaciones de derechos fundamentales. Por tanto, si una vez accionado aquél se impide ejercitar el procedimiento ordinario para enjuiciar cuestiones de legalidad, la situación resultante sería de una clara indefensión. Y la razón no puede ser otra que la que se deduce de la naturaleza del recurso de amparo constitucional, como procedimiento que impide el enjuiciamiento de las cuestiones de simple legalidad<sup>14</sup>. La conclusión es que el actor se quedaría sin vía procesal operativa para accionar los temas de legalidad ordinaria pendientes.

Reconocida, pues, la libre opción y la simultaneidad posible en la presentación de los recursos<sup>15</sup>, la nueva cuestión que se plantea es saber si esta simultaneidad es o no limitada.

Sobre este particular, hay que señalar que existe una cierta práctica procesal especulativa llevada a cabo por parte de recurrentes que accionan al mismo tiempo recursos judiciales por la vía especial y por la vía ordinaria, a la espera de poder escoger aquella resolución que les resulte más favorable a sus intereses. Esta especulación procesal concibe el ejercicio simultáneo de ambos procedimientos de forma absoluta, sin límites, lo cual ha sido rechazado por el TC otorgando un carácter *concluyente y expansivo* al procedimiento de la Ley 62/78. Ello significa que, en la hipótesis de recursos paralelos fundamentados en cuestiones referidas a derechos fundamentales, la desestimación de aquel que ha sido accionado por la vía especial supone:

- 1.º) La *conclusión* de la vía judicial previa para las materias referidas a los derechos fundamentales, dejando a su vez expedita la vía del recurso de amparo. Y ello con independencia de que la protección pretendida haya sido desestimada, ya por razones procesales, ya mediante un pronunciamiento de fondo.
- 2.º) Un *efecto expansivo* sobre el procedimiento ordinario iniciado paralelamente al especial, en el sentido de neutralizar cualquier posibilidad de obtener una resolución de fondo sobre materia referida a derechos fundamentales mediante aquel procedimiento<sup>16</sup>.

El grave problema que plantea, no obstante, la doctrina del TC es el establecimiento —como límite al ejercicio simultáneo de ambos recursos— de la no suspensión de los plazos de caducidad del recurso ordinario.

<sup>14</sup> ATC 313/1982, de 20 de mayo.

<sup>15</sup> STC 23/1989, de 20 de febrero, FJ 2.

<sup>16</sup> STC 84/1987, de 29 de mayo, FJ 5; en el mismo sentido, también las SSTC 42/1989, de 16 de febrero, FJ 2, y 98/1989, de 1 de junio, FJ 2.

Ciertamente, como en el procedimiento especial de la LPJ no es posible plantear cuestiones referentes a la legalidad del acto impugnado y, normalmente, dicho procedimiento finalizará cuando ya han sido agotados los plazos de caducidad ordinarios, el TC se ha visto obligado —como ha señalado Gimeno Sendra<sup>17</sup>— a aceptar el arrinconamiento de la excepción de litispendencia en estos casos, al margen que ambos procedimientos tengan parcialmente el mismo objeto. El Anteproyecto de Ley reguladora del Procedimiento Contencioso-Administrativo planteaba también una solución similar<sup>17-bis</sup>.

1.4. Menos discusión habría de ofrecer —en principio— la relación de *subsidiariedad*<sup>18</sup> que el recurso de amparo constitucional presenta en relación al recurso ordinario. La única excepción la podemos encontrar cuando la violación de un derecho sea atribuida a un órgano de naturaleza legislativa (art. 42 LOTC)<sup>19</sup>.

El recurso de amparo presenta una doble dimensión, ya que más allá de su condición de instrumento de garantía de derechos subjetivos se configura también un elemento objetivo<sup>20</sup> de defensa de la Constitución. Por ello, la jurisdicción constitucional de amparo no es ni debe ser una tercera instancia, sino que su función se circunscribe a enjuiciar la existencia o no de violaciones de los derechos constitucionalmente garantizados. No le corresponde, por tanto, revisar con carácter general los hechos declarados probados ni tampoco el derecho aplicado en la resolución judicial que haya sido objeto de impugnación. Cuestión distinta, y ciertamente disfuncional, ha sido una cierta concepción taumatúrgica que la práctica procesal ha puesto de relieve<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Vid. V. Gimeno Sendra y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1991, p. 629.

<sup>17-bis</sup> El texto de este Anteproyecto puede encontrarse en: R. Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1/1, 9.ª ed, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 407-438.

<sup>18</sup> Sobre la nota de subsidiariedad, vid. M. Sánchez Morón, *El recurso de amparo constitucional. Características actuales y crisis*, CEC, Madrid, 1985, p. 30. Este trabajo inspiraría la reforma del artículo 50 de la LOTC, contenida en la LO 6/1988, de 9 de junio, en la línea de reforzar el carácter subsidiario; para una crítica sobre la misma, vid. F. Rubio Llorente, «El trámite de admisión del recurso de amparo (Comentario a la Ley Orgánica 6/1988)», *REDA*, n.º 60, Madrid, 1988.

<sup>19</sup> La STC 136/1989, de 19 de junio, FJ 1, establece que «(...) el artículo 42 de la LOTC (...) no exige que hayan de agotarse los remedios jurisdiccionales ordinarios antes de pedir el amparo constitucional».

<sup>20</sup> Sobre el aspecto objetivo del recurso de amparo constitucional, vid. P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, CEC, Madrid, 1985, pp. 217 y ss. Su doble dimensión ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia constitucional desde las primeras resoluciones: STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2; SSTC 11/1982, de 29 de marzo, FJ 4; 62/1983, de 11 de junio; 36/1983, de 11 de mayo, FJ 1, etc.

<sup>21</sup> Un indicio de esta recepción social del recurso de amparo lo constituyen las siguientes cifras: entre el 17 de julio de 1980 y el 31 de diciembre de 1989, los asuntos ingresados en las Salas del TC han sido 11.109, de los cuales sólo 1.116 han sido resueltos mediante sentencia. Fuente: *Tribunal Constitucional. Jurisprudencia sistematizada 1981-1988* (dir. Diego López Garrido), Cortes Generales, Madrid, 1990, p. VII.



## 2. EL AMBITO MATERIAL DEL RECURSO

El ámbito material del recurso preferente y sumario lo determina, en principio, el propio artículo 53.2 de la CE.

La cuestión a plantear, no obstante, es la de saber si este listado de derechos es excluyente o bien es susceptible de incluir otros que no tengan el carácter de fundamentales. A este respecto cabría pensar, en principio, que la naturaleza excepcional y sumaria no permite una utilización indiscriminada y que, por tanto, sólo un grupo de derechos es susceptible de ser alegado por esta vía ante la jurisdicción ordinaria. Parece lógico pensar que una generalización del ámbito material del recurso ocasionaría, probablemente, una acumulación de causas en los Juzgados que neutralizaría, o incluso anularía, los efectos positivos que persigue el procedimiento especial, que no son otros que la resolución rápida de las causas planteadas.

Desde luego, este proceso de generalización no se ha producido, aunque sí ha habido una ampliación de los derechos afectados, a través de leyes reguladoras específicas que han recogido esta garantía especial. Este es el caso de los derechos de asilo, los derechos del refugiado, el derecho a la objeción de conciencia y los derechos y deberes militares.

Sobre estos derechos conviene precisar algunas cuestiones. Los derechos y libertades de los extranjeros son típicos derechos de configuración legal, razón por la cual se hace más difícil la delimitación entre los aspectos de naturaleza constitucional y aquellos otros de mera legalidad para instrumentar su protección jurisdiccional.

En lo que respecta a la aplicación del procedimiento sobre los derechos y deberes militares, es preciso constatar que se ha hecho de forma tal que podría rozar la constitucionalidad del precepto, ya que atribuye a la jurisdicción militar la competencia para entender de las sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando ello viene atribuido por mandato constitucional al juez ordinario. Con esta solución se ha producido una *vis expansiva* del procedimiento preferente y sumario al ámbito del juez militar que choca con lo previsto en el artículo 53.1 de la CE<sup>22</sup>.

En relación a otros derechos fundamentales, el procedimiento presenta algunas peculiaridades. Por ejemplo, el *habeas corpus*, como derecho fundamental de libertad, puede ser considerado en sí mismo —y de forma simultánea— como un procedimiento preferente y sumario<sup>23</sup>. Preferente en la medida en que, tal como establece la Ley Orgánica 8/1984, en el plazo de veinticuatro horas (art. 7.º) desde que haya dictado el auto de incoación del procedimiento, el Juez practicará todas las actuaciones destinadas a su resolución; y, por la misma causa,

<sup>22</sup> Vid. Gimeno Sendra y otros, *op. cit.*, p. 626.

<sup>23</sup> Vid. Gimeno Sendra, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 201.

es también sumario o —más bien— acelerado en la medida en que así se deduce de la regulación positiva de la Ley, consagrada a determinar, en su caso, la existencia de una detención ilegal y, consecuentemente, a procurar la libertad del detenido.

La extensión de este procedimiento al ámbito de las relaciones laborales a través de la nueva *Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases del Procedimiento Laboral*, se ha hecho de forma muy restrictiva, ya que se establece que las demandas por despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo en las que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán, inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente. Como es sabido, estas modalidades son muy numerosas, con lo cual el legislador ha mostrado una evidente reticencia, e incluso un cierto pavor, a que se produzca un exceso de litigios laborales instrumentados en base del procedimiento especial<sup>24</sup>.

Lógicamente, conviene señalar, por último, que quedan excluidos de alegación a través de este procedimiento los principios constitucionales que aseguran la sujeción de los poderes públicos al Derecho. Ni la seguridad jurídica ni la interdicción de la arbitrariedad ostentan la condición de derecho fundamental<sup>25</sup>.

Los criterios para la delimitación del ámbito material del recurso establecidos por la jurisprudencia han sido los siguientes:

- 1.º) La referencia constante al contenido del artículo 53.2 de la CE.
- 2.º) La distinción entre elementos de constitucionalidad y de legalidad<sup>26</sup>.
- 3.º) La exigencia de que el recurso contenga una sólida fundamentación de su contenido constitucional, basado en la lesión sobre derechos fundamentales<sup>27</sup>.

La invocación formal de un derecho fundamental es condición necesaria pero no suficiente; inmediatamente se precisa que dicha invocación aporte una fundamentación jurídica que contenga elementos de constitucionalidad sólidos que justifiquen la adopción de un procedimiento especial. Esta ha sido una preocupación constante de las antiguas AT y de los actuales TSJ.

<sup>24</sup> Vid. E. Rojo Torrecilla, «Nueva Ley de Procedimiento Laboral: examen de las modificaciones más relevantes con respecto a la normativa anterior», *Revista Técnica Laboral*, vol. XII, n.º 44, Barcelona, 1990, p. 9; Baylos y otros, *op. cit.*, p. 194.

<sup>25</sup> Vid. STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10; STS de 12-6-1984. Para una correcta interpretación de la seguridad jurídica como principio configurador del ordenamiento jurídico: STSJ (Cataluña) n.º 184, de 13 de marzo de 1991. Sobre este principio, véase también A. E. Pérez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, 1991, p. 20.

<sup>26</sup> Por todas, la STS de 6-10-1984. En el mismo sentido pueden citarse algunas sentencias de las antiguas Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales: SAT (Valencia) de 6 de octubre de 1987, SAT (Bilbao) de 11 de noviembre de 1988.

<sup>27</sup> Vid. la STS de 19-12-1984.

Ello significa varias cosas:

- 1.º) Que el contenido de un recurso contencioso-administrativo (no confundir con el escrito de interposición del recurso) que haga referencia a temas de legalidad ordinaria (plazos, abuso de poder, etc.) no puede ser enjuiciado más que a través de la vía jurisdiccional prevista en la LJCA. A diferencia de esta última, la Ley 62/78 no permite un uso ambivalente del procedimiento por ella previsto.
- 2.º) Será motivo de *inadmisión* aquel recurso que se fundamente en cuestiones de legalidad ordinaria que no trasciendan o afecten a derechos fundamentales.
- 3.º) Y será motivo de *desestimación* aquel recurso de cuyo análisis de fondo no se deduzca que los hechos que lo han motivado lesionan derechos fundamentales. Ello sin perjuicio de que se haya producido una vulneración de la legalidad ordinaria, que podrá ser residenciada ante los tribunales mediante el procedimiento ordinario.

### 3. LOS REQUISITOS PROCESALES DEL RECURSO

Los aspectos que integran el elemento formal del recurso de amparo ordinario han atraído de forma más intensa la atención de la jurisprudencia. Abordaremos aquí la aplicación de la Ley 62/78 en relación a los siguientes temas:

- 1) El carácter potestativo de los recursos administrativos.
- 2) La problemática referida al trámite de admisión previa del recurso, que no está prevista por la ley, pero que ha sido aplicada en la práctica judicial.
- 3) Los elementos subjetivos del procedimiento, con especial incidencia en las cuestiones concernientes a la legitimación para actuar en juicio.
- 4) Los elementos objetivos sobre los que recae el recurso.

3.1. *El carácter potestativo de los recursos administrativos* es la innovación que la ley ha introducido, suprimiendo, por tanto, su obligatoriedad; lo que no impide que, si el actor lo considera conveniente, pueda hacer uso de los mismos como trámite previo al procedimiento especial.

Ciertamente, para que el actor pueda disponer de esta opción habrá de quedar en suspenso el plazo de caducidad para interponer el recurso judicial, ya que de lo contrario la consecuencia sería la extemporaneidad del recurso<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Vid. STS de 3-11-1983 y STC 34/1989, de 14 de febrero, FJ 3.

3.2. *El trámite de admisión y alegación previa* se ha convertido en un requisito habitual en los recursos contencioso-administrativos instrumentados a través de la vía especial. Su relevancia es indudable, puesto que con el juicio de admisibilidad lo que se pretende es asegurar un contenido constitucional mínimo basado en la relación directa que el recurso debe demostrar con respecto a una situación de derecho fundamental lesionado por la actuación de un órgano administrativo.

Prueba de su importancia procesal es la existencia, por ejemplo, en el TSJ de Cataluña de unos AUTOS DE INADMISION de contenido básico que se instrumentan ante recursos carentes de fundamentación<sup>29</sup>.

No obstante, la ausencia de una previsión procesal al respecto se ha intentado paliar aplicando el artículo 62 de la LJCA. Esta es la posición sostenida por González Pérez<sup>30</sup>, y, desde luego, el carácter supletorio de esta ley no lo impide; sin embargo, los supuestos de inadmisión que la Ley Jurisdiccional prevé son de difícil encaje en la Ley 62/78. En este sentido, entiendo que la introducción del trámite de inadmisión obedece más a una interpretación extensiva de la LJCA y analógica en relación a la LOTC.

Fruto de esta interpretación, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales<sup>31</sup> estableció un requerimiento específico de alegación.

El TC ha sostenido la necesidad del trámite de admisión en base a los siguientes argumentos:

- 1) La previsión de un procedimiento especial para la protección de los derechos y libertades no comporta libre disponibilidad sobre su uso. Por esta razón, es condición necesaria su fundamentación jurídica basada en la afectación lesiva sobre un derecho fundamental.
- 2) Si, como consecuencia de la ausencia de fundamentación o por insuficiencia de la misma, el Tribunal inadmite un recurso, el derecho a la tutela judicial no quedará vulnerado si la decisión del órgano judicial es razonada en términos de Derecho.

A partir de estos presupuestos, el análisis de la jurisprudencia aporta siete criterios sobre inadmisibilidad del recurso que es necesario retener:

1.º) *La percusión o afectación lesiva sobre un derecho fundamental* es el criterio generalmente adoptado, lo cual no deja de ser lógico, puesto que es la condición necesaria para accionar el procedimiento especial<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Vid., entre otros, los Autos del TSJ (Cataluña) de 22-12-90, 20-9-90 y 20-12-88.

<sup>30</sup> Vid. González Pérez, *op. cit.*, p. 286.

<sup>31</sup> El texto del mismo puede encontrarse en el *Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, Año III, n.º 19, noviembre 1983, pp. 7 y ss.

<sup>32</sup> Vid. STS de 14-8-1979. En el mismo sentido, STC 24/1983, de 6 de abril.

2.º) *Las cuestiones de legalidad no son objeto de este proceso*<sup>33</sup>.

3.º) *La resolución de inadmisión no supone vulneración del derecho a la tutela judicial.*

Como ha reiterado el TC en su ya abundante doctrina al respecto, el derecho a la tutela judicial comporta, a su vez, el derecho de acceso a la jurisdicción, a obtener una resolución judicial fundamentada en Derecho, que respete el principio de congruencia y, finalmente, a que ésta se cumpla<sup>34</sup>.

De acuerdo con este planteamiento, los casos en los que una decisión sobre inadmisión puede convertirse en una decisión arbitraria o irrazonada son los siguientes:

- Cuando se estime inaplicable un procedimiento que sí lo era<sup>35</sup>.
- Cuando se ha incurrido en un error patente<sup>36</sup>.
- Cuando la normativa no se ha interpretado en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental<sup>37</sup>.
- Cuando el órgano judicial ha obviado pronunciarse sobre la impugnación de un recurso, pasando directamente a resolver cuestiones de fondo<sup>38</sup>.

En este último caso, la actuación del órgano juzgador es incorrecta porque:

- 1) En virtud del principio de congruencia, tiene la obligación de pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por las partes. Además, esta exigencia de pronunciamiento resulta inexcusable en cuestiones de orden público procesal.
- 2) Un pronunciamiento sobre el fondo sin resolver antes cuestiones de adecuación entre objeto y procedimiento supone una violación del derecho a la tutela judicial.

4.º) *La argumentación jurídica no puede quedar reducida a la simple invocación formal del derecho lesionado*<sup>39</sup>.

Quiere ello decir que el recurso ha de ser razonado y no provocar arbitrariedad. Asimismo, significa también que no se puede disponer de forma incontrolada o indiscriminada de este procedimiento espe-

<sup>33</sup> Vid. STS de 14-8-1979; en el mismo sentido: STSJ (Canarias) de 21 de junio de 1989, SAT (Bilbao) de 11 de noviembre de 1988.

<sup>34</sup> Vid., entre otras muchas, las SSTC 32/1982, 22/1982, 26/1983, 49/1983, etc.

<sup>35</sup> STC 11/1982, de 19 de marzo, FJ 3.

<sup>36</sup> STC 68/1983, de 26 de julio, FJ 6.

<sup>37</sup> STC 126/1984, de 26 de diciembre, FJ 2.

<sup>38</sup> STC 116/1986, de 8 de octubre, FJ 5.

<sup>39</sup> STS de 11-3-1983, ATS de 13-5-1985 y SAT (Valencia) de 21 de noviembre de 1987.

cial. De actuar así se vulneraría su naturaleza, que no es otra que la de constituirse como una vía excepcional de protección de los derechos reconocidos por la CE.

5.º) *La inadmisión del recurso no puede ser producto de rigideces formales.*

Las exigencias jurisprudenciales establecidas en aras de procurar la necesaria adecuación entre el *petitium* de la demanda y el procedimiento judicial activado pueden generar la sensación de una cierta rigidez que, a la postre, impida la efectiva tutela judicial de los derechos fundamentales.

Sobre la base del imprescindible razonamiento jurídico, la jurisprudencia ha establecido criterios tendentes a evitar lo que ha dado en denominar un formulismo enervante.

a) *Un primer criterio es la necesaria flexibilidad del órgano juzgador, dado el carácter prematuro del examen sobre el recurso planteado.*

Hay que recordar, en este sentido, que el juicio de admisibilidad no debe incidir sobre cuestiones de fondo. Pero el TS establece que hay unos mínimos que el recurso no puede obviar: que es demostrar una afectación negativa o lesiva sobre un derecho fundamental. Fuera de éstos, el órgano juzgador debe prescindir de mayores exigencias, pues sobre las mismas ya tendrá oportunidad de pronunciarse posteriormente.

La finalidad es evitar, desde un criterio de flexibilidad, que aspectos adicionales del proceso, susceptibles de ser subsanados, puedan impedir un pronunciamiento de fondo<sup>40</sup>.

b) *Un segundo criterio determina que en caso de duda sobre admisión de un recurso prevalece la aplicación del procedimiento establecido en la Ley 62/78.*

El objetivo del mismo no es otro que el de mantener, desde una posición de flexibilidad, un principio de interpretación más favorable a la acción planteada por el recurrente. El trámite de admisión no es un fin en sí mismo, sino una modalidad de tutela judicial que ha de ser ejercitada tomando en consideración tanto las circunstancias del caso como la gravedad y posibilidades de subsanación del defecto formal<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> STC 31/1984, de 7 de marzo, y ATS de 17-5-1985.

<sup>41</sup> Vid. STS de 14-7-1983. Este principio de interpretación más favorable ha sido seguido también por el TC: SSTC 80/1989, 57/1988, 34/1989. Véase, asimismo, al respecto E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, p. 436.

c) *El tercer criterio para determinar la inadmisibilidad de un recurso establece dos parámetros específicos de análisis: 1) la relevancia de los hechos que han dado lugar al recurso, y 2) la adecuada proporcionalidad en el tratamiento a que debe dar lugar el grado de defecto que puede presentar un acto*<sup>42</sup>.

En relación a la relevancia de los hechos, será elemento determinante para la admisión del recurso que el acto, disposición o vía de hecho atribuido a un órgano administrativo incida de forma irrefutable sobre el contenido esencial de un derecho fundamental. Por ejemplo, la prohibición de una manifestación por el Gobernador Civil, sin causa justificada razonada y sin, tampoco, ofrecer un itinerario alternativo a sus promotores.

Carácter más decisivo presenta, sin duda, el segundo parámetro. A través del mismo, el juez debe evaluar las posibilidades que el acto impugnado tiene de ser subsanado. Atendidos los bienes jurídicos en presencia, el juez debe ponderar la viabilidad de la subsanación sin que ello pueda causar perjuicio al otro litigante y, en su caso, a terceros. Cuando la subsanación presente dificultades en exceso, que comporten dichas consecuencias o demoren el proceso, la admisión del recurso será inevitable.

6.º) *La inadmisión de un recurso no puede ser entendida como una sanción.*

El criterio de flexibilidad y de interpretación más favorable a la defensa de un derecho fundamental no puede impedir que si el recurso carece de base suficiente sea inadmitido. Esta decisión es expresión del derecho a la tutela judicial y no puede ser entendida como una sanción al actor que recurre, sino como una garantía para el procedimiento en defensa de bienes jurídicos de superior rango.

Ahora bien, antes de llegar a esta solución, el juez, si cabe, ha de proporcionar al recurrente la posibilidad de subsanar los errores que haya podido cometer. Sobre este particular, el TC ha precisado algunas cuestiones:

- 1.º) *La subsanación de errores no es un acto discrecional del juez, sino un imperativo de su función de tutela judicial de los derechos.*
- 2.º) *La providencia que dicte un Tribunal instando al recurrente a la subsanación del error o defectos debe mantener la precaución de:*
  - a) *No alterar el procedimiento principal iniciado.*
  - b) *Debe tener la prevención de que su decisión sea equitativa*

<sup>42</sup> Vid. SSTC 29/1985, de 28 de diciembre, y 123/1986, de 22 de octubre.

evitando crear una descomposición procesal, perjudicando a la otra parte con —por ejemplo— una providencia que prolongue innecesariamente el proceso.

- c) Las vías de reparación de un recurso defectuoso se encuentran integradas en las facultades que el procedimiento ordinario atribuye al juez. En consecuencia, no hay que buscar vías específicas al respecto<sup>43</sup>.

7.º) *La incompetencia del Tribunal no determina inadmisibilidad del recurso.*

En un supuesto de incompetencia manifiesta de un órgano judicial para juzgar un proceso, la consecuencia no puede ser la inadmisión pura y simple del recurso. Esta era la solución arbitrada por el constitucional artículo 82.a) de la LJCA, lo cual alteraba gravemente el derecho a la tutela judicial. Por tanto, y al margen de la declaración de incompetencia para entender de la causa, el Tribunal debe determinar cuál es el órgano al que corresponde dirigirse. Es decir, que el ejercicio de la tutela judicial comporta no sólo la función resolutoria, sino también la orientativa o asesora<sup>44</sup>.

3.3. *Los elementos subjetivos del procedimiento.* El tercer apartado de los requisitos procesales del recurso es el que hace referencia a los elementos subjetivos del procedimiento.

Una primera cuestión a plantear es la referida a la competencia jurisdiccional. Como es sabido, ésta ha pasado a corresponder a los TSJ de las CC.AA. Entiendo, sin embargo, que tras la creación por la LOPJ y la Ley de Planta de los Juzgados de lo C-A —todavía no constituidos— es buen momento para plantearse la posibilidad de que sean ellos los competentes, en primera instancia, para entender de los recursos contencioso-administrativos instrumentados para la defensa de los derechos fundamentales. Ciertamente, ésta es una cuestión que no está libre de problemas, entre los que no pueden despreciarse: a) la importancia de los asuntos que de entrada le van a llegar a un órgano judicial unipersonal; b) la deficiente y reductiva preparación que en materia de Derecho Administrativo poseen los jueces que acaban de acceder a la carrera tras haber superado las pruebas oficiales al efecto. Desde luego, no son cuestiones irrelevantes las aquí planteadas y, además, están en la mente de la mayoría de profesionales del foro. Pero ello no puede ser obstáculo para que se planteen soluciones en la línea de favorecer la jurisdicción ordinaria como núcleo básico para la salvaguarda jurídica de los derechos y libertades. La asunción de competencias en primera instancia sobre esta materia por parte de los jueces de lo contencio-

<sup>43</sup> STC 162/1986, de 17 de diciembre.

<sup>44</sup> ATS de 22-2-1985 y SSTs de 12-2-1984 y 21-6-1983.



so-administrativo —previo replanteamiento en firme de los criterios que informan su formación— habría de satisfacer los siguientes fines:

- 1.º) Procurar una racionalización de la competencia jurisdiccional sobre protección de derechos y libertades, a fin de evitar que, *de facto*, el TC siga ejerciendo de última instancia judicial.
- 2.º) Una mayor proximidad física del órgano juzgador al recurrente.
- 3.º) Una acentuación de la competencia jurisdiccional sobre esta materia de los órganos judiciales.

La capacidad para comparecer en juicio, es decir, para realizar actos procesales con efectos jurídicos bien por sí mismo o bien en nombre de otro, constituye la capacidad procesal o legitimación<sup>45</sup>. La *legitimación* para actuar en juicio constituye uno de los aspectos del régimen jurídico de la Ley 62/78 que ha suscitado un mayor interés en su aplicación jurisprudencial. Ello ha venido motivado: 1.º) por la necesidad de ampliar el ámbito subjetivo a la luz de lo establecido por la CE a través de la exigencia de un *interés legítimo* —preceptuado por aquella en relación al amparo constitucional— que sustituye al interés directo prescrito por el artículo 28.1 de la Ley Jurisdiccional; 2.º) por su consideración como elemento no sólo de eficacia, sino también de validez de la pretensión en el contencioso-administrativo<sup>46</sup>.

Como es sabido, la ausencia de legitimación para actuar en un proceso es causa efectiva de inadmisión. Sin embargo, puede ser habitual en ciertos casos que disponer de legitimación no sólo constituya una cuestión necesaria para accionar la función jurisdiccional, sino que también sea condición única e imprescindible por su vinculación directa con el fondo de la cuestión.

En estos supuestos, la doctrina sentada por el TS requiere del órgano juzgador la debida ponderación en el ejercicio de su función, determinando que:

- 1) Existirá violación del derecho a la tutela judicial efectiva si una cuestión sustantiva o de fondo es abordada como si de un requisito procesal de trámite se tratase.
- 2) En estos supuestos en los que el elemento previo es de naturaleza tal que su supresión del proceso impide un pronunciamiento sobre otros temas, el órgano juzgador debe reconducir a unidad todo aquello que, por esencia, no es separable<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> J. Chioventa, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Ed. Reus, Madrid, 1977.

<sup>46</sup> Criterio distinto es el que sostiene la mayoría de la doctrina (Guasp, Gómez Orbaneja, Fairen, Gimeno Sendra, Ortells Ramos, etc.) en relación a la legitimación en el proceso civil, considerándola como elemento de eficacia de la pretensión contenida en el recurso, pero no de su validez, lo cual invalida su consideración como presupuesto procesal, ya que la decisión judicial que estime su carencia nunca produce los efectos de cosa juzgada material.

<sup>47</sup> Vid. SSTs de 7-12-1982 y 12-7-1983. En el mismo sentido, véase la Sentencia AT de Valencia de 21-11-1988.

Como apuntábamos con anterioridad, el concepto de interés legítimo ha sustituido al de interés directo establecido por la LJCA como requisito de legitimación para interponer recurso contencioso por la vía especial. Los criterios del TC se apoyan en los siguientes argumentos:

- 1.º) La noción de interés legítimo ha sido constitucionalizada como requisito de legitimación para interponer recurso de amparo.
- 2.º) Y si esto es así, cuando se trata de utilizar una vía excepcional de protección como es el recurso de amparo constitucional, resulta difícil aceptar que en la vía del amparo ordinario las condiciones de legitimación puedan ser más rígidas.
- 3.º) De adoptar el criterio de la LJCA se llegaría a una situación disfuncional. Algunos recurrentes en amparo constitucional no lo podrían ser en vía judicial ordinaria, lo cual resultaría absurdo puesto que aquéllos no podrían ejercer su acción judicial ante el TC por la imposibilidad formal de haber agotado la vía judicial previa<sup>48</sup>.

Parecidos argumentos se han utilizado por la doctrina —por todos, García Morillo<sup>49</sup>— para otorgar legitimación activa para interponer recurso ordinario por la vía especial a las personas jurídicas. Una segunda razón es la que deriva del contenido del derecho a la tutela judicial, que, de acuerdo con el texto del artículo 24, corresponde a todas las personas, sin distinción, siempre que puedan acreditar la defensa de derechos e intereses legítimos.

Conviene retener la atención también en la legitimación atribuida al MF. La LPJ ha introducido una concepción que supera la tradicional noción de acusador público en el proceso penal para ampliar su ámbito de actuación a la defensa objetiva de la legalidad. De acuerdo con ello, su posición en el procedimiento especial no puede adscribirse *a priori* como parte activa o pasiva<sup>50</sup>; en función de las características específicas de cada causa, el MF deberá decidir:

- 1) si el mismo inicia el procedimiento con la presentación del recurso para el que posee legitimación;
- 2) o si colabora en el sostenimiento de la pretensión que contiene la demanda del recurrente;
- 3) o si, por el contrario, decide oponerse a la pretensión.

El MF se configura, pues, como garante de la legalidad<sup>51</sup>, quedando

<sup>48</sup> STC 60/1982, de 11 de octubre, FJ 1. En el mismo sentido, ATS de 21-11-1984 y 15-1-1982.

<sup>49</sup> Vid. García Morillo, *op. cit.*, p. 58.

<sup>50</sup> Vid. ATC de 12 de mayo de 1982.

<sup>51</sup> Vid., sobre el Estatuto del Ministerio Fiscal, Luis M.ª Díez Picazo, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 160. A pesar de su antigüedad.

el AE como defensor de la Administración<sup>52</sup>. No obstante, esta beligerancia procesal en defensa de los derechos y libertades no puede esconder una realidad: la imposibilidad de conocer, de oficio, todo lo que sucede en amplísimas zonas de la actividad social<sup>53</sup>.

3.4. *Los elementos objetivos del procedimiento.* La delimitación del objeto del recurso en el ámbito de la garantía contencioso-administrativa ha ocupado también a la jurisprudencia constitucional y ordinaria en un buen número de resoluciones. El núcleo central sobre el que los tribunales debían pronunciarse era determinar si, más allá de los actos de la Administración Pública que presuntamente hayan violado un derecho fundamental, se pueden incluir las disposiciones normativas e incluso lo que se ha dado en denominar vía de hecho de la Administración.

De entrada, esta *vis expansiva* resulta necesaria y lógica en un marco como el Estado social y democrático de Derecho, caracterizado por la constante penetración de los poderes públicos, en especial de los órganos administrativos y los entes con participación pública, en los diversos ámbitos del tejido social. La omnipresencia de este nuevo Leviathan<sup>54</sup> que es la Administración ha supuesto la multiplicación de nuevos órganos públicos y, consecuentemente, de disposiciones y actos administrativos reguladores de materias de naturaleza diversa. Y no solamente de disposiciones y actos, sino también de actos materiales determinantes de una lesión. No se olvide en este sentido que la Administración, en tanto que sujeto público, se ha convertido en gestor y responsable de una amplia gama de servicios públicos atribuidos al Estado social<sup>55</sup>. Ello ha acrecentado enormemente la actividad con trascendencia jurídica del poder público, lo que, a su vez, ha incentivado la necesidad del control de legalidad a fin de no dejar zonas excluidas al mismo.

El TC ha defendido una concepción amplia del objeto del recurso, a partir de una interpretación sistemática de varios preceptos del ordenamiento jurídico<sup>56</sup>.

sigue resultando de sumo interés el trabajo de Niceto Alcalá-Zamora Castillo, «Lo que debe ser el Ministerio público», *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo 155, Año LXXVIII, Madrid, 1929, p. 531.

<sup>52</sup> Vid., sobre la distinción entre las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal y a la Abogacía del Estado, Sebastián Martín-Retortillo, *La defensa en Derecho del Estado*, Civitas, Madrid, 1986, p. 266.

<sup>53</sup> Vid. Fernando Sainz Moreno, «El Ministerio Fiscal y la defensa de la legalidad», *RAP*, n.º 108, Madrid, 1985, p. 155.

<sup>54</sup> Sobre la existencia de ámbitos cada vez más amplios de la actividad de los poderes públicos situados al margen del control jurisdiccional, véase el prólogo de M. A. Aparicio Pérez a la edición castellana de D. Simon, *La independencia del juez*, Ariel, Barcelona, 1985, p. XVIII.

<sup>55</sup> Vid. L. Parejo Alfonso, *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983, pp. 121 y ss.

<sup>56</sup> STC 31/1984, de 7 de febrero, FJ 4. En el mismo sentido, la STC 141/1985, de 22 de octubre.

Concretamente, del rango normativo del artículo 53.2 de la CE, que no establece distinción alguna entre actos y disposiciones normativas, y el desarrollo que del mismo hace el artículo 43.1 de la LOTC —que se refiere explícitamente a disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho— se concluye que todos ellos integran el objeto del recurso, cuya razón de ser estriba en la protección de los derechos fundamentales sea cual sea la fórmula jurídica a través de la cual puedan haber sido lesionados.

La jurisprudencia del TS ha planteado otra cuestión de gran relevancia acerca del objeto del recurso. Concretamente, se trata de saber si los actos administrativos impugnados han de tener o no carácter definitivo. La cuestión es importante, puesto que según se adopte una u otra posición es muy posible que en algunos supuestos el derecho a la tutela judicial puede quedar negativamente afectado.

No existe al respecto un criterio unívoco, aunque sí una tendencia más acentuada a la no exigencia de que el acto sea definitivo<sup>57</sup>.

En relación a esta posición, la base de su argumentación se encuentra en determinar si el acto objeto del recurso ha afectado o no a derechos fundamentales, con independencia del carácter definitivo o de trámite que ostente. En este sentido, hay que tener en cuenta que el ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales es muy amplio y, desde luego, no puede quedar reducido a la previa existencia de los actos administrativos resolutorios sobre el fondo de la cuestión planteada. Antes al contrario, derechos fundamentales como el derivado del principio de igualdad, la libertad de residencia y circulación, el *habeas corpus*, la inviolabilidad de domicilio, etc., no solamente pueden quedar lesionados por una decisión administrativa concluyente, sino también por actos previos integrados en el engranaje del proceso, que pueden limitar —por ejemplo— de forma discriminatoria las posibilidades de ejercicio efectivo del derecho. Por esta razón, negar la acción de recurso porque el acto carece de firmeza no parece que sea argumento suficiente para afrontar uno de los retos que inciden sobre el ejercicio integral del derecho fundamental.

La posición jurisprudencial que exige, por el contrario, que el acto tenga carácter definitivo, para que pueda ser recurrido a través de la Ley 62/78, establece dos criterios que excluyen la posibilidad de impugnar:

- 1.º) Que se trate de simples actos de trámite no impugnables y que, por tanto, no impidan la continuación del procedimiento.
- 2.º) Que dichos actos no afecten al contenido esencial de un derecho fundamental<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Vid. SSTS de 29-7-1983 y 9-2-1988, entre otras. En el mismo sentido: AATS de 8-5-1985 y 14-10-1985. También: la SAT (Valencia) de 26 de enero de 1986.

<sup>58</sup> SSTS de 8-7-1981 y 3-2-1982, entre otras, y ATS de 18-10-1983.

En estos casos —como digo— no será posible recurrir. A mi juicio, este planteamiento no comporta una contradicción absoluta con la posición contraria que acepta en recurso cualquier supuesto. Ahora bien, estos argumentos no parecen ser del todo suficientes. Si bien un acto trámite no impide la prosecución del procedimiento, nada asegura que por esta razón un derecho fundamental no vaya a quedar lesionado y, desde entonces, pueda mediatizar los intereses legítimos del actor en juicio. Parece, pues, más adecuado no excluir el recurso contra actos de trámite siempre y cuando el acto en sí mismo considerado haya determinado la vulneración de un derecho fundamental.

#### 4. LA SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

El establecimiento de la suspensión del acto administrativo impugnado como regla general de aplicación y no como excepción ha sido, quizá, la innovación más relevante que la Ley 62/78 ha introducido con respecto a la regulación de esta medida cautelar prescrita por la LJCA. Se trata de una medida cautelar que en tanto que tal, y siguiendo a Carnelutti, es una garantía para llevar a buen fin el proceso principal<sup>59</sup>. Tiene carácter provisional y urgente y, normalmente, comporta la imposición de una contracautela consistente en una fianza impuesta por decisión discrecional del Tribunal.

La evolución legislativa sobre este particular ha sido significativa, siempre en la línea de atenuar los efectos inmediatos de la ejecutividad de los actos administrativos con la introducción de excepciones al principio general<sup>60</sup>. En este sentido hay que situar a la Ley Jurisdiccional, que estableció como principio general la ejecutividad de los actos junto con la excepción al mismo, atribuida como potestad del Tribunal cuando la ejecución pueda ocasionar daños o perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 122.1).

En esta misma línea se mantuvo la LRJAE (arts. 33 y 34) al regular la autotutela administrativa y, también, la LPA (art. 47); pero esta última con un criterio más reglado y objetivo, al introducir que la petición de suspensión se ha de fundar en un acto administrativo nulo de pleno derecho.

Este proceso culmina, hasta ahora, con la Ley 62/78, cuyas innovaciones en relación a esta medida cautelar se expresan en los términos siguientes (art. 7.2 y 5):

<sup>59</sup> Citado por E. Gómez-Orbaneja y V. Herce-Quemada, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, p. 230.

<sup>60</sup> Vid. J. M.<sup>a</sup> Fernández Pastrana, «La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos», *RAP*, n.º 120, Madrid, 1989, pp. 277-300.

- 1.º) La suspensión automática de los actos administrativos que versen sobre sanciones pecuniarias en materia de orden público<sup>61</sup>.
- 2.º) La suspensión del acto o disposición como criterio general y la apreciación del interés colectivo como excepción.

La consecuencia más importante de este planteamiento ha sido el cambio trascendental introducido en la formulación de uno de los dogmas del Derecho Administrativo como es el de ejecutividad de los actos de la Administración Pública.

Con la introducción de la suspensión del acto o disposición impugnados como regla y no como excepción, la ley tiende a equiparar procesalmente al recurrente con la Administración<sup>62</sup>, preservándole en parte de la tradicional potestad de imperio que hasta entonces ésta última podía ejercer sobre cualquier litigante<sup>63</sup>. Ello es especialmente relevante cuando lo que se dilucida es el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución<sup>64</sup>.

4.1. *La suspensión como medida cautelar.* La adopción *ad cautelam* de la suspensión del acto o disposición administrativa impugnada es la única que la ley ha previsto, siguiendo —aunque con criterio distinto— la línea adoptada por la legislación preconstitucional.

No es éste el caso de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, donde se contemplan también otras medidas complementarias que, por su naturaleza, sería de desear que fuesen incorporadas al sistema español de garantías jurisdiccionales sobre derechos fundamentales. Lo relevante de estas medidas es que pueden ser activadas también en caso de inactividad o lentitud de la Administración y como resultado de lo cual pueda producirse una lesión de derecho fundamental.

<sup>61</sup> En el momento de redactar este trabajo se acaba de aprobar por el Senado el texto del proyecto de Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (*B. O. de las Cortes Generales*, Serie II, de 21 de enero de 1992, p. 81), en cuyo artículo 38.1 —que deroga explícitamente el artículo 7.5 de la LPJDF— se invierte el criterio hasta ahora establecido en favor de la ejecutividad de las sanciones en materia de orden público: «Las sanciones impuestas en las materias objeto de la presente Ley serán ejecutivas desde que la resolución adquiera firmeza en la vía administrativa.»

<sup>62</sup> Vid. E. Linde Paniagua, «La instrumentación del principio de igualdad entre Administración Pública y particulares en el proceso contencioso-administrativo: la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona de 26-XII-1978», *RAP*, n.º 23, Madrid, 1979, p. 561.

<sup>63</sup> Sobre la potestad de *imperium*, vid. R. Gómez Ferrer-Morant, «Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos», *REDA*, n.º 33, Madrid, 1982, p. 185.

<sup>64</sup> Sobre la incidencia de esta medida cautelar sobre los derechos fundamentales reconocidos por la CE, véase J. A. Caínzos Fernández, «Balance de los diez años de existencia del recurso contencioso-administrativo de protección de los derechos fundamentales», en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 1119-1152. Contiene un análisis de la jurisprudencia producida sobre la aplicación de la Ley 62/78.

Así, por ejemplo, el ordenamiento jurídico francés ha adoptado medidas cautelares como el *referé* y el *constat d'urgence*.

El *referé* tiene por objeto garantizar bienes jurídicos objeto de litigio frente a la lentitud procesal; el *constat d'urgence* es un procedimiento simple y limitado, iniciado por razones de urgencia, con la finalidad de impedir que por causa del transcurso del tiempo una parte pueda verse desfavorecida con respecto a la otra. En Alemania, junto a la suspensión, se admiten otras medidas cautelares ante la inactividad administrativa y frente a las decisiones que deniegan peticiones del ciudadano. Este es el caso de las *órdenes provisionales de carácter judicial* para: 1) *el aseguramiento de derechos*, y 2) *la ordenación de una situación provisional contenida en una relación jurídica*<sup>65</sup>.

El caso español<sup>66</sup> plantea la suspensión del acto o disposición como una medida cautelar de defensa o protección de intereses legítimos, sin la cual podrían quedar lesionados de forma irreversible. En este sentido, la excepción a la ejecutividad de los actos y disposiciones administrativas en materia de derechos fundamentales constituye una garantía adicional a los mismos en un Estado democrático, que como tal no reduce sus mecanismos de protección exclusivamente a la fase del procedimiento judicial.

La suspensión cautelar es una medida que también está prevista por la LOTC en el procedimiento de amparo constitucional. Sin embargo, existen diferencias respecto a la que nos ocupa en el procedimiento preferente y sumario.

El TC ha establecido algunos criterios diferenciadores de la suspensión cautelar como medida cautelar según opere en el ámbito de la jurisdicción ordinaria o bien lo haga en sede constitucional:

- 1) En la jurisdicción ordinaria, la suspensión del acto impugnado es obligatoria salvo que se justifique un perjuicio grave para el interés general.
- 2) En el procedimiento de amparo, para que la suspensión sea obligatoria es necesario que el cumplimiento del acto impugnado tenga como efecto que el amparo pierda su finalidad.

El TC establece este criterio en función de momentos procesales distintos. Cuando el objeto de la litis es la defensa de derechos fundamentales en vía procesal ordinaria, resulta lógico que únicamente la cláusula del interés general pueda operar como excepción a la suspen-

<sup>65</sup> Vid. R. Chapus, *Droit du Contentieux administratif*, Ed. Montchrestien, París, 1982; H. J. von Oertzen, «Le contrôle juridictionnel de l'Administration», en *L'Administration Publique en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, París, 1983; E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Giuffrè, Milán, 1981.

<sup>66</sup> Vid. J. Díaz Delgado y V. Escuin Palop, «La suspensión de los actos administrativos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales», *RAP*, n.º 117, Madrid, 1988, pp. 188-189.

sión del acto o disposición administrativa objeto del recurso<sup>67</sup>. Se trata con ello de proporcionar seguridad jurídica al recurrente con el fin de que su pretensión, llegado el caso, sea resuelta en un procedimiento judicial y no a través de la simple y taxativa ejecutividad del acto administrativo; el cual, según los casos, puede atenuar, cuando no anular, la eficacia posterior de la resolución judicial.

Cuando el conflicto se residencia en sede constitucional, la suspensión tiene por objeto procurar que la eventual estimación del recurso sea realmente eficaz. Por tanto, el elemento diferenciador en el procedimiento de amparo ordinario es la *obligatoriedad* de la medida cautelar, salvo en los casos en los que el interés general pueda prevalecer.

4.2. *Las excepciones a la ejecutividad del acto administrativo impugnado*. El principio general de Derecho de la ejecutividad de los actos administrativos ha sido reconocido por el TS, así como también la importante innovación que sobre dicho principio ha introducido la Ley 62/78, innovación que ha supuesto invertir su sentido, y lo que hasta entonces era excepcional ahora se ha convertido en regla. El fundamento de este nuevo criterio se basa, según el TS<sup>68</sup>, en tres preceptos constitucionales, cuya aplicación efectiva no siempre es real:

- 1.º) En el *valor de la igualdad*, cuya interpretación no puede obedecer a criterios distintos por el hecho de que una de las partes sea un órgano de la Administración Pública.
- 2.º) En la *eficacia de la Constitución respecto de poderes públicos y particulares*. En este sentido, quedaría vulnerada la fuerza normativa del texto constitucional, o cuando menos devaluado, si por la condición de ente público la Administración gozase, en cualquier supuesto, de trato procesal distinto y preferente; máxime cuando el objeto de la litis son los derechos fundamentales de la persona.
- 3.º) *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Como es sabido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que este derecho supone el acceso a la jurisdicción, así como el derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente. Si el objeto del recurso es una disposición sancionatoria que a criterio del actor afecta a sus derechos fundamentales, la ejecución del mismo puede restar o incluso eliminar plena eficacia a la tutela judicial que es reclamada ante los tribunales.

En este sentido, la defensa de los derechos e intereses legítimos del recurrente sin que se cause indefensión —objetivo esencial del derecho a la tutela judicial— ha de presidir también la actividad administrativa en materia sancionatoria. Se produce, pues, una *vis expansiva* del contenido del artículo 24 hacia la legislación administrativa.

<sup>67</sup> Vid. ATC 529/1983, de 8 de noviembre, FJ 1.

<sup>68</sup> STS de 21-7-1982.



4.3. *Cuestiones del procedimiento para la suspensión del acto impugnado.* Una primera cuestión es la que hace referencia a la solicitud de suspensión. Como es sabido, la legislación ordinaria establece, como requisito necesario para decretar la suspensión, que la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o inútil. Sin embargo, el TS ha eximido de la obligación de motivar la solicitud cuando el procedimiento activado sea el previsto por la Ley 62/78, en base al principio de trato más favorable a los derechos fundamentales<sup>69</sup>.

Es éste un criterio generoso en cuanto a facilitar las posibilidades de recurso; sin embargo, no es del todo seguro que también sea siempre eficaz si de lo que se trata es de evitar un uso abusivo del citado procedimiento. Sin perjuicio de volver sobre ello más adelante, entiendo que sería conveniente exigir una motivación mínima pero precisa sobre las causas que inducen a solicitar la suspensión del acto.

En lo que concierne al plazo para solicitar la suspensión, es preciso remarcar que la ley otorga un amplio margen de maniobra para instar al Tribunal a que se decrete la suspensión, ya que la solicitud puede efectuarse en el mismo escrito de interposición o en cualquier momento posterior<sup>70</sup>.

El procedimiento para decidir sobre la suspensión está preceptuado que se sustancie en pieza separada, a través de una vía incidental cuyo objeto no puede ser otro que el enjuiciamiento exclusivo de los motivos que justifiquen dicha suspensión. Se trata con ello de evitar retrasos que desnaturalicen el sentido del procedimiento especial para la protección de los derechos y libertades, y, asimismo, no mezclar cuestiones de fondo con aspectos incidentales, aunque ambos incidan sobre un mismo objeto<sup>71</sup>.

4.4. *Los requisitos objetivos del procedimiento de suspensión.* Se centrará la atención en las causas que legitiman la suspensión del acto impugnado, pues es en este ámbito donde la aplicación jurisprudencial ofrece mayor contingente de criterios interpretativos acerca de la Ley 62/78.

4.4.1. *Tras la vigencia de esta ley, el criterio general es la suspensión por resolución del Tribunal, salvo en los casos en los que esté justificada la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general.* El carácter obligatorio de la suspensión ha supuesto un cambio notable en relación a la posición de las partes respecto de la fase de prueba. Se afirma en este sentido que, a partir de la Ley 62/78, la carga de la prueba ha pasado a la Administración, puesto que al configurarse el interés general como el principal elemento de decisión para otorgar o

<sup>69</sup> Vid. AATS de 28-9-1984 y de 4-10-1984.

<sup>70</sup> Vid. ATS de 18-10-1986.

<sup>71</sup> STS de 21-10-1986.

no la suspensión solicitada, debe ser el ente público quien demuestre que dicho interés general se encuentra afectado y la suspensión no procede.

Ello, sin duda, es en parte cierto. Lo que hasta la Ley 62/78 era obligación atribuida al recurrente, después ha sido responsabilidad compartida. Pero, precisamente, si hablamos de responsabilidad probatoria compartida resulta más adecuado referirse a *una redistribución de la carga de la prueba que a una inversión de la misma*<sup>72</sup>.

Hay que partir, en este sentido, de la base siguiente: lo que en esta fase procesal se puede producir es la concurrencia de dos circunstancias adversas; de un lado, la existencia de perjuicios de imposible o difícil reparación sobre un derecho fundamental; de otro, la eventual afectación negativa del interés general. Ello significa que si bien la Administración ya no ocupa una posición de privilegio en cuanto a los requisitos exigibles para la práctica de la prueba, ello no excluye —como afirman Díaz Delgado y Escuin Palop— que cada parte —y no sólo el órgano administrativo— deba aportar los elementos de prueba adecuados a sus peticiones<sup>73</sup>. Es decir, la inversión del criterio que, digamos, fuerza a la Administración a probar sus planteamientos no excluye que el particular haga lo propio. Eso sí, desde una posición inicial de presunción favorable a la protección de los derechos fundamentales que se exponen en el procedimiento.

En relación al conflicto planteado entre el derecho alegado y los intereses colectivos afectados, *la ponderación de los intereses*<sup>74</sup> se convierte, en principio, en el método de interpretación jurídica más adecuado para resolver el conflicto. Ello sin perjuicio del peligro que supone, en ocasiones, el subjetivismo judicial a través de esta vía. Esta ponderación o balance de intereses debe tener en cuenta:

- 1.º) Que la protección de los derechos fundamentales es un elemento prevalente; a su vez, esta prevalencia ha de potenciar en casos dudosos la concesión de la suspensión, pero no puede legitimar cualquier petición.
- 2.º) La protección del interés general es una excepción al principio general, siempre que de una manera objetiva se manifieste como una amenaza de efectos irreversibles.

Asimismo, es positivo y facilita la presentación de recursos por esta vía especial el que el afianzamiento no sea preceptivo para acordar la suspensión del acto impugnado<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Sobre la carga de la prueba, véase J. Rodríguez-Arana, «Régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978», *Revista General de Derecho*, vol. XLV, n.º 537, Madrid, 1989, p. 3551.

<sup>73</sup> Vid. Díaz-Delgado y Escuin Palop, *op. cit.*, p. 208.

<sup>74</sup> Para una apelación de este criterio interpretativo, véase ATS de 27-5-1985.

<sup>75</sup> Vid. ATS de 3-6-1986.

4.4.2. *La cuestión subsiguiente que se plantea es determinar los supuestos excepcionales en los que existe posibilidad o perjuicio grave para el interés general.* La jurisprudencia del TS ha aportado una serie de supuestos en los que, de forma no siempre sólida, se argumenta en favor de la denegación de la suspensión del acto.

A título no exhaustivo, destacaremos los siguientes:

- a) *Procede denegar la suspensión de un acto impugnado cuando, de llevarse a cabo, la Administración carezca de instrumentos alternativos para resolver el conflicto producido*<sup>76</sup>.
- b) *Un segundo ejemplo lo aporta la adscripción a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. El criterio de formar parte de un servicio público de relevante interés general*<sup>77</sup> parece suficiente para justificar que el acto sancionatorio recaído sobre su persona no ha de ser suspendido; lo cual constituye un criterio abstracto en exceso como para atribuirle carácter de generalidad.
- c) *La sujeción a norma preestablecida es un elemento disuasorio para solicitar la suspensión del acto impugnado*<sup>78</sup>. Este es el caso, por ejemplo, de la denominada objeción de conciencia sobrevenida. Como es sabido, la condición de objetor puede ser alegada antes de la incorporación a filas, y una vez finalizado el servicio militar, mientras se permanezca en la situación de reserva, pero no una vez que se ha producido el ingreso en las FF.AA., pues así lo preceptúa la ley reguladora<sup>79</sup>. Por tanto, no será posible suspender un acto sancionatorio por este motivo una vez que se esté realizando esta prestación personal obligatoria.
- d) *Otra causa aceptada en defensa del interés general es la previsión de un notorio incremento del gasto público*<sup>80</sup>, si se concede la suspensión del acto.
- e) *Tampoco podrá otorgarse la suspensión si lo que se pretende con ella es desviar hacia el proceso incidental lo que es propio de la cuestión de fondo*<sup>81</sup>.

Por último, el TC<sup>82</sup> ha adoptado un criterio flexible en orden a la valoración del interés general, cuando es alegado por la Administración. Concretamente, en relación a la posición que esta última puede mantener en el proceso incidental, se establece lo siguiente:

<sup>76</sup> Vid. ATS de 20-11-1984 y STS de 7-2-1989.

<sup>77</sup> Vid. ATS de 26-6-1985.

<sup>78</sup> Vid. STC 160/1987, de 27 de octubre.

<sup>79</sup> Vid. artículo 1.3 de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.

<sup>80</sup> Vid. ATS de 18-2-1986.

<sup>81</sup> Vid. ATS de 17-9-1987.

<sup>82</sup> Vid. ATC 786/1986, de 17 de octubre.

- 1) El derecho a la tutela judicial no obliga en un procedimiento incidental a que la Administración aporte, preceptivamente, todo tipo de pruebas que justifiquen la afectación negativa sobre el interés general. Basta a estos efectos que dicha apreciación sea razonable.
- 2) Esta razonabilidad en la argumentación no excluye, desde luego, la aportación de pruebas, pero tampoco la exige. Ahora bien, sí queda descartada toda apelación abstracta al interés general, pues formulada en estos términos podría encubrir una lesión de derecho fundamental.

## 5. EL RECURSO DE APELACION Y LOS EFECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

Este es el último apartado del régimen jurídico del procedimiento preferente y sumario que vamos a abordar. La atención se centrará en el objeto de la apelación.

Sobre este tema, la jurisprudencia del TS oscila entre una aceptación incondicional de todo tipo de materias y la vigencia del artículo 94.1 de la LJCA<sup>83</sup>, que limita el ámbito del recurso<sup>84</sup>. Como es sabido, este precepto excluye del recurso de apelación a:

- Los actos no susceptibles de recurso administrativo ordinario de los órganos de la Administración Pública cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, siempre que su cuantía no exceda del medio millón de pesetas.
- O cuando dichos actos se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública.
- La aprobación o modificación de las ordenanzas de exacciones de las Corporaciones Locales.
- Los que versen sobre la validez de las elecciones para miembros de dichas Corporaciones.

El TC ha avalado esta interpretación conducente a la aplicación supletoria del artículo 94.1, argumentando que la limitación de la apelación no constituye vulneración del derecho a la tutela judicial<sup>85</sup>. Y es aquí donde se plantean algunas incertidumbres:

- 1.º) Más allá de la cuantía económica que subyace a un acto de la Administración Pública, no parece que en cualquier supuesto pueda quedar excluida la posibilidad de vulneración de un derecho fundamental.

<sup>83</sup> Vid. J. González Pérez, *Comentarios a la LJCA*, Madrid, 1978 (comentario al art. 94).

<sup>84</sup> Vid. SSTS de 23-5-1985, 2-2-1984 y 14-5-1984.

<sup>85</sup> Vid. ATC 788/1984, de 19 de diciembre, FJ 2.

- 2.º) Si el objetivo es evitar un largo itinerario procesal por causa de una cuestión de escaso calado económico, la solución no parece ser la más adecuada. Y ello porque si el objeto de la litis versa sobre un derecho fundamental, nada impedirá que finalmente recale en el TC. Mientras que, probablemente, lo lógico sería —en función de las razones de economía procesal que parecen mover al artículo 94.1— que fuese la jurisdicción ordinaria la que pudiese resolver el recurso.
- 3.º) A la luz de la Constitución, resulta difícil negar la apelación contra una sentencia sobre la validez de las elecciones para miembros de las Corporaciones Locales, o sobre cuestiones referidas a personal al servicio de las Administraciones Públicas, si lo que está en juego es el derecho de sufragio o, por ejemplo, el derecho a no ser discriminado en el acceso a la función pública.

Por último, algunas consideraciones sobre los efectos del proceso preferente y sumario. Estos son de carácter procesal y económico.

*Procesal*, por cuanto que la resolución judicial tiene efectos de cosa juzgada sobre aquellos aspectos estrictamente referidos a derechos fundamentales. No es así en relación a cuestiones de legalidad, puesto que si el recurrente lo decide y los plazos legales todavía lo permiten, podrán ser resueltas en un procedimiento contencioso-administrativo ordinario<sup>86</sup>.

*Económico*. En relación a éste, la jurisprudencia ha asumido, lógicamente, el criterio del vencimiento en costas, cuando se desestimen totalmente las pretensiones de una parte<sup>87</sup>.

Este criterio, que ha sustituido al tradicional de la temeridad, introduce un evidente elemento de disuasión sobre el actor que pretenda plantear un recurso contra la Administración por esta vía especial. Consciente de que si sus planteamientos son rechazados correrá con la carga económica de todo el proceso, lo más probable es que antes de iniciar un contencioso se lo piense dos veces. El resultado puede ser que, por causa de ello, sus pretensiones las haga valer a través de la vía ordinaria que establece la LJCA. En todo caso, es una disuasión para el litigante temerario. Pero ésta no es la única interpretación; la práctica procesal ha demostrado que el criterio del vencimiento también ha servido para obtener la condena en costas contra una Administración escasa en recursos, que no ha litigado de forma temeraria pero que ha perdido el pleito. A fin de evitar estos abusos se reclama la conveniencia de volver al criterio de la temeridad que permite a los tribunales unas mayores posibilidades de enjuiciamiento.

Asimismo, es preciso recordar que estos efectos económicos no se producirán cuando la sentencia no se haya pronunciado sobre la cues-

<sup>86</sup> Vid. STC 84/1987, de 29 de mayo.

<sup>87</sup> Vid. STS de 3-12-1986, ATS de 17-9-1987.

tión de fondo planteada<sup>88</sup>. En este caso, la condena en costas significaría prejuzgar una responsabilidad que no ha sido resuelta. Asimismo, no procederá cuando la pretensión se haya satisfecho de forma extraprocesal<sup>89</sup>.

Hasta aquí, pues, este análisis sobre la aplicación jurisdiccional de la Ley 62/78, con especial referencia al ámbito contencioso-administrativo.

La protección judicial de los derechos fundamentales, o amparo ordinario sobre los mismos, constituye una de las garantías básicas del Estado democrático; es la instancia judicial básica a la que puede acogerse el ciudadano. Por esta razón, de su funcionalidad depende el fortalecimiento del propio sistema político.

En este sentido, parece oportuno recordar aquí la posición sostenida por el profesor Lorenzo Martín-Retortillo durante el proceso constituyente en relación a la importancia de la garantía judicial ordinaria. Afirmaba entonces este administrativista que la vía de los tribunales ordinarios puede ser la más efectiva para la protección de los derechos y libertades; desde esta perspectiva, proponía apurar todas las exigencias procesales y cuidar los principios de preferencia y sumariedad, así como el grado de apelación. Conseguido ello, el recurso de amparo constitucional se haría innecesario<sup>90</sup>.

Sin embargo, la experiencia nos dice que el amparo ante el TC no ha sido inútil. La tarea jurisprudencial desarrollada, la garantía efectiva sobre derechos y libertades, así como la labor pedagógica llevada a cabo sobre los órganos de la jurisdicción ordinaria, es buen balance hasta ahora. Pero de las agudas consideraciones del citado profesor cabe extraer una conclusión fundamental: es en el procedimiento ordinario —general o especial— donde esencialmente deben resolverse los contenciosos sobre lesiones que afecten a derechos fundamentales. Con este fin ha de entenderse el recurso de amparo ordinario, garantía primigenia a cuya funcionalidad procesal y eficacia social ha de hacer frente el Estado democrático.

<sup>88</sup> Vid. STS de 25-2-1983.

<sup>89</sup> STS de 1-7-1985.

<sup>90</sup> Vid. DD.SS. (Senado), n.º 46, de 30 de agosto de 1978, pp. 2113-2114.