

LA PARTICIPACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES: ADAPTARSE O QUEDAR DESPLAZADO

Susana García Couso

*Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos
Letrada del Tribunal Constitucional*



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2016** en la modalidad de **Derecho Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Germán ALONSO-ALEGRE FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, don José Luis LÓPEZ GONZÁLEZ, don Pedro POVEDA GÓMEZ, don Miguel SÁNCHEZ MORÓN y don José Luis ZAMARRO PARRA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

En la última década, se han producido importantes innovaciones normativas –la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el reconocimiento de la eficacia jurídica vinculante de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y la posibilidad de revisión de resoluciones judiciales firmes por vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos–, que, inevitablemente, conducen a una reflexión sobre el papel del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales y libertades fundamentales. La objetivación del amparo ha supuesto un cambio fundamental del modelo. El Alto Tribunal ya no será el conocedor último de todas las posibles vulneraciones. Esta nueva situación provocará, sin duda, su desplazamiento de lo que, ahora mismo, es una cuestión medular: la integración europea de los derechos fundamentales. Solo desde un diagnóstico de su nueva ubicación en el sistema de protección y las posibilidades que ofrece el amparo objetivo, es posible evitarlo. En este trabajo se propone reconocer la participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales, como un supuesto «autónomo» de «especial trascendencia constitucional».

Palabras claves: Tribunal Constitucional, recurso de amparo objetivo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea y diálogo entre tribunales.

Fecha de entrada: 03-05-2016 / Fecha de aceptación: 12-07-2016

THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT'S ROLE IN THE EUROPEAN DEVELOPMENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS: FIT IN OR MOVE OUT

Susana García Couso

ABSTRACT

In the last decade, there have been important legal changes –the Constitutional Court Organic Law reform, the binding recognition of the legal force of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and the possibility of reviewing final judgments for violations of the European Convention for the Protection of Human Rights– which inevitably led to a consideration of the role of the Constitutional Court in the fundamental rights protection. The objectification of *amparo* has led to a fundamental system change. It will no longer be the ultimate protector of all of possible violations. This new situation will undoubtedly cause its displacement of the central issue right now: the fundamental rights of European integration. Only with an understanding of its new location in the protection system and the possibilities offered by objective protection, is it possible to avoid it. This paper suggests that the recognition of the Constitutional Court's participation in European rights and fundamental freedoms construction is an autonomous assumption of «special constitutional significance».

Keywords: Spanish Constitutional Court, objective protection of fundamental rights, European Court of Human Rights, Court of Justice of European Union and dialogue between courts.

Sumario

- I. Un diagnóstico sobre la participación del Tribunal Constitucional en la protección europea de los derechos fundamentales
- II. El amparo objetivo: Las posibilidades de diálogo entre el Tribunal Constitucional y los tribunales europeos
 - A) Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 - B) Tribunal Constitucional y Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- III. La participación del Tribunal Constitucional en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales como supuesto de especial trascendencia constitucional
 - A) Los supuestos de especial trascendencia constitucional de la STC 155/2009, de 25 de junio
 - B) Fundamento constitucional del supuesto de especial trascendencia propuesto e insuficiencia de los previstos en la STC 155/2009 para enfrentarse a una nueva situación en evolución constante
- IV. A modo de conclusión

Bibliografía

I. UN DIAGNÓSTICO SOBRE LA PARTICIPACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los últimos diez años, se han producido, tras más de dos décadas de funcionamiento del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), importantes innovaciones normativas que, inevitablemente, conducen a una reflexión sobre el papel de este esencial órgano constitucional en la protección de los derechos fundamentales: a) La opción del legislador orgánico por un amparo constitucional objetivo con la aprobación de Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo¹; b) El reconocimiento de eficacia jurídica vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE o Carta), tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009²; y c) La reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, según la cual se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) y sus Protocolos (art. 5 bis)³.

La objetivación del amparo ha supuesto un cambio fundamental del modelo de protección de los derechos fundamentales⁴. A partir de la reforma, jueces y tribunales protegen de las vul-

¹ Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC).

² De acuerdo con el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE): «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

³ El artículo 5 bis de la LOPJ, introducido por el apartado tres del artículo único de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 julio de 2015), con vigencia desde el 1 de octubre de 2015, establece: «Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». (*Vid.* al respecto, arts. 510 LEC, 102 LJCA, 328 LPM, 236 LPL y 954 LECrim.).

⁴ La intención del legislador era disminuir el trabajo dedicado por el TC al conocimiento de los recursos de amparo y permitir más dedicación a la que es su función exclusiva: el control objetivo de la Constitución. La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007, explica: «La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal

neraciones de derechos puramente subjetivos y casuísticos, conociendo el TC únicamente de los asuntos que por atender «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» [art. 50.1 b) LOTC], justifican su control y decisión. Así pues, ya no será el conocedor último de todas las vulneraciones de derechos, sino solo de aquellas a las que reconozca «especial trascendencia constitucional»⁵.

Esta consecuencia de la reforma, si bien la más obvia, no sería la única. Otra, especialmente importante, derivada de la mencionada, podría llegar a producirse: una reducción de la intervención del TC en la protección europea de los derechos fundamentales. En efecto, el hecho de que deje de ser el último órgano jurisdiccional nacional en conocer de las vulneraciones de derechos meramente subjetivas, supone: a) que el TEDH entienda de las lesiones denunciadas contra España sin necesidad de un pronunciamiento previo del TC; y b) que las que pudieran ser producidas por los órganos judiciales en aplicación del Derecho de la Unión ya no sean siempre controladas en sede constitucional.

Desconozco si el legislador fue consciente de la repercusión que en la relación TC-TEDH-TJUE tendría convertir el amparo en un recurso objetivo, y, por tanto, no solo extraordinario sino también «complementario» y «discrecional», como en páginas posteriores se fundamentará. Pero lo cierto es que con dicho cambio, el «diálogo constitucional multinivel» se producirá, primordial-

Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del tribunal. Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional».

⁵ En la STC 155/2009, FJ 2.º, se afirma que el requisito de la «especial trascendencia constitucional» «[c]onstituye el elemento más novedoso o la "caracterización más distintiva" (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3.º) de esta regulación del recurso de amparo (...) que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso. En él se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su "especial trascendencia constitucional", frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo». Desde la doctrina, ARAGÓN REYES, M. explica, en «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 85, 2009, pág. 40, que «el Tribunal seguirá otorgando tutela, pero no de manera general, no frente a toda lesión subjetiva de derecho; de ahí que este nuevo amparo no sea ya, en propiedad, un amparo-tutela, sino un amparo-control (...), es decir, un amparo que solo tutelaré cuando estime que en dicha ocasión debe resolver, no una lesión concreta, sino un problema constitucional de general trascendencia. Eso significa que el amparo ya no tiene como "finalidad" la tutela, aunque esa tutela, como es obvio, pueda obtenerse como "resultado". Por ello, y en ese sentido, la tutela subjetiva de derechos ya solo pertenece de modo general, después de la última reforma de la LOTC, a la jurisdicción ordinaria, y únicamente de manera excepcional (anudada necesariamente a un requisito objetivo) al Tribunal Constitucional».

mente, con jueces y tribunales ordinarios, a los que el legislador ha encomendado la garantía de los derechos fundamentales en su calidad de «guardianes naturales y primeros»⁶, y, en la mayoría de los casos, también últimos. En efecto, en todos aquellos casos en los que el recurso planteado carezca de «especial trascendencia constitucional», el cauce de diálogo entre el TC y los tribunales europeos implicados se interrumpe. De faltar esta, la jurisdicción constitucional no conocerá de las vulneraciones subjetivas. Y no solo porque el tribunal así lo aprecie, sino porque así lo haga el propio particular. Es cierto que la reforma no impide el acceso al amparo, pero no lo es menos que deja en sus manos la decisión de su planteamiento en consideración a su apreciación.

Esta nueva situación no debe ser obviada. El TC no puede quedar desplazado de lo que es, ahora mismo, una cuestión medular: la integración europea de los derechos fundamentales. Debe procurarse, sin duda, su participación. Y ello solo puede hacerse desde un diagnóstico real de su nueva ubicación y de las posibilidades que ofrece el recurso de amparo objetivo. Es cierto que se han dedicado importantes estudios a la protección multinivel de los derechos, pero, la gran mayoría, desde la fórmula del «diálogo entre tribunales»⁷. Válida, a mi juicio, como principio rector de sus relaciones; insuficiente, sin embargo, para hacer un diagnóstico de su posición actual. Así, por ejemplo, la naturaleza del «diálogo» no es la misma desde la «influencia» que tiene el TEDH en la interpretación de los derechos y libertades fundamentales *ex* artículo 10.2 de la CE⁸, que desde la «competencia» que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ostenta en la interpretación de la Carta respecto de materias de la Unión (art. 93 CE). En cualquier caso, el diálogo termina donde comienza el derecho a la última palabra. Bien es cierto que se puede considerar que finaliza «provisionalmente» en la medida que las decisiones adoptadas por los tribunales competentes podrían llegar a ser moduladas. Pero, precisamente por ello, el diálogo es mucho más fructífero si se produce antes del dictado de la resolución en cuestión. Anticiparse a la jurisprudencia de los tribunales europeos «participando activamente (...) en su definición es la única manera de asegurarse cierta influencia en un proceso que ya no está en las solas manos de los Tribunales nacionales»⁹.

⁶ STC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5.º.

⁷ *Vid.* sobre el diálogo entre tribunales: DE VERGOTTINI, G.: *Más allá del diálogo entre Tribunales (Comparación y relación entre jurisdicciones)*, Cuadernos Civitas, 2010; GARCÍA ROCA, J.: «El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo», en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam Jorge Carpijo, generador incansable de diálogos*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 219 a 241; y BUSTOS GISBERT, R.: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *REDC*, núm. 95, 2012, págs. 13 a 63.

⁸ Como señala LÓPEZ GUERRA, L.: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pág. 140, en este caso se trata de un diálogo necesario por cuanto «el efecto de "cosa interpretada"» no implica necesariamente una aplicación mecánica de la doctrina del Tribunal».

⁹ Así lo afirma, respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del derecho de la Unión», en *El Juez del Derecho Administrativo (Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio)*, Madrid: Marcial Pons, 2015, pág. 498.

La realidad se impone de forma inexorable. Tras años de recurso de amparo subjetivo, el nuevo sistema de protección de derechos fundamentales, tanto en vía ordinaria como constitucional, requería, desde la reforma de la LOTC de 2007, y requiere, aún hoy, de un importante cambio de mentalidad. La reformulación del sistema de protección de los derechos fundamentales parte de la comprensión de un nuevo requisito procesal «sustantivo» que debe cumplir inexcusablemente el recurso de amparo constitucional para ser admitido a trámite: la «especial trascendencia constitucional». Solo aquellos recursos de amparo que, a juicio del TC, superen la vulneración subjetiva de derechos, merecerán su conocimiento¹⁰.

El papel del TC ha cambiado a nivel interno y, al mismo tiempo, la realidad de la protección multinivel comienza una etapa de configuración y consolidación de la que no puede quedar desplazado¹¹. Quizás encontrar nuevas formas de participación en ella pase por dejar de pretender que, en un proceso de integración europea como en la que nos encontramos inmersos, los tribunales constitucionales sigan siendo considerados intérpretes últimos de los derechos fundamentales en todos los ámbitos. Aceptarlo así no demuestra sometimiento o falta de valentía, exclusivamente voluntad de cumplimiento de la nueva realidad jurídica¹². No es que las funciones tradicionales de defensa de la Constitución –objetiva y subjetiva– reservadas a la jurisdicción constitucional hayan cambiado. Lo ha hecho su forma de intervenir en ellas. Y ello, como consecuencia de un cambio, competencial¹³, nada despreciable, que ha encontrado reflejo en las resoluciones de los tribunales implicados.

Resistirse a las nuevas realidades se muestra complicado. Pero cuando estas, además, se constatan, resulta un esfuerzo baldío. Adaptarse o quedar desplazado.

¹⁰ En este sentido, de forma más reciente, la STC 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5.º.

¹¹ REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del derecho de la Unión», en *El Juez del Derecho Administrativo (Libro Homenaje a Javier Delgado Barrio)*, op. cit., pág. 498, afirma que la incorporación de la Carta al Derecho interno «ha de suponer un cambio radical en las relaciones del Tribunal Constitucional con el Derecho de la Unión y, en particular, con el Tribunal de Justicia». Considera que «en estas nuevas circunstancias el "autismo comunitario" no puede ya ser una opción para el Tribunal Constitucional, pues el Tribunal de Justicia está llamado a definir ex art. 10.2 CE los derechos fundamentales garantizados por el Tribunal Constitucional, por lo que a este solo puede importarle, y mucho, a partir de ahora, lo que aquel haya de decir en su cometido como intérprete autorizado, y vinculante, de los derechos fundamentales comunitarios».

¹² No hay que dejar pasar por alto que las reformas apuntadas han sido opciones queridas por el legislador, no impugnadas constitucionalmente.

¹³ Como ha afirmado MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J.: «La posición de los Estados miembros ante la evolución de la Unión Europea: Comprometidos con el proceso de integración, convencidos de la necesidad de reforzar los rasgos de intergubernabilidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, enero-abril 2015, págs. 139 y 140, «no cabe duda de que el acercamiento a ese nuevo espacio europeo desde una concepción basada en el pluralismo constitucional (*constitutional pluralism*) dentro de un marco multinivel (*multinivel constitutionalism*) resulta sumamente atractivo y permite explicar satisfactoriamente el reparto de funciones entre los diferentes niveles (incluido la función judicial de los respectivos tribunales) con base en el principio de competencia y no del de jerarquía».

II. EL AMPARO OBJETIVO: LAS POSIBILIDADES DE DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRIBUNALES EUROPEOS

A) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tras el dictado de la STEDH Arribas Antón c. España, de 20 de enero de 2015, se confirma, a mi juicio, una realidad que era previsible dada la nueva naturaleza del amparo constitucional y la jurisprudencia del TEDH respecto del agotamiento de la vía previa, a saber: tras la aprobación de la LOTC de 2007, ya no será necesaria la intervención del TC a efectos de entender agotada la vía nacional previa a la interposición de un recurso ante el TEDH¹⁴.

Dicha sentencia se dictó a resultas de un recurso planteado contra una providencia que inadmitiese un amparo constitucional por falta del requisito procesal de la justificación de la especial trascendencia constitucional¹⁵. El recurrente denunciaba que dicho requisito procesal vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 6.1 y 13 CEDH) por considerarlo excesivamente formal. Se trataba de una decisión importante por cuanto, en cierta medida, el recurso ponía en cuestión la reforma del amparo constitucional que, basada en la especial trascendencia constitucional, como elemento definidor del amparo objetivo, exigía del recurrente su justificación.

El TEDH, tras contestar a la pretensión del recurrente, advirtiendo de la no vulneración del Convenio por exigir el cumplimiento de la justificación de la especial trascendencia constitucional como requisito procesal, afirma que «*hace hincapié en subrayar que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibles un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto*» (§51)¹⁶.

¹⁴ Vid. GARCÍA COUSO, S.: «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007: La objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la Jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales (REDF)*, núm. 15, Valencia, 2010, pág. 159. Han opinado en la misma línea, RIPOLL CARULLA, S.: «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)*, 2014, pág. 23, para quien, a efectos de agotamiento de la vía, la interposición de la demanda de amparo debe ser preceptiva; y ARAGÓN REYES, M.: «Algunos problemas del nuevo recurso de amparo», en *Liber amicorum Fernando Herrero-Tejedor Algar*, Colex, 2015, pág. 241, que estima que, a estos efectos, el amparo no debiera considerarse como un remedio necesario pero tampoco improcedente.

¹⁵ La LOTC impone al recurrente la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. En este sentido, el TC ha afirmado, en lo que respecta al requisito de tener que acreditar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, que este se configura como una ineludible exigencia impuesta por el artículo 49.1 *in fine* LOTC, a la que debe dedicarse una argumentación específica que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada (STC 68/2011, de 16 de mayo, FJ 2.º).

¹⁶ Posteriormente al dictado de la STEDH Arribas Antón c. España, de 20 de enero de 2015, el TEDH ha conocido de otros recursos tras ser inadmitidos previamente los amparos planteados ante el TC, por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional: SSTEDH Rodríguez Ravelo c. España, de 12 de enero de 2016 y Pérez Martínez

El citado tribunal se pronuncia por primera vez de forma explícita¹⁷, tras la transformación del amparo constitucional, acerca de la forma de agotamiento de la vía nacional previa. Y lo hace sin otra argumentación que el texto transcrito en el que indica que la falta de conocimiento del TC, bien por incumplimiento del requisito de la justificación de la especial trascendencia constitucional o por su inexistencia, no supone una falta de agotamiento de la vía. Al respecto se ha de señalar que dicha excepción procesal no fue planteada por el Abogado del Estado, a quien corresponde alegar y probarla¹⁸. Y no lo hace, entiendo, porque los argumentos a favor de la reforma cuestionada son los mismos que le llevan a desechar la falta de agotamiento de la vía nacional¹⁹. En efecto, aceptar lo contrario, es decir, que era necesario un pronunciamiento del TC, habría supuesto argumentar en contra de la finalidad misma de la reforma: hacer del amparo constitucional un recurso súper extraordinario del que el TC solo conocerá cuando su importancia responda a algo más que a la necesidad de reparación de la lesión subjetiva alegada.

Esta decisión del TEDH tiene un alcance mayor del que, a primera vista, pudiera apreciarse. De dicha afirmación se desprende que el citado tribunal estima, si bien de manera implícita, que el recurso de amparo constitucional es un recurso inaccesible, ineficaz y discrecional²⁰ para la defensa subjetiva de los derechos fundamentales en el ámbito nacional. No otra consideración puede desprenderse del hecho de que el tribunal de Estrasburgo otorgue el mismo tratamiento al requisito procesal de la «falta de la justificación» de la especial trascendencia constitucional, carga procesal que corresponde al recurrente, que a la «falta de apreciación» por el TC de la especial trascendencia del asunto²¹. Y es que, una vez confirmada la premisa mayor, es decir, el

c. España, de 23 de febrero de 2016. También ha conocido de asuntos tras haber sido inadmitidos por falta de especial trascendencia constitucional; SSTEDH Gómez Almeda c. España, de 29 de marzo de 2016 y Flores Quirós c. España, de 16 de julio de 2016.

¹⁷ Previamente, el TEDH ya había conocido de vulneraciones alegadas –entre otras, en la STEDH Rio Prada c. España, de 21 de octubre de 2013–, tras haberse inadmitido el recurso de amparo por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional. En dicho caso, a diferencia del presente, no se pronunció sobre ello explícitamente.

¹⁸ STEDH Dalia c. Francia, §38.

¹⁹ En este sentido, *Vid.* GONZÁLEZ ALONSO, A. y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, F. M.: «El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (A propósito de la reciente Sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)», *Revista Española de Derecho Europeo (REDE)*, núm. 54, abril-junio 2015.

²⁰ El TEDH considera recursos utilizables ante las jurisdicciones internas competentes, a efectos de entender agotada la vía interna, aquellos que se muestren «accesibles, eficaces y no discrecionales» [*Vid.*, por ejemplo, *Cinarc. Turquie* (dec.); *Prystavkac. Ukraine* (dec.); *Kiiskinenc. Finlande* (dec.); STEDH *Horvat c. Croatie*, § 47; STEDH *Hartmann c. République tchèque*, § 66] (*Vid. Guía Práctica sobre inadmisibilidad*, Consejo de Europa, 2010).

²¹ En el ATC 188/2008, FJ 1.º, el TC afirmaba: «El art. 50.1 LOTC dispone que solo se acordará la admisión del recurso de amparo "cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49. b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales". Y añade: «Así pues, en consonancia con esta nueva exigencia de fondo de que para la admisión del recurso de amparo deba concurrir, además de la lesión de un derecho fundamental del recurrente tutelable en amparo [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y 41 LOTC], una especial trascendencia constitucional del asunto [art. 50.1 b)

carácter extraordinario del recurso de amparo, poco debe importar al TEDH el estado en el que haya quedado este en la vía nacional: inadmisión o desestimación. De conformidad con lo expuesto, parece que la falta de interposición del recurso de amparo tampoco será apreciada como falta de agotamiento de la vía nacional.

Dicha resolución no es incoherente con lo que ha sido su línea jurisprudencial sobre el agotamiento de las vías nacionales. Los demandantes están únicamente obligados a agotar las vías internas disponibles y efectivas, tanto teóricamente como en la práctica, en el momento de los hechos; es decir, cuando fueran accesibles, susceptibles de ofrecerles la reparación de sus quejas y existieran razonables perspectivas de éxito²². Tampoco desleal con el Reino de España y, por ende, con su TC. Todo lo contrario, parece ser deferente con la propia decisión del legislador orgánico y la aplicación que de la misma ha llevado a cabo la jurisdicción constitucional. En definitiva, es el TEDH el que determina la naturaleza interna de la jurisdicción teniendo en cuenta factores como la naturaleza jurídica del recurso, el instrumento que ha previsto su creación, su competencia y la incardinación en el sistema judicial existente²³.

Admitir, por un lado, que la finalidad de la reforma era la descongestión de trabajo a través de la limitación del conocimiento de aquellos recursos que contaran con especial trascendencia constitucional y, a la vez, obligar al recurrente a acudir al TC para, tras una decisión sobre la misma, recurrir finalmente al TEDH, se muestra contradictorio. Con la introducción del requisito de la «especial trascendencia constitucional», el amparo no solo es una acción procesal extraordinaria en el ámbito interno, como tradicionalmente ha sido definido, sino, a mi juicio, un recurso «complementario»²⁴ –no solo «suplementario»²⁵, y, por ende, «discrecional», tanto en su planteamiento como en su

LOTIC], el art. 49.1 in fine LOTIC, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 6/2007, establece que "En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso". Por tanto –prosigue el auto– «el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50.1 a) LOTIC, no puede ser admitido a trámite si el recurrente no cumple –además de los restantes requisitos procesales previstos en los arts. 42 a 44 LOTIC– la ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 in fine LOTIC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión "en todo caso" empleada por el precepto. Ello sin perjuicio, claro está, de la apreciación por parte de este Tribunal, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTIC acerca de si, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional».

²² Vid. STEDH *Sejdovic c. Italia* [AGC], § 46 en la que se considera que los recursos deben ser susceptibles de ofrecer la reparación de las quejas y de que ofrezcan perspectivas razonables de éxito y STEDH *Egmez c. Chyyre*, §§ 66-73 (Vid. *Guía Práctica en inadmisibilidad*, Consejo de Europa, 2010).

²³ *Jelicic c. Bosnia-Herzegovina* (dec.) y *Peraldi c. France* (dec.). (Vid. *Guía Práctica sobre inadmisibilidad*, Consejo de Europa, 2010).

²⁴ Con dicha calificación se trata de explicar de forma gráfica la naturaleza de un proceso como este, cuya finalidad última no es la satisfacción de la pretensión subjetiva del recurrente (recurso suplementario), sino la protección objetiva de la Constitución (recurso complementario). Para ARAGÓN REYES, M.: «La reforma de la Ley...», *op. cit.*, pág. 17, el amparo objetivo debería ser considerado como un «auténtico recurso excepcional (más incluso que un recurso extraordinario)».

²⁵ En la STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 4.º, se afirmó que «el recurso de amparo constitucional se configura con carácter extraordinario y suplementario de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en los arts. 53.2 y 161.1 b) de la CE».

posterior decisión por el TC. En efecto, la estimación de la existencia de una vulneración por el recurrente actúa como criterio subjetivo de inicio, pero no es suficiente para su conocimiento por la jurisdicción constitucional. El particular deberá decidir si su amparo reviste trascendencia constitucional y el TC apreciarla²⁶.

La jurisdicción constitucional ha dejado de ser una jurisdicción obligatoria para convertirse en voluntaria, a la que acude el particular si considera que su recurso cumple con la requerida especial trascendencia constitucional. La innecesaria intervención del TC a juicio del recurrente, por un lado, y el reducido conocimiento de las vulneraciones subjetivas por aquel, por otro, propiciará que el «diálogo»²⁷ quede entre los órganos judiciales nacionales y el TEDH. Máxime tras la reforma de la LOPJ, ya apuntada, al introducir la posibilidad de recurrir en revisión las sentencias dictadas por los órganos judiciales internos, cuando el TEDH haya declarado que han sido dictadas en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio y sus protocolos (art. 5 bis LOPJ). Es cierto que se trata de una posibilidad de revisión restringida, a la que solo podrá accederse «cuando la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión», pero adivina una tendencia que, sin duda, coadyuva al desplazamiento del TC provocado por el amparo objetivo tal y como se encuentra configurado por su jurisprudencia. En efecto, la labor de coordinación de la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la del derecho fundamental por la Constitución ya no se llevará a cabo por el TC²⁸. Y lo que es más interesante, parece permitir la revisión de una sentencia cuando haya sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus protocolos (art. 5 bis LOPJ), sin tener en consideración que estos pueden no tener su correlativo en la Constitución española.

B) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Es evidente, tras lo expuesto, que la objetivación del amparo merma las oportunidades de «diálogo» entre el TC y el TEDH. Este menoscabo es igualmente trasladable a las relaciones con

²⁶ El TEDH considera que si el demandante dispone eventualmente de más de una vía de recurso que pueda ser efectiva, solo está en la obligación de utilizar una de ellas [*Moreira Barbosa c. Portugal* (dec.); *Jelicic c. Bosnie-Herzégovine* (dec.); *STEDH Karakó c. Hongrie* § 14; *Aquilina c. Malte* [GC], § 39], no exigiendo la utilización de otra vía cuyo fin es prácticamente el mismo [*STEDH Riad y Idiab c. Belgique*, § 84; *STEDH Kozacioglu c. Turquie* [GC] §§ 40 y ss.; *STEDH Micallef c. Malte* [GC], § 58 (resoluciones citadas en la *Guía Práctica sobre inadmisibilidad*, Consejo de Europa, 2010). En este sentido, *STEDH Blesa Rodríguez c. España*, de 1 de diciembre de 2015.

²⁷ Sobre el diálogo entre el TC y el TEDH *vid.* SAIZ ARNAIZ, A.: «Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Las razones para el diálogo», *TC y diálogo entre Tribunales*, en XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, TC-CEPC, Madrid, 2013, págs. 131 a 159.

²⁸ Se ha de recordar, en este sentido, la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 5.º, en la que el TC procedió a revisar sentencias penales tras el dictado de una Sentencia del TEDH que constaba la vulneración del Convenio por parte del Reino de España, dado que la lesión pervivía y existía un derecho constitucional vulnerado. Es decir, el tribunal, tras una declaración de no conformidad con el Convenio Europeo, revisaba si esta constituía una infracción de un derecho fundamental garantizado por la Constitución a afectos del amparo constitucional.

el TJUE; bien sea porque el propio TC inadmita el recurso de amparo por falta de especial trascendencia constitucional o incumplimiento de los requisitos procesales, o por no acudir previamente los recurrentes ante él al apreciar ellos mismos la falta de la especial trascendencia de su recurso.

Al de por sí poco definido papel del TC respecto del Derecho de la Unión²⁹, se une, pues, tras la reforma de la LOTC de 2007, un recurso de amparo objetivo que condiciona fuertemente su conocimiento; también de aquellos amparos en los que se encuentra implicado el Derecho de la Unión. Al igual que en las relaciones con el TEDH, el diálogo con el TJUE resultará limitado al quedar principalmente en manos de jueces y tribunales, por ser los conocedores últimos, en la mayoría de los casos, de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales en su aplicación. El TC solo entenderá indirectamente de dichos asuntos a través del recurso de amparo, los cuales, además, deberán contar con trascendencia constitucional para ser admitidos. Al ser los órganos judiciales los que conocen de la aplicación del Derecho de la Unión, el cauce de diálogo quedará truncado en todos aquellos casos en los que el recurso de amparo planteado carezca de «especial trascendencia constitucional», impidiendo, por ende, la posibilidad de planteamiento de aquellas cuestiones prejudiciales que estimara pertinentes, como así hizo en el conocido asunto *Melloni* (ATC 86/2011, de 9 de junio)³⁰.

En los recursos en los que se ve implicado el Derecho de la Unión y la Carta, el TC puede decidir el reenvío de los asuntos a los órganos judiciales correspondientes para que sean ellos mismos los que planteen la cuestión prejudicial, lo que rompería el diálogo entre tribunales a través del mecanismo más potente para ello, o plantearla el mismo. Esta última forma de intervención, si bien es mucho más intensa, dado que ofrece la oportunidad al TC de esgrimir directamente los argumentos ante el TJUE, requiriere, a mi juicio, de una reconsideración sobre su función como órgano jurisdiccional de la Unión, pues no parece que proceda decidir sobre la vulneración denunciada conforme a la interpretación que de los derechos fundamentales realice el TC en competencias de la Unión. No se trata de aplicar la Carta, sino de respetar la interpretación que de los derechos fundamentales reconocidos en ella, que encuentran su homólogo en la Constitución, realiza el TJUE en su ámbito competencial³¹.

²⁹ El TC ha pasado por una serie de etapas que pueden diferenciarse de la siguiente manera: a) Una primera en la que para el TC el Derecho de la Unión no es parámetro o canon directo de constitucionalidad, por lo que no le compete controlar su aplicación por los poderes públicos nacionales [SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7.º; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8.º; y 265/de 3 de octubre, FJ 2.º; b)]; b) Una posterior en la que pasa a controlar la ausencia de planteamiento de la cuestión prejudicial (SSTC 58/2004, de 19 de abril; 78/2010, de 20 de octubre; 27/2013, de 11 de febrero); c) Una tercera, en la que plantea su propia cuestión prejudicial (ATC 86/2011, de 9 de junio, asunto *Melloni*); d) Y, actualmente, una etapa que comienza con la decisión del asunto *Melloni* (STC 26/2014), en la que el TC equipara el CEDH a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, integrándola, aunque no se cite en la sentencia, a través del artículo 10.2 de la CE.

³⁰ Sobre el citado auto *Vid.* ARROYO JIMÉNEZ, L.: «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», en *Administración y justicia: Un análisis jurisprudencial*, Liberamirorum Tomás-Ramón Fernández, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2012, págs. 51 a 76.

³¹ En la STJUE 26 de febrero de 2013, C-617/10, asunto *Akerberg*, apartado 29, se afirmó por el TJUE que «en una situación en la que la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, las autori-

Nuestro tribunal pareció cambiar su opción inicial de aislamiento y recelo en relación con el Derecho de la Unión y pasó a considerarse «órgano judicial», a los efectos de su vinculación, al plantear las tres primeras cuestiones prejudiciales, de interpretación y validez, ante el TJUE, mediante ATC 86/2011, de 9 de junio (asunto *Melloni*). No parece que persistiera en dicha opción. El tribunal que había formalizado su planteamiento, resolvió, sin embargo, el recurso de amparo, por STC 26/2014, de 13 de febrero, de acuerdo a una lógica bien distinta a la inicial. Si bien decidió conforme al canon fijado por el TJUE en su Sentencia de 26 de febrero de 2013, C-399/11, dictada como consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas, no lo hizo de forma explícita³². En efecto, el cambio de doctrina que sufrió la consolidada jurisprudencia constitucional sobre el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en los procedimientos de extradición y ejecución de la «euroorden», rebajando el estándar de protección, no lo fue, según parece desprenderse, como consecuencia de su vinculación a la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia, sino a resultas de un juicio propio que encontró apoyo tanto en la jurisprudencia del TEDH como en la del TJUE. De dicha manera de razonar se desprende que el TC únicamente se ve vinculado a la Carta por considerarla un tratado internacional al que se encuentra vinculado *ex* artículo 10.2 de la CE³³. No otro sentido se deduce de haberla equipar-

dades y Tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11, apartado 60)».

- ³² En este sentido, se pronuncia el voto concurrente formulado a la STC 26/2014 por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, en el que se afirma que el pleno en la sentencia, con su manera de proceder, «deja traslucir lo que, en el fondo, siempre late en este tipo de situaciones en las que, como en el espacio europeo, coinciden dos tribunales competentes, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional, sin dejar de lado el Tribunal Europeo de Derechos humanos, que ahora no se cuestiona: la defensa de la competencia del Tribunal Constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales». Para la citada magistrada, «una vez constatado que la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ejercía en el ámbito de su competencia y que la interpretación de las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48.2 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea que se establece en la STJ de 26 de febrero de 2013, no afectaba a los límites materiales de la Constitución, este Tribunal debió haber aplicado abiertamente el estándar común marcado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, máxime cuando, como de la propia Sentencia de cuya argumentación discrepo, se desprende que este respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tal y como así requiere art. 52.3 Carta de derechos fundamentales de la Unión», (FJ 4.º). Por su parte, la magistrada Adela Asúa Batarríta afirma, también en su voto concurrente, que «[e]sa fundamentación puede alentar las ideas de que este Tribunal no reconoce la primacía del Derecho de la Unión y de que adopta una posición defensiva de su autonomía jurídica frente a aquel ordenamiento, soslayando la primacía del Derecho de la Unión mediante operaciones interpretativas que cree poder controlar con arreglo al artículo 10.2 de la CE. La idea de que esta jurisdicción no aplica derechos de la Unión sino los derechos fundamentales de la Constitución española, si bien convenientemente interpretados de manera que coincidan indefectiblemente con el nivel de protección reconocido en la Unión, no deja de ser una ficción poco convincente» (FJ 4.º). En la misma línea, REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 500, lo considera una «negativa velada a asumir» el pronunciamiento del TJUE.
- ³³ Artículo 10.2 de la CE: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

rado al CEDH³⁴. Una equiparación que no parece haber tenido en cuenta que la competencia se encontraba plenamente armonizada por la Unión. La CDFUE y su interpretación por el Tribunal de Justicia se convierten en derecho nacional interno directamente aplicable en competencias de la Unión (art. 93.2 CE), no así cuando son empleados fuera de ellas (art. 10.2 CE)³⁵. Los efectos derivados de la aplicación de uno y otro precepto, pueden ser distintos: vinculantes o interpretativos. Así pues, una vez apreciado por el TC que la decisión del TJUE se ejercía en el ámbito de su competencia y que la interpretación de las exigencias derivadas de los artículos 47 y 48.2 del CDFUE no afectaban a los límites materiales de la Constitución, se mostraba más acertado, en la lógica europea, aplicar el estándar común marcado por el Tribunal de Justicia, cuando, además, la interpretación realizada respetaba la jurisprudencia del TEDH (art. 52.3 CDFUE)³⁶.

Esta forma «aparentemente» autónoma de resolver los asuntos en los que se viera implicado el Derecho de la Unión, basado en la aplicación del canon constitucional construido *ex artículo* 10.2 de la CE, con el fin de no admitir expresamente la sujeción del TC a la decisión del TJUE en una materia competencia de la Unión, iba a contar con poco recorrido³⁷. Era de esperar que fueran

³⁴ Para ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión europea por el Tribunal Constitucional*, INAP: Madrid, pág. 92 CE, con este proceder «el Tribunal Constitucional degrada la eficacia jurídica del vinculante del pronunciamiento del Tribunal de Justicia, que el mismo había solicitado, a mero criterio hermenéutico, que opera sobre la vía del art. 10.2 CE». *Vid.*, en la obra citada, nota 238, pág. 91, las diferentes posturas doctrinales a favor y en contra de la utilización de la vía interpretativa vía artículo 10.2 de la CE.

³⁵ *Vid.* en este sentido los votos concurrentes formulados a la STC 26/2014 por las magistradas doña Adela Asúa Batarrita y doña Encarnación Roca Trías y el magistrado don Andrés Ollero Tassara. Explica la magistrada Adela Asúa, que «[I] o que ha respondido el Tribunal de Justicia a nuestras cuestiones prejudiciales podría servir para integrar vía art. 10.2 CE nuestro canon sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE para los supuestos "no relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión". Pero en supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no puede ser un mero criterio hermenéutico que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar *ex art.* 10.2 CE el contenido absoluto del derecho fundamental. Por el contrario, proporciona el canon que debemos aplicar *ex art.* 93 CE en razón de nuestra pertenencia a la Unión Europea: estando plenamente armonizada la regulación de la ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega, lo que hay que aplicar son única y exclusivamente los derechos fundamentales de la Unión, en este caso los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta tal y como han sido específicamente interpretados, a instancia nuestra, por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 26 de febrero de 2013» (FJ 3.º).

³⁶ Así lo proponía la magistrada doña Encarnación Roca en el voto particular ya referido.

³⁷ Como explican UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOLL CARULLA, S.: «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma» (A propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero), *REDE*, núm. 50, pág. 126, «o el Tribunal Constitucional asume que ese control iusfundamental en amparo de la actividad del Juez de aplicación interna del Derecho europeo debe hacerse utilizando los DFUE y el Derecho de la UE en general como parámetro directo de europeidad, o se encontrará con que le tocará o bien adoptar resoluciones que empujen al Juez nacional a adoptar resoluciones no conformes al Derecho de la Unión o bien ir amoldando su solución caso por caso, cada vez que no encajen el parámetro iusfundamental nacional y el Derecho de la Unión, a lo que exija este Derecho (lo que ha ocurrido en la STC 26/2014). Jurisprudencia incompatible o jurisprudencia recatada (aunque... no exenta de peligros)». Según ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea...*, *op. cit.*, pág. 98, esta forma de resolver «obligará a interpretar caso por caso –recabando a menudo la ayuda interpretativa del Tribunal de Justicia– los derechos fundamentales nacionales para que se ajusten a la interpretación demandada por el Derecho de la Unión».

en aumento los asuntos en los que se viera implicada la CDFUE y su interpretación por el TJUE, dada la situación de inevitable interacción de los derechos fundamentales en la Unión Europea, y no tendría sentido acudir, en todos los casos y sin distinción, a una solución como la llevada a cabo en la STC 26/2014. Solución considerada hábil³⁸, por unos, y perturbadora de la eficacia de elementos centrales del ordenamiento jurídico de la Unión y de principios fundamentales que rigen su relación con el ordenamiento jurídico español³⁹, por otros. Así ha sucedido. Cada vez son más las cuestiones que se han ido planteando al TC en las que el Derecho de la Unión se ha visto controvertido: igualdad, discriminación por razón de maternidad, acceso al recurso, etc. Y no parece que vaya a dejar de ser así, sino todo lo contrario.

Respecto del Derecho de la Unión, no todos los tribunales constitucionales han asumido, con la misma naturalidad que jueces y tribunales, su función de control de las vulneraciones de derechos fundamentales basadas en el incumplimiento de la jurisprudencia del TJUE; es más, parecen resistirse a dicha situación. En el caso español, el TC se enfrenta no solo a este hándicap sino también al obstáculo que supone la opción del legislador por un amparo objetivo. Una toma de postura sobre la participación en la construcción europea de los derechos fundamentales, a través de su conocimiento y protección, se hace especialmente necesaria en estos momentos. Solo a través la cuestión prejudicial, el TC podrá mantener un diálogo directo con el TJUE; e indirecto con sus sentencias. Pero, para ello, debe haberse planteado, previamente, un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, o un recurso de amparo que, por su naturaleza objetiva, se verá limitado a la apreciación del requisito de la especial trascendencia constitucional, no solo por el TC, sino, también, por los potenciales recurrentes.

III. LA PARTICIPACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTRUCCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES COMO SUPUESTO DE ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

A) LOS SUPUESTOS DE ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA STC 155/2009, DE 25 DE JUNIO

Con la objetivación del amparo, el legislador orgánico limitó el conocimiento del TC a aquellos casos que trasciendan de la vulneración invocada por los recurrentes. Es decir, a aquellos

³⁸ Para ALONSO GARCÍA, R.: *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Cuadernos Civitas, pág. 192, el TC recondujo «hábilmente» con esta forma de decidir, «la colisión entre ambos ordenamientos jurídicos (el de la Unión, representado en el caso por la Euro-orden a su vez amparada por la Carta, y el constitucional interno, interpretado hasta entonces, en materia de juicios en ausencia, de manera maximalista) al terreno de la armonía, estimando que la propia Constitución española permitía e incluso impondría asumir el parámetro de protección dispensado por la Carta, llamado a integrar, por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías».

³⁹ Vid. ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea...*, op. cit., pág. 100.

recursos que cumplan con el «requisito procesal sustantivo o de fondo»⁴⁰, obligatorio⁴¹ e insubsanable⁴², de la «especial trascendencia constitucional». El amparo objetivo no pierde su naturaleza subjetiva, inherente a cualquier proceso de protección de derechos que encuentra su base en la reclamación de un derecho o interés legítimo que se entiende vulnerado [arts. 53.2 y 162.1 b) CE], pero su finalidad, para el TC, debe ir más allá de la mera lesión. La reforma de la LOTC antepuso la finalidad objetiva del amparo constitucional a la subjetiva⁴³, y convirtió en «misión constitucional»⁴⁴ del TC la defensa objetiva de la Constitución, también a través del amparo

⁴⁰ STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.º

⁴¹ *Vid.* al respecto los AATC 188 y 289/2008.

⁴² Para TC «el incumplimiento de la citada exigencia vicia a la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión *a limine*. La propia naturaleza y la función que cumple la carga establecida en el inciso final del art. 49.1 LOTC impide considerar la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso dentro de los supuestos de subsanabilidad del art. 49.4 LOTC, por cuanto se configura como un requisito de orden sustantivo. En tal sentido, sostiene el Tribunal, se "ha reiterado en múltiples ocasiones la importancia que tiene la demanda de amparo como escrito rector para acotar, definir y delimitar la pretensión y, por tanto, la resolución del recurso de amparo" (por todas, STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 1.º)» (ATC 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 3.º; en el mismo sentido, ATC 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 3.º, y, más recientemente ATC 143/2015, de 24 de julio, FJ 3.º).

⁴³ El TC desde sus inicios ha reconocido la doble finalidad del amparo constitucional. En su primera Sentencia, la STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2.º, ya explicó que «[l]a finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades..., cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos. Corresponde, por ello, al Tribunal Constitucional, en el ámbito general de sus atribuciones, el afirmar el principio de constitucionalidad, entendido como vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos (...). La invalidación de los actos conculcadores de los derechos y libertades de los artículos 14 al 29 y 30.2, el reconocimiento de estos derechos de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, y el restablecimiento del agraviado en la integridad de su derecho o libertad, son contenidos posibles y, desde luego, obligados si hubiere derecho a ello, de la Sentencia de amparo (art. 55 de la LOTC)». Con posterioridad se afirmará en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 6.º, que «la función del recurso de amparo no es otra que proteger a los ciudadanos de las violaciones frente a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 CE, dando efectividad a esos derechos permitiendo restablecerlos o, en su caso, preservarlos (arts. 41.2 y 3 LOTC), teniendo en cuenta además que los derechos fundamentales no son solo normas constitucionales que establecen derechos subjetivos públicos, sino rasgos esenciales del sistema democrático, de modo que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva...». Y es que, para el TC, como afirmó en la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.º, recogiendo la doctrina del doble carácter de los derechos fundamentales, «los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)». También se hace referencia sobre la doble naturaleza del recurso de amparo en las SSTC 69/1997, FJ 4.º y 203/2000, FJ 2.º.

⁴⁴ Así se desprende de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2007. En ella se afirma que la «reforma pretende reordenar la dedicación que el Tribunal Constitucional otorga a cada una de sus funciones para cumplir adecuada-

constitucional. En efecto, el legislador antepuso el valor de su jurisprudencia al de la protección concreta del particular que, igualmente, participará en la defensa objetiva, pero, indirectamente, a través de la denuncia de su propia lesión de estimar que cuenta con especial trascendencia.

Lo decisivo para la admisión de un amparo es que el recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Alto Tribunal, con independencia del resultado al que, finalmente, se llegue: estimación o desestimación del recurso interpuesto. Lo que podrá decidir con un alto nivel de discrecionalidad, si bien, en principio, no equivalente al nivel del *certiorari* americano, al haberse sometido a los supuestos reconocidos en el FJ 2.º de la STC 155/2009, de 25 de junio; lo que no impide considerar que la discrecionalidad sigue existiendo, desde el momento en el que solo a él corresponde confirmar su reconocimiento y modular su contenido y alcance. Dichos supuestos no han sido especialmente definidos, por lo que el margen de apreciación por el TC es considerable.

En la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.º, el TC procedió a realizar un primer desarrollo del contenido de la «especial trascendencia constitucional»⁴⁵ a la que hacía referencia el artículo 50.1 de la LOTC⁴⁶. Y lo hizo a través de la enumeración de una serie de supuestos⁴⁷ que si bien no

mente con su misión constitucional». Y prosigue: «El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución».

- ⁴⁵ Se ha afirmado por el TC en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.º, que el requisito de la «especial trascendencia constitucional», «[c]onstituye el elemento más novedoso o la "caracterización más distintiva" (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3.º de esta regulación del recurso de amparo (...) que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso».
- ⁴⁶ Dice textualmente el artículo 50.1 de la LOTC: «El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos: a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los arts. 41 a 46 y 49; b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».
- ⁴⁷ El pleno ha considerado en la STC 155/2009, de 25 de junio, que cumplen con el requisito de la especial trascendencia constitucional: a) Los recursos que planteen «un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional»; b) Aquellos que «dé[n] ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE»; c) Los recursos en los que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia «provenga de la ley o de otra disposición de carácter general»; d) Aquellos en los que la vulneración del derecho fundamental denunciada «traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución»; e) Los recursos cuya fundamentación se base en el incumplimiento «de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria» de «la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso», o «existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera

son *numerus clausus*, concretan el carácter abierto e indeterminado tanto de la noción de «especial trascendencia constitucional» como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación por el artículo 50.1 b) de la LOTC. Dichos supuestos responden a la necesidad de: 1. dictar, aclarar o cambiar doctrina en la labor del TC de máximo intérprete de la Constitución [supuestos a) y b)]; 2. velar por la constitucionalidad de la ley [supuestos c) y d)]; 3. controlar el incumplimiento consciente o reiterado y generalizado de su jurisprudencia [supuestos e) y f)]; o 4. pronunciarse sobre cuestiones jurídicas de relevante y general repercusión social o económica o que tengan unas consecuencias políticas generales [supuesto g)].

Que esta fórmula basada en una relación de supuestos de trascendencia constitucional haya sido la inicialmente explorada por el TC, no significa que su ley orgánica y la propia jurisprudencia constitucional, excluya otras. En este sentido, el propio tribunal ha afirmado que considerar que la relación propuesta en la STC 155/2009 pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de supuestos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional se opone al «carácter dinámico» del ejercicio de la jurisdicción constitucional, «en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido»⁴⁸.

Cabría, por ello, y en aplicación del «carácter notablemente abierto e indeterminado» del fundamento de la especial trascendencia constitucional –que confiere al tribunal «un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo "justifi[ca] una decisión sobre el fondo (...) en razón de su especial trascendencia constitucional"» (STC 155/2009, FJ 2.º)–, sumar a los supuestos, que podrían ser calificados de «genéricos», ya previstos en la STC 155/2009, supuestos «autónomos» de conocimiento. Estos encontrarían justificación en la necesidad de recibir del TC una intervención y protección más intensa en aras, por ejemplo, del bien jurídico protegido, el tipo de sujeto o la materia que, por su novedad, los retos a los que se enfrentan o la preocupación jurídica o social que generen en un determinado momento necesitan de ella.

Esta forma de entender la especial trascendencia constitucional respeta el modelo de amparo objetivo pensado por el legislador. La objetivación del amparo se produce, en este caso, al seleccionar un grupo de asuntos y excluir otros de su conocimiento. No cabe descartar que se lleguen a producir o existan ya situaciones jurídicas a las que se enfrente el TC, en las que no será suficiente con crear, aclarar o cambiar doctrina a través del dictado de una o varias sentencias, entendiendo, con ello, que la misma será aplicada por los órganos judiciales, sino que requieran de esa labor que había

distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros»; f) También se considerarán recursos con «especial trascendencia constitucional» aquellos en los que «en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ)»; g) Y, finalmente, aquellos recursos en los que «el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados aparos electorales o parlamentarios».

⁴⁸ En el mismo sentido, STC 192/2012, de 29 de octubre, FJ 2.º.

mantenido el TC desde sus inicios. Es decir, de un conocimiento más intenso del que ofrece la STC 155/2009, que no dependerá de la trascendencia del recurso escogido, sino de la importancia de la materia en la que pueda quedar subsumido; lo que permitirá extender la protección. Evidentemente, la apreciación de este tipo de supuestos –autónomos– de trascendencia constitucional no excluye la aplicación, a su vez, de los generales de la STC 155/2009, puede ser una elección coyuntural y, por supuesto, debe ser excepcional. Lo contrario supondría una vuelta al recurso de amparo subjetivo.

También la trascendencia puede radicar en el hecho mismo de la protección de este tipo de situaciones en la necesidad de configurar un cuerpo de doctrina sólido. Considerar que sin lesión no existe trascendencia constitucional, es decir, que la verosimilitud de lesión define necesariamente el contenido de la «especial trascendencia constitucional», como así parece considerar el TC, es una opción posible, pero no la única, y limita considerablemente la labor de protección objetiva de la Constitución en materia de derechos y libertades fundamentales. Es más, entender que apreciada la trascendencia constitucional del recurso no necesariamente debe procederse al control de la vulneración en fase de admisión, parece ajustarse mejor a la naturaleza del amparo objetivo y a la LOTC⁴⁹. La existencia de lesión no aparece como un criterio necesario de admisión en la Ley Orgánica 6/2007. La vulneración del derecho fundamental alegado se muestra como un requisito procesal indispensable que configura la pretensión del recurso de la que deben conocer las salas o, en su caso, el pleno, pero no inevitablemente como un requisito de admisión⁵⁰. También la función

⁴⁹ Véase una reflexión más extensa sobre este particular en GARCÍA COUSO, S.: «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales...», *op. cit.*, págs. 149 a 155. En favor de esta interpretación, REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Doctrina del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 87, 2009, págs. 312 a 314, entiende que «el proceso de objetivación del recurso de amparo adquiere caracteres muy particulares a la vista de los AATC 272/2009 (Sala Segunda), de 26 de noviembre, y 274/2009 (Sección Cuarta), de 30 de noviembre», pues «de manera un tanto sorprendente, reaparece ahora el requisito de la lesión del derecho, que no ha de ser *prima facie* descartable para que el "recurso merezca una decisión sobre el fondo» (ATC 272/2009, FJ 1.º), recuperando así «la vieja categoría del "contenido constitucional de la demanda", lo cual «relativiza enormemente el criterio de la trascendencia constitucional que a la luz de las primeras decisiones del Tribunal tras la reforma de 2007 parecía la clave del nuevo modelo y que ahora resulta ser un mero añadido a la exigencia del viejo requisito del "contenido constitucional"». Para el citado autor, «no deja de ser llamativo que un planteamiento tan determinante para el futuro de la jurisdicción de amparo no se haya formalizado en una resolución de Pleno». También se pronuncia al respecto y en la misma línea, en Doctrina del Tribunal Constitucional, *REDC*, núms. 94 y 95, 2012, págs. 291-292 y 266-267, respectivamente. En sentido contrario se pronuncia, sin embargo, CABAÑAS GARCÍA, J. C.: «El recurso de amparo que queremos», *REDC*, núm. 88, págs. 53 y 54, para quien la especial trascendencia constitucional, como causa de inadmisión, «implica, en primer lugar, que la demanda carezca de contenido constitucional porque, a la vista de los hechos narrados, se colige *ictoooculi* que no ha tenido lugar la vulneración del derecho fundamental invocado, lo que torna inútil su tramitación; esto es por inexistencia clara de la lesión denunciada», y afirma que «[h]oy por hoy, ni en España ni en Europa cabe formular un cuestionamiento serio en contra de la plena integración del fin protector de los derechos fundamentales en el seno de la Jurisdicción Constitucional». En la misma línea, GONZÁLEZ ALONSO, A.: «¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo?», *Revista Justicia Administrativa*, núm. 59, 2013, pág. 22, sostiene que «no puede admitirse un amparo, por más trascendencia constitucional que tenga, si el primer estudio realizado en la fase de admisibilidad se constata que no ha habido lesión del derecho fundamental».

⁵⁰ Una interpretación como la propuesta no solo explicaría el cambio del trámite de «inadmisión» por uno de «admisión», sino que cumpliría con la finalidad de agilizar el trabajo en esta fase.

de protección objetiva de la Constitución se produce a través de la confirmación de las decisiones de los tribunales ordinarios⁵¹. Con ellas se respaldan, además, las resoluciones recurridas, evitando, al ser publicadas, la interposición de nuevos recursos de amparo bajo el mismo argumento que, de no ser así, serían inadmitidos, una y otra vez, mediante una providencia de la que únicamente tiene conocimiento el recurrente. Disuadir del planteamiento de recursos idénticos, permitirá, en definitiva, una mayor dedicación al estudio de aquellos que merezcan el juicio del TC.

El tránsito de un amparo subjetivo a otro objetivo basado en la selección de asuntos, requiriere, como ya ha quedado apuntado, de un cambio de mentalidad por parte de todos los operadores jurídicos; también del propio tribunal que se enfrenta a él⁵². Al TC compete ser perspicaz en su detección. Si bien es cierto que la configuración del contenido de los derechos y sus límites parece haber concluido, no lo es menos que su labor de aplicación a nuevas situaciones o realidades no termina⁵³ mientras estas surjan y requieran, por ello, de una protección más enérgica. El éxito del amparo constitucional no tiene por qué hacerse recaer necesariamente en el número de amparos de los que conoce el TC. Pero sí, por el contrario, en la importancia y la repercusión de sus sentencias; lo que dependerá de que estas sean útiles y conocidas⁵⁴. Como conocidos deben ser

⁵¹ Para REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Doctrina del Tribunal Constitucional durante el tercer cuatrimestre de 2009», *REDC*, núm. 88, pág. 313, «el valor de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional no depende de la estimación o desestimación de las demandas».

⁵² En la línea de todo lo expuesto, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: «La admisión discrecional de asuntos por el TS», *Revista de Jurisprudencia del Derecho (RJD)*, núm. 1, indica que «El tránsito a un sistema de admisión discrecional de asuntos supone un cambio de mentalidad, que implica la necesidad de consensos en el seno del órgano acerca del modo de ejercicio de la discrecionalidad. Es seguramente más difícil, sobre todo entre magistrados (más acostumbrados a lo reglado que a lo discrecional), ponerse de acuerdo en cómo ejercer la discrecionalidad que en cómo interpretar lo reglado. El ejercicio de la discrecionalidad, para no derivar en arbitrariedad o capricho, requiere varios requisitos previos. El primero, un riguroso control de los precedentes. El segundo, la minoración progresiva de las ambigüedades (para seleccionar lo importante hay que aclarar antes lo existente). El tercero, la existencia de canales de información sobre la casuística y los problemas existentes que no sean solo informales».

⁵³ Díez-PICAZO, L. M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4.ª ed., Pamplona: Thomson-Civitas, 2013, pág. 92, se pregunta: «¿Para qué sirve que los particulares puedan llevar al Tribunal Constitucional las pretensiones de protección de derechos fundamentales que ya han sido desestimadas por los Tribunales ordinarios?». Y responde: «En este punto, la respuesta es doble. Por un lado, existía un periodo constituyente con cierta desconfianza hacia la sensibilidad de la judicatura para hacer cumplir las normas constitucionales y, en particular, las relativas a derechos fundamentales (...). No se olvide que el Tribunal Constitucional, aunque solo sea por el modo de designación de sus miembros, refleja un tipo de cultura distinta a la imperante entre jueces de carrera. Por otro lado, aunque más de veinticinco años después quepa afirmar que la judicatura ha interiorizado el espíritu constitucional, el recurso de amparo cumple siempre una función de unificación de criterios de interpretación y aplicación de las normas sobre derechos fundamentales, particularmente necesaria en una organización judicial caracterizada por su división interna (civil, penal, contencioso-administrativa, social y militar)».

⁵⁴ En este sentido Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill, 1996, pág. 135, explica que «Lo que sí puede tener efectivamente una importancia decisiva a la hora de decidir cuál es la configuración más adecuada del trámite de admisión del recurso de amparo constitucional es que la jurisprudencia constitucional sea, en primer lugar, precisa, clara y coherente y, en segundo lugar, generalmente bien conocida y aplicada»; también se pronuncia al respecto en «La admisión discrecional de asuntos por el

también los supuestos a los que el TC reconoce especial trascendencia constitucional⁵⁵. Si bien el TC es el único legitimado para seleccionar lo que considera «importante» para «la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» [art. 50.1 b) LOTC], solo podrá decidirlo de haberse interpuesto previamente el recurso. Cuando el amparo ha dejado de ser principalmente subjetivo y existen otros remedios judiciales, pedir al recurrente el cumplimiento de requisitos casi imposibles, por imprevisibles, desincentivará, sin duda, su planteamiento y dejará a la jurisdicción constitucional sin posibilidad de pronunciarse sobre una parte tan importante de la Constitución como lo son los derechos y libertades fundamentales⁵⁶.

Tras una etapa de avalancha de asuntos, puede ocurrir que se pase a otra de práctica ausencia. Por ello, la capacidad de conocimiento de asuntos por el TC deberá ser, junto a otras circunstancias, valorada por el TC, pudiendo ampliar, en función de ello, los supuestos de especial trascendencia constitucional reconocidos jurisprudencialmente; lo que requerirá de una decisión del pleno.

B) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL SUPUESTO DE ESPECIAL TRASCENDENCIA PROPUESTO E INSUFICIENCIA DE LOS PREVISTOS EN LA STC 155/2009 PARA ENFRENTARSE A UNA NUEVA SITUACIÓN EN EVOLUCIÓN CONSTANTE

La participación en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales podría y, a mi juicio, debería ser considerada, *per se*, un supuesto de especial trascendencia constitucional en el sentido expuesto en el epígrafe anterior. Su reconocimiento como tal encontraría justificación en la defensa de la Constitución que proporcionaría el TC en el «diálogo europeo» de los derechos fundamentales. De lo contrario, la jurisdicción constitucional quedará desplazada de este importante, y en construcción, ámbito material de conocimiento, necesitado de un control más constante e intenso que el otorgado por la actual disposición del amparo objetivo. No se puede perder de vista que jueces y tribunales se ven obligados al cumplimiento del Convenio y la Carta interpretados por el TEDH y TJUE.

TS», *RJD*, núm. 1, mayo 2015, EDB 2015/50639. En la misma línea, *Vid.* PÉREZ TREMP, P.: «Naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 39, 1994, págs. 100 a 103.

⁵⁵ En la Sentencia Arribas Antón c. España, de 20 de enero de 2015, el TEDH advirtió de la necesidad de poner en conocimiento de los particulares las razones de admisión de los recursos de amparo, para hacer reconocibles los criterios empleados al efecto por el tribunal; lo que el TC hace, primero, en la providencia de admisión, y, posteriormente, en la sentencia. *Vid.*, por ejemplo, las SSTC 16/2016, de 1 de febrero, FJ 2.º; 12/2016, de 1 de febrero, FJ 2.º; 3/2016, de 18 de enero, FJ 1.º; 263/2015, de 14 de diciembre, FJ 2.º; 262/2015, de 14 de diciembre, FJ 2.º; 242/2015, de 30 de noviembre, FJ 2.º.

⁵⁶ La finalidad de la publicidad de los asuntos de los que está conociendo el TC no es, a mi juicio, «alertar a la generalidad de los órganos judiciales de que determinados asuntos se están resolviendo con contravención de su doctrina», como así ha apuntado GONZÁLEZ ALONSO, A.: ¿Ha cambiado algo el recurso de amparo?...» *op. cit.*, pág. 37, sino su conocimiento por los particulares.

En un momento de configuración de la Europa de los Derechos Fundamentales, la participación de los tribunales constitucionales parece una opción más que necesaria. El control de «convencionalidad»⁵⁷ y «europeidad»⁵⁸, tanto de las resoluciones jurisdiccionales como de la ley⁵⁹, cuenta con relevancia constitucional suficiente como para considerar que puede configurar un supuesto específico e individualizado de especial trascendencia a través del cual participaren la construcción de la Europa de los derechos; lo que, a su vez, permite, respecto del TEDH, evitar posibles condenas al Reino de España⁶⁰, y, en relación con la actuación del TJUE, no solo esto, sino la posibilidad de verificar el respeto de los «contralímites»⁶¹.

Debido a la propia excepcionalidad que define el recurso de amparo objetivo, aplicar los supuestos «genéricos» de especial trascendencia constitucional, dispuestos en la STC 155/2009, a los recursos de amparo interpuestos por vulneración de derechos en los que puedan encontrarse implicados otros tribunales europeos, supone que la intervención del TC quede reducida al conocimiento de casos novedosos o de incumplimiento de la doctrina ya existente, siempre y cuando, en este último caso, se muestre como una «negativa manifiesta» del órgano judicial a aplicarla

⁵⁷ Vid. JIMENA QUESADA, L.: «El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el TEDH: A propósito del control de convencionalidad», *REDF*, núm. 15, primer semestre 2010, págs. 41 a 74.

⁵⁸ Vid. UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. y RIPOLL CARULLA, S.: «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (A propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», *REDE*, núm. 50, abril-junio, 2014, pág. 126.

⁵⁹ En este sentido *vid.* los Informes del Consejo de Estado de 16 de febrero de 2006 sobre la modificación de la Constitución española y de 2008 sobre la inserción del Derecho europeo.

⁶⁰ No lo considera así GONZÁLEZ ALONSO, A.: «¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español...?», *op. cit.*, págs. 35 y 34. Estima que la necesaria interposición del recurso de amparo antes de impetrar la tutela internacional, en muchos casos, llevará al TC a conocer antes incluso que el TEDH que existe un problema de vinculación de los órganos judiciales nacionales a la CE y al CEDH, en el modo que han sido interpretados por el TC y el TEDH respectivamente. A su juicio, el amparo objetivado en los términos interpretados por la STC 155/2009, «no debería dar lugar a un número importante de condenas a nuestro Estado por parte del TEDH en relación con la reiteración de determinadas prácticas que suponen la vulneración de derechos amparables, no así con otros reconocidos en el Convenio pero no en nuestra Norma Fundamental». Y añade que si se dota como supuesto de especial trascendencia constitucional a los asuntos que podrían suponer una condena a España, «los resultados que arrojarían son que el TC protege en todo caso a los derechos convencionales, y sin embargo no dispensa tal tutela a los derechos constitucionales. No hay que decir, además, que la instalación de esta práctica en el Tribunal podrá acabar arruinando la reforma». Dicho esto, se ha de manifestar al respecto que el TC estimó un recurso de súplica interpuesto por el Fiscal por entender que se estaba incurriendo en un incumplimiento de la jurisprudencia del TEDH (*vid.* ATC 123/2012). En sentido contrario, sin embargo, opina RIPOLL CARULLA, S.: «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, págs. 50 y 51, para quien «el cambio de las reglas de admisión del recurso de amparo ha provocado (...) un aumento de la conflictividad de España ante el Tribunal de Estrasburgo y asimismo la aparición de familias de asuntos ante el TEDH que reiteradamente aplica su doctrina en estos casos», considerando, al respecto, que «el diálogo activo del TC con el TEDH tiene en sí mismo indudable interés constitucional».

⁶¹ El 15 de diciembre de 2015, el TC alemán dictó una sentencia en la que otorgó el amparo en un asunto de extradición, con base en la protección de la identidad constitucional.

o cuando se trate de un «general y reiterado incumplimiento» por parte de jueces y magistrados; con las limitaciones de conocimiento que ello implica⁶².

Por ello, aunque este tipo de recursos también podrían incardinarse en el supuesto g) de la STC 155/2009, por tratarse de amparos cuyos efectos trascienden del caso concreto porque plantean una cuestión jurídica que tiene unas consecuencias políticas generales en cuanto que el reconocimiento del referido supuesto de especial trascendencia constitucional podría evitar condenas por parte del TEDH⁶³ y la Unión Europea⁶⁴, o en el supuesto b) referido a aquellos recursos que den ocasión al TC para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia del cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 de la CE, parece preferible, por eficaz, que se considere como un supuesto «autónomo», de forma tal que, a través del conocimiento de los recursos de amparo planteados, el TC no solo pueda participar con carácter previo a la toma de decisiones por el TEDH y TJUE, sino que pueda crear un cuerpo de doctrina que, por novedoso, debe quedar consolidado, y le permita tomar decisiones de conjunto y no de forma aislada, otorgando, de esta manera, la seguridad jurídica que todo ordenamiento requiere. Las nuevas situaciones no pueden ser resueltas a golpe de caso, necesitan de una reflexión pausada que, en esta materia, debe partir de la decisión de una cuestión esencial: qué función quiere cumplir la jurisdicción constitucional en el ámbito de la Unión. Y, al hilo de la opción escogida⁶⁵ y en coherencia con ella, dar respuesta a los diferentes problemas que se vayan planteando.

En un proceso en constante evolución, como lo es el de la definición de los derechos fundamentales a nivel europeo, no parece suficiente un sistema de participación basado en los términos expuestos. La labor no solo de protección sino también pedagógica y de unificación jurisprudencial, realizada por la jurisdicción constitucional en los primeros años de funcionamiento del TC,

⁶² Tras la reforma, la labor del tribunal ha sido, por un lado, de actualización de su jurisprudencia, bien a través de la fijación de nueva doctrina o su depuración, y, por otro, de control de cumplimiento de la misma. Esta segunda perspectiva de la misión del amparo objetivo también es importante, pues es clave para un buen funcionamiento del sistema jurídico que el TC garantice su homogeneidad. No obstante, se hace necesario distinguir entre el mero incumplimiento de la doctrina constitucional del supuesto al que el TC otorga una especial trascendencia y que responde a la necesidad de que se trate de un «incumplimiento general y reiterado» o de una negativa manifiesta a aplicarla que requiere, en este caso, del «elemento intencional o volitivo» del juez, que muestre una «decisión consciente de soslayarla» (ATC 141/2012, entre otros).

⁶³ El TEDH, en la Sentencia *Dhabi c. Italia*, de 8 de julio de 2014, ha considerado que el no planteamiento de la cuestión prejudicial puede vulnerar, según qué casos, el derecho a un proceso equitativo reconocido en el artículo 6. 1 de la CEDH.

⁶⁴ Por su parte, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la responsabilidad de los Estados miembros por los incumplimientos imputables a sus órganos jurisdiccionales, en las SSTJUE de 19 de noviembre de 1991, asunto *Franzovich y Bonifacis*. República Italiana; de 30 de septiembre de 2003, asunto *Köbler*; y de 12 de noviembre de 2009, asunto *Comisión/España*.

⁶⁵ Un exhaustivo estudio sobre los diferentes modelos por los que han optado los tribunales constitucionales europeos puede verse en la monografía de ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión europea por el Tribunal Constitucional*, op. cit.

se hace necesaria, ahora, en relación con este proceso en construcción. Se precisa, por ello, de una jurisprudencia más constante. No solo a través del dictado de nuevas doctrinas, sino, sobre todo, a través del control de posibles vulneraciones de derechos fundamentales basadas en el incumplimiento de la jurisprudencia del TEDH o del TJUE, o de la del TC ya pronunciada al respecto, es posible participar y no quedar excluido del citado proceso de integración e ir perfilando las mismas. En este caso, considerar que sin lesión no existe trascendencia constitucional, como ya se ha puesto de manifiesto, limita considerablemente la labor de protección objetiva de la Constitución en este ámbito, pues provoca la ruptura del «diálogo» en aquellos asuntos en los que, aunque no haya vulneración, exista especial trascendencia constitucional por mostrarse necesaria una decisión motivada. En efecto, una sentencia desestimatoria mostraría las razones por las que el TC considera que no se han vulnerado derechos fundamentales.

La trascendencia de este supuesto no se define en función del recurso sino por la materia a la que se refiere: la configuración europea de los derechos y libertades⁶⁶. Quizás, en un caso como este, encuentre sentido la desconcentración del conocimiento de los amparos en las secciones llevada a cabo por la reforma de la LOTC de 2007⁶⁷; posibilidad aún no explorada por el TC. Dicha desconcentración permitiría dictar sentencias de aplicación de doctrina con un triple efecto: a) proteger los derechos fundamentales de los particulares incentivando, a su vez, el planteamiento de recursos de amparo sobre los que el TC ya ha estimado que cuentan con especial trascendencia constitucional; b) consolidar la doctrina emanada del TC, lo que redundaría en su conocimiento y, por ende, en su cumplimiento por los órganos judiciales; y c) evitar posibles condenas europeas por vulneración de derechos y libertades.

A lo dicho hasta ahora, debe añadirse un argumento más en favor de la intervención del TC: la ausencia, en determinados casos, de un recurso ordinario o extraordinario ante un tribunal diferente al que se le imputa la vulneración.

Si bien la objetivación del amparo no produce por sí misma una merma en la protección de derechos, sí exige potenciar la protección de los derechos ante la jurisdicción ordinaria a través

⁶⁶ ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión europea por el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, apunta tres supuestos a los que considera que se les debe presumir especial trascendencia constitucional; no descarta que un estudio más detenido permita identificar más: a) los fundamentados en la incorrecta aplicación o interpretación de un derecho de la Carta por un órgano jurisdiccional español; b) los que se fundamenten en el incumplimiento del deber de plantear la cuestión prejudicial por un órgano judicial español, en infracción de los criterios CILFIT; c) en aquellos supuestos en los que la interpretación que realiza el TJUE sobre el correspondiente derecho fundamental resulta inferior al que se desprende de la jurisprudencia del TC. Por su parte, RIPOLL CARULLA, S.: «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, pág. 50, propone, como «expresivos de trascendencia constitucional», «los recursos de amparo en los que el TC advierta un distanciamiento entre la doctrina del TEDH, por una parte, y la de los Tribunales ordinarios o la suya propia».

⁶⁷ El artículo 8.3 de la LOTC dispone: «Podrá corresponder también a las Secciones el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la Sala correspondiente les defiera en los términos previstos en esta ley». *Vid.* también artículos 48 y 52.2 de la LOTC.

de un recurso realmente efectivo que cumpla con la protección ofrecida hasta ese momento por el TC. La falta de tutela constitucional debe verse complementada con una eficaz tutela alternativa con la que compensar la nueva dimensión objetiva del amparo y dar protección a todas aquellas vulneraciones que no puedan ser reparadas por no existir recurso ordinario o extraordinario para ello⁶⁸. El legislador orgánico consideró suficiente la protección otorgada a través de la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones⁶⁹. La doctrina ha puesto de manifiesto, sin embargo, las carencias de este mecanismo de protección⁷⁰.

Que la salvaguarda del derecho que se entiende vulnerado se resuelva mediante un incidente que decide el propio órgano judicial al que se le imputa, no cubre, a mi juicio, las expectativas de una protección eficaz de los derechos en la vía judicial ordinaria, tal y como parece requerir el artículo 53.2 de la CE. Pero no porque sean los propios jueces y tribunales a los que se les imputa la lesión de derechos fundamentales los que deban decidir sobre ella, es decir, por vulneración del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE)⁷¹, sino porque dichas infracciones no podrán ser reparadas a través del recurso de amparo constitucional de carecer de especial trascendencia constitucional⁷². Insuficiente protección que podría, quizás, ser considerada por el TEDH, tras

⁶⁸ La disposición final primera de la LOTC de 2007 modificó el párrafo 1.º del artículo 241.1 de la LOPJ, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, permitiendo el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones fundado en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la CE, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario o extraordinario.

⁶⁹ Vid. exposición de motivos de Ley Orgánica 6/2007 (Puntos I y II).

⁷⁰ Cfr. BACHMAIER WINTER, L.: «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones», en *Revista de Derecho Procesal*, 2007, págs. 45 a 67; CABAÑAS GARCÍA, J. C.: «El recurso de...», *op. cit.*, pág. 52; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», en *REDC*, núm. 81, septiembre-diciembre 2007, pág. 29; DESDENTADO BONETE, A.: «El futuro de la Justicia Constitucional», en *Actas de las XII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 27; CARRASCO DURÁN, M.: La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones, *REDC*, núm. 95, 2012, págs. 65 a 93; AGUILERA MORALES, M.: «El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: Una mala solución para un gran problema», *Revista General de Derecho Procesal (RGDPR)*, núm. 31, 2013.

⁷¹ En este sentido, pero en conjunción con la vulneración del artículo 13 del CEDH, se pronuncia MORENILLA ALLARD, P. y DE CASTRO MARTÍN, J. L.: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», *Diario La Ley*, núm. 8.099, sección Doctrina, 6 de junio de 2013.

⁷² En la misma línea, BELADÍEZ ROJO, M.: «La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241. LOPJ», en *El Juez del Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 2015, pág. 449, entiende la vulneración del principio de imparcialidad se produce «en este caso porque el incidente (...) cumple una función constitucional». En la STC 185/1990, de 15 de noviembre, FJ 6.º, se dijo, respecto de la posible inconstitucionalidad del artículo 240 de la LOPJ de 6 de julio de 1985, que «[n]o hay, en la prohibición de que el Juez modifique de oficio sus Sentencias violación del art. 24.1 C.E. (...), no se vulnera tampoco el principio de subsidiariedad del recurso de amparo, porque el cuestionado es un precepto meramente negativo que deja intactas todas las posibilidades de articulación de aquel y, como última, la de actuar para corregir indefensiones reflejadas en Sentencias no recurribles (...). El precepto en sí salva la cosa juzgada, o sea un principio esencial del proceso fundado en la seguridad jurídica. Pero, sin oponerse por ello a la Constitución, tampoco contribuye a completar el desarrollo necesario de esta, y en todo caso implica para el

la configuración del amparo como un recurso objetivo, y, por tanto, como un recurso súper excepcional, como vulneradora del derecho a un recurso efectivo en la protección de derechos y libertades fundamentales a nivel nacional (art. 13 CEDH)⁷³. Además, y por lo que respecta al Derecho de la Unión, se ha de tener en cuenta que el artículo 19.1 del TUE obliga a los Estados miembros a establecer «las vías de recursos necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».

Velar porque exista al menos un recurso efectivo de protección de derechos reconocidos por la Constitución española, tiene, a mi juicio, por su propia esencia, «especial trascendencia constitucional». Sería un ejemplo más de supuesto «autónomo» de especial trascendencia constitucional. Cuando el TC estime que no se ha dado la oportunidad al recurrente de una protección efectiva, subsanará dicha situación entrando a conocer de la lesión de fondo o decidiendo la retrotracción de las actuaciones para que el órgano competente realice su función de carecer la vulneración denunciada de trascendencia constitucional. Así se hizo en la STC 153/2012, de 16 de julio, en un caso en el que el recurrente únicamente se quejaba de la falta de motivación de la decisión de inadmisión del incidente de nulidad⁷⁴. Una sentencia en la que el TC reconoce la importancia que tiene el incidente de nulidad de actuaciones tras la reforma de la LOTC de 2007, y la atención que, por ello, debe merecer por parte de jueces y tribunales⁷⁵. Se debe tener presente

titular del derecho vulnerado la necesidad de iniciar un nuevo proceso ante una jurisdicción distinta, la de este Tribunal, el cual, por la fuerza de las cosas, no logrará sanar la lesión padecida sino mediante una nueva tramitación cuyo único efecto será el de anular las actuaciones y reponerlas al momento en el que la lesión se produjo. El sacrificio de quien ha sufrido la lesión va acompañado así del que se impone también a quienes fueron parte en el mismo proceso, obligados a seguir defendiendo su derecho ante otra jurisdicción».

⁷³ El artículo 13 de la CEDH establece que «toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

⁷⁴ A juicio de REQUEJO PAGÉS, J. L.: «Doctrina del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 96, septiembre-diciembre 2012, págs. 241 y 242, la doctrina de la STC 153/2012 es «perfectamente acorde con el nuevo modelo de amparo, pues, por un lado, el Tribunal Constitucional no podría pronunciarse si no concurriera el requisito de la trascendencia de la demanda, y, por otro, el recurrente se vería doblemente perjudicado por la inadmisión indebida del incidente: primero, porque se habría visto obligado a recurrir en amparo contra la inadmisión; segundo, porque el pronunciamiento de fondo no vendría del juez «natural» del derecho lesionado, sino de un Tribunal Constitucional que solo asegura la dimensión constitucional de los derechos, pero no la variante de su contenido que es fruto de su configuración legal». Por su parte, BELADÍEZ ROJO, M.: «La función constitucional ...», *op. cit.*, pág. 453, considera que «como el incidente no tiene otra finalidad que la de revisar si la resolución cuya nulidad se insta ha incurrido o no en la vulneración de un derecho fundamental, si durante la sustanciación de este procedimiento se incurre en una nueva infracción de una norma que consagra un derecho fundamental, esta nueva infracción solo podrá considerarse una lesión real y efectiva del derecho fundamental vulnerado si la comisión de tal infracción ha impedido la tutela de derechos fundamentales que pretendía obtenerse a través de ese cauce procesal».

⁷⁵ En la STC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3.º, el tribunal ha señalado que «el incidente de nulidad de actuaciones asume, tras la configuración del nuevo amparo constitucional, una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y debe ser controlada por este Tribunal cuando las hipotéticas lesiones autónomas que en él se produzcan tengan "especial trascendencia constitucional". No puede considerarse como un mero trámite formal pre-

que no hay un derecho al acierto judicial pero sí al acceso a la jurisdicción y con más intensidad cuando se trata de la protección de derechos fundamentales⁷⁶.

A efectos del amparo constitucional, el incidente, tras la reforma de la LOTC de 2007, no es solo una forma de agotamiento de la vía, que también, sino fundamentalmente un procedimiento de protección de derechos y libertades fundamentales en única instancia: a) se impugna una resolución firme, por lo que se ha defendido desde la doctrina que comparte la misma naturaleza que la rescisión de sentencias firmes a instancia del demandado rebelde y la revisión⁷⁷; b) la pretensión del incidente es diferente a la del proceso del que emana, pues no se vuelve a revisar este sino que lo que se pretende es la declaración de nulidad de la resolución judicial por vulneración de derechos fundamentales, lo que le dota de un objeto de conocimiento propio y limitado; c) no es subsidiario, ya que solamente es posible su formulación cuando las vulneraciones de derechos fundamentales no pudieron ser denunciadas previamente; y d) la resolución judicial resultante tiene como finalidad, al igual que el amparo, la nulidad de la resolución judicial impugnada y la retroacción de actuaciones.

vio al amparo constitucional sino como un verdadero instrumento procesal que, en la vía de la jurisdicción ordinaria, podrá remediar aquellas lesiones de derechos fundamentales que no hayan "podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario" (art. 241.1 LOPJ). En definitiva, el incidente de nulidad de actuaciones sirve, como así ha querido el legislador orgánico, para reparar aquellas lesiones de cualquier derecho fundamental que no puedan serlo a través de los recursos ordinarios o extraordinarios previstos por la ley; su función en materia de tutela de derechos es, por tanto, la misma, en el ámbito de aplicación que le otorga el art. 241.1 LOPJ, que la realizada como consecuencia de la interposición de un recurso ordinario o extraordinario y como tal debe ser atendida por los órganos judiciales». En el mismo sentido: SSTC 9/2014, 204/2014, 142/2015 y 180/2015. Para MORENILLA ALLARD, P.: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», *op. cit.*, con la STC 153/2012 parece haber comenzado un cambio de la doctrina que espera «signifique un comienzo de cambio de rumbo en orden a la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales». Por su parte, AGUILERA MORALES, M.: «El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala solución para un gran problema», *RGDPR*, núm. 31, 2013, considera que otros de los aspectos por los que la STC 153/2012 es «digna de mención es por precisar las líneas que deben regir la interpretación y aplicación del art. 241 LOPJ, a la luz del nuevo significado adquirido por el incidente de nulidad de actuaciones».

⁷⁶ MORENILLA ALLARD, P.: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», *op. cit.*, considera que «el "incidente" es, en puridad, un proceso especial de amparo judicial de los derechos fundamentales y, por tanto, su enjuiciamiento ha de estar sometido al canon del acceso al recurso», por lo que si el TC, conforme a la doctrina contenida en las SSTC 153/2012 y 2/2013, decidiera aplicar al "incidente" el canon jurisprudencial del acceso a la jurisdicción (...), debería entonces cuestionarse la constitucionalidad del art. 241 LOPJ».

⁷⁷ GARCIMARTÍN MONTERO, R.: *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid: Cuadernos Civitas, 2002, pág. 63 y los autores citados en la nota 57; y MORENILLA ALLARD, P.: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», *op. cit.*, consideran que el incidente de nulidad de actuaciones debe ser considerado, en puridad, como un recurso autónomo. Para BANACLOCHE PALAO, J.: «La reforma del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el pretendido amparo judicial», en *Justicia y Derecho Tributario (Homenaje al Prof. Julio Banacloche Pérez)*, La Ley, coord. Carmen, Julio y Begoña Banacloche, Madrid, 2008, pág. 221, entiende que de ser cierto que «tras la reforma, parece que se podría solicitar por medio del incidente excepcional de nulidad de actuaciones la misma tutela que antes se articulaba mediante el recurso de amparo», «el citado incidente habría perdido su condición –afirmada por la práctica unánimidad de la doctrina– de proceso autónomo, para convertirse en un recurso extraordinario (de nulidad) fundado en un único motivo: la vulneración del derecho fundamental».

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En un momento de construcción de la Europa de los derechos y libertades fundamentales, la intervención del TC se muestra imprescindible. Es la jurisdicción constitucional la que se encuentra, en estos momentos, en la «encrucijada». El TC debe buscar su posición en el entramado jurisdiccional europeo o corre el peligro de quedar desplazado de él.

Consciente de ello y de la limitación que supone contar con un amparo objetivo, parece adecuado considerar la participación en su configuración como una cuestión de indudable trascendencia para «*la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*». Su reconocimiento como un supuesto «autónomo» de especial trascendencia constitucional –no excluyente de los supuestos «genéricos» previstos en la STC 155/2009–, que se define en razón de la materia y no de la trascendencia del recurso escogido, permitirá el dictado de sentencias tanto de creación de doctrina como de aplicación de la misma, también por las secciones, en respuesta a la necesidad de una intervención más intensa del TC. Con ellas: a) se incentivará el planteamiento de recursos de amparo sobre esta importante cuestión –pues son los particulares con sus recursos los que pueden provocar un pronunciamiento–, que otorgarán la posibilidad de una mayor intervención en el «diálogo» con los tribunales europeos; b) se consolidará la doctrina constitucional emanada al respecto, redundando en su conocimiento y, por consiguiente, en su cumplimiento; y c) se evitarán posibles condenas europeas. Y es que, como ha quedado dicho, también las sentencias desestimatorias pueden contar con trascendencia constitucional.

No me cabe duda de que el Alto Tribunal debe de tener un papel destacado y no solo residual en la construcción europea de los derechos y libertades fundamentales. Y lo debe hacer en favor de lo que, en definitiva, es su función: la interpretación y, por ende, la protección y defensa de la Constitución como norma suprema del ordenamiento. Las instituciones y sus funciones adquieren sentido de existir una necesidad previa que cubrir. Al TC le corresponde seleccionar a partir de la reforma de la LOTC de 2007 lo importante: ¿no lo es esta cuestión?

Bibliografía

- AA. VV. [2013]: *TC y diálogo entre Tribunales*, en XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, Madrid: TC-CEPC.
- AGUILERA MORALES, M. [2013]: «El incidente de nulidad de actuaciones *ex* artículo 241 LOPJ: Una mala solución para un gran problema», *RGDPR*, núm. 31.
- ALONSO GARCÍA, R. [2014]: *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Cuadernos Civitas.
- ARAGÓN REYES, M. [2015]: «Algunos problemas del nuevo recurso de amparo», en *Liber Amicorum Fernando Herrero-Tejedor Algar*, Colex.
- [2009]: «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 85.
- ARROYO JIMÉNEZ, L. [2012]: «Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial*, Liber-amicorum Tomás-Ramón Fernández, Cizur Menor (Navarra).
- ARZOZ SANTISTEBAN, X. [2015]: *La tutela de los derechos fundamentales de la Unión Europea por el Tribunal Constitucional*, Madrid: INAP.
- BACHMAIER WINTER, L. [2007]: «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones», *Revista de Derecho Procesal*.
- BANACLOCHE PALAO, J. [2008]: «La reforma del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el pretendido amparo judicial», en *Justicia y Derecho Tributario*, Madrid: La Ley.
- BELADÍEZ ROJO, M. [2015]: «La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones del art. 241. LOPJ», en *El Juez del Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.
- BUSTOS GISBERT, R. [2012]: «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *REDC*, núm. 95.
- CABAÑAS GARCÍA, J. C. [2010]: «El recurso de amparo que queremos», en *REDC*, núm. 88, enero-abril.
- CARRASCO DURÁN, M. [2012]: «La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones», en *REDC*, núm. 95.
- DE VERGOTTINI, G. [2010]: *Más allá del diálogo entre Tribunales (Comparación y relación entre jurisdicciones)*, Cuadernos Civitas.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. [2015]: y «La admisión discrecional de asuntos por el TS», *Revista de Jurisprudencia del Derecho*, núm. 1, mayo, EDB 2015/50639.
- [1996]: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, McGraw-Hill.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. [2013]: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4.^a ed., Pamplona: Civitas.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. [2007]: «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *REDC*, núm. 81, sept.-dic.
- GARCÍA COUSO, S. [2010]: «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007: La objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la Jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDF*, núm. 15, Valencia.

GARCÍA ROCA, J.: «El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo», en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GONZÁLEZ ALONSO, A. [2013]: «¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo?», *RJA*, núm. 59, págs. 17-40.

GONZÁLEZ ALONSO, A. Y RUIZ-RISUEÑO MONTROYA, F. M. [2015]: «El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del CEDH (A propósito de la reciente STEDH Arribas Antón c. España)», *REDE*, núm. 54, abril-junio.

MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. [2015]: «La posición de los Estados miembros ante la evolución de la Unión Europea: Comprometidos con el proceso de integración, convencidos de la necesidad de reforzar los rasgos de intergubernabilidad», *RDCE*, núm. 50, enero-abril.

LÓPEZ GUERRA, L. [2013]: «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *TRC*, núm. 32.

GARCIMARTÍN MONTERO, R. [2002]: *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid: Cuadernos Civitas.

JIMENA QUESADA, L. [2010]: «El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el TEDH: A propósito del control de convencionalidad», *REDF*, núm. 15, primer semestre.

MORENILLA ALLARD, P. [2013]: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», en *Diario La Ley*, núm. 8099, sección Doctrina, 6 de junio.

MORENILLA ALLARD, P. Y DE CASTRO MARTÍN, J. L. [2013]: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», en *Diario La Ley*, núm. 8.099, sección Doctrina, 6 de junio.

PÉREZ TREMP, P. [1994]: «Naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal», *RVAP*, núm. 39.

REQUEJO PAGÉS, J. L. [2015]: «Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del derecho de la Unión», en *El Juez del Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

– [2009-2012]: «Doctrina del Tribunal Constitucional», *REDC*, núms. 88, 94, 95 y 96.

RIPOLL CARULLA, S. [2015]: «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDI*.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I. Y RIPOLL CARULLA, S. [2014]: «Del recato de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tutela judicial de los DFUE y de las cuestiones y problemas asociados a la misma (A propósito de la STC 26/2014, de 13 de febrero)», *REDE*, núm. 50.