

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

MARÍA REYES PÉREZ ALBERDI
Becaria de Investigación
Universidad de Huelva
mreyes@uhu.es

*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée,
ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*
(Article XVI de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789)

ÍNDICE: 1. Introducción. 2- Naturaleza del recuso de amparo judicial en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 2.1. Características *ex Constitutione* definitorias del procedimiento especial. 2.2. Supletoriedad y compatibilidad con el procedimiento contencioso administrativo ordinario. 2.3. Relación con el recurso de amparo constitucional: Subsidiariedad. 3- Objeto del Recurso. 3.1. Derechos protegidos. 3.2. Causa de la lesión. 3.3. Pretensiones del recurrente. 4- Sujetos intervinientes en el procedimiento. 4.1. Legitimación activa. 4.2. Legitimación pasiva. 4.3. El órgano judicial. 5- Tramitación del Procedimiento. 5.1. Iniciación del procedimiento. 5.2. Reclamación y remisión del expediente. 5.3. Emplazamiento y personación. 5.4. Trámite de admisión. 5.5. Formalización de la demanda. 5.6. Alegaciones. 5.7. Periodo probatorio. 5.8. Finalización del proceso. 6- Derecho de reunión. 6.1. El derecho de reunión en la CE de 1978. 6.2. Protección judicial especial del derecho de reunión. 7- Conclusiones

INDEX: 1. Introduction. 2. Nature of the application for protection of fundamental rights in the jurisdiction for suits under administrative laws. 2.1. "Ex Constitutione" characteristics defining of the special procedure. 2.2. Supplementary application of general administrative laws and compatibility with the contentious-administrative procedure. 2.3. Relationship with the application for a declaration of fundamental rights (recurso de amparo) in the Constitutional Court: subsidiarity. 3. Object of the application. 3.1. Fundamental rights safeguarded. 3.2. Causes of tort. 3.3. Claims of the applicant. 4. The parties and the court. 5. Formalities of the proceedings. 5.1. Institution of the proceedings. 5.2. Request to send the administrative enquire before the Court. 5.3. Citation and appearance in Court. 5.4. Examination of admissibility. 5.5. Statements of the claims. 5.6. Detailed allegations. 5.7. Time allotted for producing evidences. 5.8. Conclusion of the proceedings. 6. Freedom of assembly. 6.1. Freedom of assembly under spanish Constitution of 1978. 6.2. Special jurisdictional protection of 'freedom of assembly'. 7. Conclusions.

PALABRAS CLAVE: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: naturaleza y desarrollo legislativo en el orden contencioso administrativo • Derecho a la tutela judicial efectiva: contenido • Derecho de reunión: contenido esencial y peculiaridades de su protección.

WORDS KEY: Jurisdictional protection of Fundamental Rights • Nature and regulations of the proceedings in the Administrative division of the Courts • Right to effective protection of the court (due process): contents • Freedom of assembly: contents and particularities of its protection.

1. INTRODUCCIÓN

El verdadero motor que impulsó los movimientos constitucionalistas de clara inspiración ius-naturalista que culminaron con la racionalización del Estado a través de las Constituciones escritas y de las Declaraciones de Derechos a las que se remitían, fue el reconocimiento de la dignidad



humana –y de la igualdad y la libertad de todo hombre en que se concreta– como principio básico de todo ordenamiento jurídico del cual derivan un conjunto de derechos que son inherentes a ese concepto de dignidad¹. El Estado Constitucional, tal y como ha sido configurado desde sus orígenes, supone un sistema de equilibrio de poderes y una definición de los derechos que van a quedar garantizados por esa división y limitación de poder².

Precisamente en la Constitución española de 1978 (en adelante CE) el principio de la dignidad de la persona abre el Título I³, constituyéndose en fuente de inspiración de nuestra extensa Declaración de Derechos y de su mismo sistema de garantías previsto en el Capítulo IV (artículos 53 y 54). Porque el reconocimiento y una eficaz tutela de los derechos fundamentales constituyen la más elemental garantía de los derechos de la persona⁴.

Dentro del sistema de tutela de los derechos, el segundo apartado del artículo 53 de la CE acoge las llamadas garantías jurisdiccionales, reservadas únicamente para el principio de igualdad del artículo 14 y los derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo I, así como para la objeción de conciencia. Se ordena en él la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por medio de dos vías. La primera: un procedimiento judicial preferente y sumario encomendado a los “tribunales ordinarios”, y la segunda: un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que, como es bien sabido no forma parte del Poder Judicial, para el caso que la protección de los mismos no se obtuviera por la primera vía.

La garantía jurisdiccional de los derechos no termina aquí, pues una protección adicional viene ofrecida por la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su defensa⁵.

¹ Sobre la conceptualización de los derechos fundamentales como concepto histórico, concreción de las facultades e instituciones que en cada momento realizan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad, puede consultarse Pérez Luño, E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 48 y ss. Sobre la centralidad del concepto de dignidad humana, como fórmula omnicomprendiva y fundante y presupuesto, al mismo tiempo, lógico e ideológico, de las modernas Constituciones, véase la magnífica obra de Spadaro, A.: *Contributo per una teoria della Costituzione* (vol. I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico), Giuffrè editore, Milán, 1994, especialmente, págs. 69-76.

² *Cifra*. Fernández Sesegado, F.: “Suspensión de los derechos fundamentales. Comentario introductorio al Capítulo V” en Alzaga, O.: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV (artículos 39–55), Edersa, Madrid, 1996, págs. 583–584.

³ Para una visión más amplia del concepto de dignidad humana y de su valor central en el Título I de la Constitución española de 1978 como razón de ser, fin y límite de los derechos pueden consultarse González Pérez, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, *passim* y Alegre Martínez, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento español*, Universidad de León, León, 1996, *passim*.

⁴ González Pérez, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de Julio)*, Civitas, Madrid, 1998. Pág. 1885.

⁵ Renunciamos a realizar un tratamiento más extenso del tema, para ello puede consultarse: Bujosa Vadell, L. M.: *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997; Ruiz Miguel, C.: *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el Derecho nacional y el internacional*, Tecnos, Madrid, 1997; Robles Morchón, G.: *Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1996; Aparicio Pérez, M. A. y González Ruiz, F.: *Acta única y derechos fundamentales: una introducción a los sistemas europeos supranacionales de reconocimiento de derechos humanos*, Signo, Barcelona; 1992; Pérez Tremps, P.: “Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional en la protección de los derechos fundamentales” en Anuario de

Este tipo de garantía ha sido considerado por muchos⁶ como la piedra angular del sistema de protección de los derechos fundamentales, hasta el punto de que KELSEN afirmaba que las Declaraciones de Derechos atribuyen al individuo un derecho en el sentido técnico de la palabra sólo si aquél tiene la posibilidad de reclamar en juicio contra un acto inconstitucional del órgano y, especialmente, si puede poner en movimiento un procedimiento que anule el acto inconstitucional⁷. Por ello, a partir del periodo de entreguerras empiezan a generalizarse los instrumentos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, siendo nuestra Constitución de la II República⁸ una de las que más tempranamente incorporaron estos instrumentos de salvaguardia de los derechos en ella reconocidos de forma prácticamente idéntica a nuestra Constitución vigente. En aquélla, el artículo 105 ordenaba a la ley⁹ la organización de los Tribunales de Urgencia para el amparo de las garantías individuales y el artículo 121 fijaba que el Tribunal de Garantías Constitucionales conocería del recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante

la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura, núm. 10, 1992, pp. 73 y ss; Requejo Pajés, J. L.: “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales” en Revista española de Derecho Constitucional, núm. 35, 1992, pág. 179 y ss. Alonso García, R.: “Derechos fundamentales y Comunidades Europeas” en S. Martín-Retortillo Baquer (coord.); Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, Civitas, tomo II, págs. 799 y ss, Madrid, 1991; Alonso García, R., y Baño Leon, J. M.: “El Recurso de amparo frente a la negativa a plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea”, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 29, 1990, pp. 193 y ss.

⁶ Vid. en este sentido Peces-Barba Martínez, G.: *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1995, pág. 513.

⁷ Citado por Carrillo, M.: *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, BOE-CEC, Madrid, 1995. Pág.s 29-30.

⁸ No obstante, la protección judicial de los derechos fundamentales presenta un antecedente remoto en nuestro Derecho histórico, pues un Decreto de las Cortes de Cádiz de 28 de noviembre de 1812 atribuyó a los Tribunales del Reino la competencia de conocer con preferencia sobre cualquier otro asunto de las infracciones de la Constitución. Esta atribución, escasamente utilizada en la práctica, era a nuestro juicio difícilmente compatible con la letra de la Constitución que atribuía esta misión a la Cortes, tal y como puede desprenderse de lo establecido en los artículos 261: “*Toda a este Supremo Tribunal: (...) Décimo: Oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al rey con los fundamentos que hubiere, para que se promueva la conveniente declaración en las Cortes*” y 372: “*Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a aquella*”. No obstante, no podemos olvidar que en estos momentos la Constitución no era verdaderamente considerada texto normativo directamente aplicable, sino que necesariamente era imprescindible la mediación del legislador, intérprete auténtico de la voluntad general y, en consecuencia, también del texto constitucional. Vid. Terol Becerra, M. J.: “Sobre la interpretación de la constitución y la ley en España” en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 15, 1993. Pág.s 183-235.

⁹ Que nunca llegaría aprobarse por la corta y accidentada duración de nuestra II República. Por eso, la Ley orgánica reguladora del Tribunal de Garantías Constitucionales dispuso transitoriamente, mientras no se aprobase la ley que creara los Tribunales de Urgencia, que la vía previa se sustanciaría ante el órgano legislativo, ejecutivo o judicial que hubiese conculcado el derecho. Díez-Picazo Giménez, I.: “El artículo 53.2 de la Constitución: Interpretación y alternativas de desarrollo” en De LA Oliva Santos, A. y Díez-Picazo Giménez, I.: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. (Dos ensayos), McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 90. Para una visión más extensa del Tribunal de Garantías Constitucionales puede consultarse González Rivas, J. J.: *La justicia constitucional: Derecho comparado y español*, EDERSA, Madrid, 1985.

otras autoridades¹⁰. Por tanto, la fórmula de la Constitución de 1931 era considerar el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales como un recurso excepcional y subsidiario que únicamente procedía en caso de fallar la protección ordinaria –que otorgaban los Tribunales de Urgencia, específicamente creados a para tal fin– y no como un cauce de apelación que enjuiciase aspectos de legalidad al modo de los Tribunales ordinarios¹¹.

Este mismo sistema se ha mantenido sustancialmente en el artículo 53.2 de la CE y en su legislación de desarrollo. De forma, que tanto la LOTC como la Ley 29/1998, *de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* y anteriormente la Ley 62/1978, *de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*, se construyen sobre la base del carácter previo de la tutela por los tribunales¹² y la subsidiariedad y excepcionalidad de la protección otorgada por el Tribunal Constitucional, como veremos brevemente más adelante.

El objeto de este trabajo es el estudio del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona tal y como ha quedado configurado por la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa y de los principales problemas constitucionales que plantea su aplicación. Para lo cual, es presupuesto ineludible describir sucintamente al hilo de la exposición, los principales hitos marcados por la Ley 62/1978, precedente inmediato de la regulación vigente y cuya estructura esencial mantiene la Ley 29/1998. Aunque como tratará de demostrarse, esta última ha supuesto una disminución de las garantías y un menoscabo de la situación privilegiada y favorable de la que disfrutaba el administrado en la anterior regulación.

2. NATURALEZA DEL RECURSO DE AMPARO JUDICIAL EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como es bien sabido, la Ley 62/1978 ha constituido durante mucho tiempo la vía principal de protección de los derechos fundamentales, especialmente cuando la lesión provenía de un acto de los poderes públicos. Sin embargo, se da la circunstancia de que esta norma fue aprobada con un día de antelación a la propia norma constitucional con carácter transitorio, para otorgar un cauce de protección a los derechos y libertades en tanto terminaba de aprobarse la Norma Fundamental¹³.

¹⁰ Sobre los antecedentes de los recursos de amparo judicial y constitucional en nuestro constitucionalismo histórico y la influencia que en su configuración tuvo la Constitución mejicana de Querátaro (1917), puede consultarse García Morillo, J.: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 55 y ss.; Carrillo, M.: *La tutela...*, *op. cit.*, págs. 40 y ss.; Tomé García, J. A.: *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios* (CE y leyes de desarrollo), ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pág. 155 y García Ruiz, J. L.: *El recurso de amparo en el Derecho español*, ed. Nacional, Madrid, 1980, págs. 59 y ss.

¹¹ *Cifra*. Carrillo, M.: *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 41.

¹² Lo cual no es sino una concreción del propio artículo 24 de la CE que encomienda a los tribunales ordinarios la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, sin indefensión. Veremos a lo largo de este trabajo como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este derecho impregna toda la aplicación e interpretación judicial de este procedimiento especial. Véanse en este sentido las SSTC 10/2001 y 105/1997.

¹³ El origen de esta norma se encuentra en los Pactos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977, suscritos entre las principales fuerzas políticas con representación parlamentaria. De ahí que el ámbito material de la Ley no coincida exactamente con los derechos incorporados en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, sino con aquellos derechos que se consideró necesitado de protección urgente en los citados pactos y que precisamente venía constituido por aquellos

No obstante, y pese a diversos intentos de efectuar el desarrollo legislativo del artículo 53.2 de la CE, éste no vino a producirse, manteniéndose la vigencia de la Ley 62/1978 prácticamente sin modificaciones durante veinte años¹⁴.

La Ley 62/1978 tradujo la exigencia constitucional de desarrollar “un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. Sin embargo, sería éste un texto legal en el que se regulaban realmente tres tipos de procedimientos: penal (artículos 2 a 5), contencioso-administrativo (artículos 6-10) y civil (artículos 11 a 15), en función de la naturaleza del acto que lesiona el derecho fundamental. Por ello, si la lesión derivaba de un acto que pudiera ser constitutivo de delito o falta se utilizaría la garantía penal, si la vulneración del derecho se producía por un acto de los poderes públicos, la contencioso administrativa o si se originaba en el curso de una relación de naturaleza civil, la civil (que como siempre es el procedimiento subsidiario). No obstante, la LO 2/1989, *Procesal Militar* y la *Ley de Procedimiento Laboral*, vinieron a romper esta unidad de regulación, mediante la creación de nuevos trámites para el caso de que la lesión se realizase en una relación de carácter laboral o militar. A ello hay que añadir los procedimientos especialísimos para la defensa igualmente de determinados derechos muy concretos: el honor, la intimidad personal y la propia imagen,¹⁵ la libertad personal¹⁶ y, hasta la aprobación de la actual Ley de la Jurisdicción Contenciosa, el derecho de reunión¹⁷.

La Ley 29/1998, por tanto, continúa con esta regulación sectorializada de los procedimientos de protección judicial de los derechos fundamentales, aunque al igual que hiciera antes la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley de Procedimiento Militar, la incorpora a la Ley procesal específica en materia contenciosa, quedando expresamente derogados por la Disposición derogatoria Segunda c) los artículos 6-10 de la Ley 62/1978.

2.1. Características ex Constitutione definitorias del procedimiento especial

La regulación de la garantía judicial de los derechos 14 a 29 de la CE deriva, como se adelantó más arriba, del propio artículo 53.2 de la Norma fundamental. En este precepto se recogen los

que tenían un mayor significado político. Ello obligó a que nada más aprobarse la constitución se hiciera necesario una reforma de la Ley para adaptar su ámbito de protección a los derechos indicados por el artículo 53.2 CE. Adaptación que se produjo a través del Real Decreto-Legislativo 1/1979 y la LOTC. Para examinar esta cuestión con más detenimiento puede consultarse García morillo, J.: *La protección...*, *op. cit.*, pág. 73 y ss. y Carrillo, M.: “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en Cuadernos de Derecho Público, núm. 7 (La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria) mayo-agosto, 1999, pág. 156.

¹⁴ Un breve resumen de estos intentos puede encontrarse en Tornos Mas, J: “El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona” en Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M. (Directores): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 1999 y más extensamente en Díez-Picazo Giménez, I.: “El artículo 53.2 ...”, *op. cit.*, págs 105-108.

¹⁵ Ley Orgánica 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹⁶ Ley Orgánica 6/1984, reguladora del *Habeas Corpus*.

¹⁷ *Vid. infra. (6- El derecho de reunión)*. Actualmente la protección jurisdiccional del derecho de reunión se encuentra regulado en el artículo 122 de la LJCA. Anteriormente, venía regulado por la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del derecho de reunión.

rasgos mínimos que ha de respetar la legislación reguladora del procedimiento especial: ámbito material, sujetos protegidos y, por lo que ahora nos interesa, las notas definitorias de la preferencia y la sumariedad, tantas veces traídas a colación por la Tribunal Constitucional y sin las cuales la eficacia de las garantías de los derechos fundamentales puede convertirse en meramente ilusoria:

“Junto a tales consideraciones de orden teórico se une otra de carácter práctico que aboga también por la innecesidad del acto de conciliación como presupuesto procesal de las demandas que tengan por objeto el restablecimiento de un derecho fundamental y es la exigencia derivada del artículo 53.2 CE, en virtud del cual los procesos ordinarios de amparo han de estar presididos por los principios de «preferencia» y de «sumariedad». La preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son «sumarios», sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a «rapidez». En definitiva, por proceso «sumario» tan sólo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados”¹⁸.

Estas notas impregnan el contenido de todas las fases procedimentales como puede desprenderse de la siguiente referencia:

Desde esta perspectiva, procede señalar ante todo que las garantías procesales especiales que establece el artículo 53.2 CE y que, en el momento actual, son las contenidas en la Ley 62/1978 de 26 Diciembre, constituyen un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales. Ello significa que, sin daño de las exigencias derivadas de los principios de preferencia y sumariedad que, según el referido precepto constitucional, caracterizan estos procedimientos especiales, las reglas legales sobre su admisión y tramitación deben interpretarse siempre conforme a aquella finalidad de garantía suplementaria o reforzada, de donde se deduce que una interpretación restrictiva o rigorista de las mismas que dificulte más allá de lo razonable el ejercicio de la acción en tales casos carece de justificación y no puede considerarse conforme a la CE.

2.2. Preferencia

Por preferencia ha de entenderse, tal y como se desprende de la STC anteriormente transcrita, que la tramitación de estos procedimientos se producirá con anterioridad a cualquier otro con independencia del orden de entrada en el Juzgado o Tribunal. Sin embargo, debemos tener presente, como advierte Marc Carrillo, que la noción de la preferencia es siempre un concepto relacional que viene atenuada por la propia situación material de la Administración de Justicia y la capacidad organizativa de ésta para hacer frente a la creciente acumulación de causas planteadas para la reparación a los recurrentes de los derechos y libertades presuntamente violados.¹⁹

La Ley 29/1998 hace mención expresa a esta nota en el apartado tercero del artículo 114 cuando dice “A todos los efectos la tramitación de estos recursos tendrá carácter preferente” y en el artículo 66 donde manifiesta que “Los recursos directos contra disposiciones generales gozarán de preferencia y, una vez conclusos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales”.

¹⁸ Cifra STC 81/1992.

¹⁹ Carrillo, M: La tutela..., *op. cit.*, pág. 50.

2.3. Sumariedad

Esta nota no puede ser entendida en su sentido procesal técnico²⁰, sino que sumariedad en este ámbito es, la mayoría de las veces, sinónimo de celeridad o urgencia.

No obstante, el concepto de sumariedad no es pacífico ni en la doctrina²¹ ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Pues si bien es cierto que en ocasiones se identifica con celeridad:

Por lo tanto, al establecer el art. 53.2 C.E. que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que el citado precepto impone es un mandato al legislador de regular una vía procesal rápida para la protección de los derechos y libertades señalados (STC 113/1995)²²

Constituye una peculiaridad específica del procedimiento regulado en la Sección II de la Ley 62/78, que lo singulariza frente al recurso contencioso-administrativo ordinario, su naturaleza sumaria, que se traduce en una abreviación de los plazos procesales, en la suspensión de determinados trámites y en una concentración de los mismos, cuando lo que puede estar en juego es la intangibilidad de un derecho fundamental. (STS 18 de enero de 1993)

Otras veces, por sumariedad se entiende la idea de un proceso de objeto limitado en el que sólo pueden ejercitarse las pretensiones fundadas en la lesión de un derecho fundamental, nota que distinguiría al procedimiento especial del ordinario²³.

La garantía contencioso-administrativa que configura la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona consiste en un proceso caracterizado, además de por su naturaleza preferente y la mayor brevedad de sus trámites, por su especialidad y sumariedad, en el sentido de que tan sólo puede enjuiciarse en el mismo la conformidad del acto o disposición objeto del recurso con los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución (artículo 6.1 de la Ley 62/1978, en conexión con la disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) (STC 84/1987).

El proceso contencioso-administrativo especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales es un proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE); pero sumariedad no en un sentido propio o cualitativo, sino cuantitativo que no impide la producción del efecto de cosa juzgada material, aunque ésta se encuentra limitada por el objeto específico del propio procedimiento que resuelve.

Por consiguiente, si la sentencia recaída en el procedimiento especial anula plenamente el acto o el acuerdo impugnado, la sentencia producirá plenos efectos de cosa juzgada (no sólo entre las partes sino respecto a todas las personas afectadas,

²⁰ Es decir, un proceso caracterizado por la ausencia de efectos de cosa juzgada material, la limitación de cognición del juez y de los medios de prueba y alegación de las partes.

²¹ Con relación a esta confusión puede consultarse García Morillo, J.: La protección..., *op. cit.* págs 86 y ss., que advierte que en este punto podemos encontrar tres posiciones doctrinales: quienes identifican sumariedad con proceso rápido, acelerado o urgente, quienes lo identifican con procedimiento de objeto limitado al análisis de los supuestos de lesión de los derechos fundamentales, produciendo los efectos de cosa juzgada material en esta materia y por último quienes consideran que por sumariedad debe entenderse ambas cosas. No obstante, este autor concluye que la sumariedad debe entenderse en el doble sentido de procedimiento acelerado, rápido y abreviado, por una parte, y procedimiento con objeto limitado y desprovisto de formalidades por otra, lo cual es coherente con el carácter excepcional del procedimiento especial (*ífr.* pág 93) y evita efectos claramente indeseables como la utilización abusiva y sin justificación de este procedimiento (*ífr.* pág. 96). Postura que igualmente defendemos.

²² También puede verse en este sentido la STC 81/1992 citada anteriormente

²³ También definida en otras ocasiones como sumariedad cualitativa o especialidad, porque es ésta el verdadero *leit motif* de la existencia del procedimiento especial y, por tanto, del tratamiento procesal diferenciado y más favorable al recurrente. Véase por citar una de las más recientes la STC 116/2001. Sobre las consecuencias que se derivan de la nota de especialidad puede consultarse Carrillo, M: La tutela..., *op. cit.*, pág

artículo 86.2 LJCA); pero si la sentencia es desestimatoria o, (...), es sólo parcialmente estimatoria, el efecto negativo o excluyente queda limitado a las partes y al objeto debatido en el proceso; esto es, a la pretensión basada en la infracción del ordenamiento jurídico constitutiva de la lesión de los derechos fundamentales invocada en el proceso seguido conforme a la Ley 62/1978. Por tanto, la referida sentencia dictada no impide una nueva impugnación del acto o acuerdo, en la parte en que no ha sido anulada por la sentencia previa, basada en cualquier otra infracción del ordenamiento jurídico distinta de la contemplada en ella, de mera legalidad ordinaria, o, incluso, en la vulneración de otro derecho fundamental no considerada en el proceso especial resuelto.²⁴

La Ley 29/1998 evita pronunciarse sobre esta cuestión y omite toda referencia a la sumariedad, tanto en su articulado como en la Exposición de Motivos²⁵, aunque el artículo 114. 2º restringe, como veremos, la *causa petendi* al restablecimiento o preservación del derecho fundamental invocado, al mismo tiempo que configura el procedimiento como un proceso rápido, que, si se cumplen los plazos señalados en la ley, podría tramitarse en menos de tres meses. Por tanto, se acogen las dos características: cognición limitada y celeridad y ambas son compatibles con la literalidad de artículo 53.2º de la CE.

2.4. *Supletoriedad y compatibilidad con el procedimiento contencioso administrativo ordinario*

La Ley 29/1998, al igual que anteriormente la Ley 62/1978, establece que las normas generales que regulan el procedimiento ordinario son supletorias de lo dispuesto en el Capítulo I del Título V (artículos 114 a 122). Este criterio también había sido reiterado por la Jurisprudencia²⁶, que además había advertido que la supletoriedad únicamente aplicable en la medida en que resulte inexcusable el cumplimiento de un trámite previsto en el procedimiento especial, pero no para establecer que una resolución pueda ser objeto de recursos no previstos por éste y que además esté en abierta contradicción con la tramitación urgente y plazos más abreviados que rigen en este procedimiento.²⁷

En este punto, a nuestro juicio, puede plantearse un problema esencial que viene dado por el hecho de que la mayor lentitud del procedimiento puede hacer perder su eficacia al procedimiento especial. Hay que tener en cuenta, por ejemplo, que la ley partiendo, como no podía ser de otra forma, de la subsidiariedad de la protección del Tribunal Constitucional permite siempre, como veremos, la apelación de la sentencia o no exige el requisito de la cuantía en el recurso de casación y, sin embargo, no prevé ningún tipo de particularidad en su sustanciación. Esta cuestión debería ser tenida en cuenta por los Tribunales que, al menos en lo que a ellos les toca, han de procurar efectuar una tramitación preferente de este tipo de procesos.

Otra de las cuestiones que plantea más problemáticas a partir de ahora creemos que va a ser la de la compatibilidad del proceso especial y del procedimiento contencioso-administrativo ordina-

²⁴ STS 30 de enero de 1998, en el mismo sentido pueden también consultarse STS 16 de enero de 1998, STJ- Madrid de 25 de septiembre de 1997, STJ- Cataluña de 6 de junio de 1997, entre otras muchas

²⁵ En esta última se califica al recurso como preferente y urgente.

²⁶ En este sentido, pueden verse STS 3 de octubre de 1980, ATS 16 de mayo de 1982, STS de 7 septiembre de 1987, STS 7 de octubre de 1987, ATS 1 de diciembre de 1987, ATS 18 de mayo de 1988, ATS 2 de noviembre de 1990, STS 13 de marzo de 1991, ATS 12 de junio de 1991, ATS 24 de marzo de 1992, STS 23 de febrero de 1993, STS de 15 de marzo de 1993, STS 20 junio de 1994, STS 20 de febrero de 1995, STS 3 de diciembre de 1999, entre otras muchas.

²⁷ ATS 2 noviembre de 1990.

rio. Durante la vigencia de la Ley 62/1978 tanto la doctrina²⁸, como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo²⁹ en este punto ha sido constante, y se ha mostrado siempre favorable a la compatibilidad de ambos tipos de procedimientos, basando su argumentación de un lado en la brevedad de los plazos para la interposición del recurso especial, de otro en el objeto limitado del procedimiento especial y por último, en la distinción jurisprudencial entre legalidad ordinaria y constitucionalidad³⁰, pues de otra forma podía verse impedido en exceso el acceso a la tutela judicial.

De la jurisprudencia antes mencionada, en aplicación de la Ley 62/1978, pueden extraerse las siguientes consecuencias:

1- el recurrente tenía la opción para escoger entre el procedimiento especial de la Ley 62/1978 y el procedimiento contencioso ordinario previsto en la LJCA de 1956 o ejercitar ambas acciones de forma simultánea. Lo que puede deducirse de la Disposición Transitoria Segunda de la LOTC en la que se establece lo siguiente:

“(...) 2. En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53. 2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53. 2 de la Constitución. LOTC”

En este punto debemos diferenciar entre los siguientes supuestos:

a) Si ejercía el procedimiento especial, el objeto del proceso quedaba limitado a cuestiones de carácter constitucional, de forma que si para apreciar la lesión del derecho fundamental había que analizar previamente la legalidad del propio acto se rebasaba el ámbito propio de la Ley 62/1978.

²⁸ Un tratamiento de la cuestión más extenso puede consultarse en González Pérez, J.: Comentarios..., *op. cit.* pág. 1892 y ss., Carrillo, M.: La tutela..., *op. cit.*, págs. 60 y ss., Tomé García, J. A.: Protección procesal..., *op. cit.*, págs. 145 y ss., y García Morillo, J.: La protección..., *op. cit.*, págs. 71 y ss. y 130 y ss.

²⁹ El tratamiento sistemático de esta jurisprudencia puede verse en Navarro Pérez, J. I.: *Práctica procesal contencioso-administrativa sobre protección de los derechos fundamentales*, Comares, Madrid, 1995, págs. 11 y ss, y González Salinas, E.: *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales (Jurisprudencia del TC y del TS)*, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 1994, págs. 340 y ss.

³⁰ Que ha sido corregida por la Ley 29/1998, al ampliar el ámbito de las pretensiones y del contenido de la Sentencia, como veremos. Resulta muy expresiva la Exposición de Motivos de la Ley: “Se trae al texto de la Ley Jurisdiccional la regulación del proceso especial en materia de derechos fundamentales, con el mismo carácter preferente y urgente que ya tiene y con importantes variaciones sobre la normativa vigente, cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal. La más relevante novedad es el tratamiento del objeto del recurso –y, por tanto, de la Sentencia– de acuerdo con el fundamento común de los procesos contencioso-administrativos, esto es, contemplando la lesión de los derechos susceptibles de amparo desde la perspectiva de la conformidad de la actuación administrativa con el ordenamiento jurídico. La Ley pretende superar, por tanto, la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos”.

Por tanto, el recurrente había de renunciar al planteamiento de cuestiones de legalidad sobre el acto impugnado.³¹

b) Si impugnaba el acto por medio de la vía ordinaria, podía plantear los vicios de legalidad ordinaria del acto lesivo del derecho fundamental así como aquellos otros que hubiesen supuesto el desconocimiento del derecho fundamental.

c) Si ejercía ambas de forma simultánea, el procedimiento especial quedaba reservado para las cuestiones de constitucionalidad y el ordinario para las de legalidad. No obstante, las decisiones que el tribunal hubiese adoptado en el proceso especial no podían ser revisadas en el procedimiento ordinario, quedando libre la vía del recurso de amparo, con independencia de que la protección del derecho fundamental no hubiera sido estimada por razones procesales o sustantivas.

2- Ambas vías abrían el acceso al amparo constitucional. No obstante, si se utilizaban simultáneamente, es la de la ley 62/1978 la que abre el acceso al amparo constitucional, y no la ordinaria, de forma que si no se instaba el amparo tras recaer sentencia en el procedimiento especial, su solicitud (por la violación del derecho fundamental alegada en el primer proceso) tras recaer sentencia en el ordinario debía ser inadmitida por extemporánea³².

A modo de ejemplo, puede citarse la STC 30 de enero de 1998:

“Pues, como han señalado tanto la jurisprudencia de esta Sala como la doctrina del TC, la opción de acudir a la vía procesal de la Ley 62/1978 para obtener la tutela judicial de los derechos fundamentales, no obsta para que se pretenda luego la nulidad del acuerdo, en la parte en que no hubiera sido anulada por la sentencia dictada en dicho proceso especial, por vicios distintos o de legalidad ordinaria. Ahora bien, cuando se interponen las dos clases de proceso, el especial y el ordinario y ha sido aquél desestimado en cuando al fondo, en todo o en parte, la nueva revisión jurisdiccional del acuerdo o de la parte de él que queda subsistente ha de quedar ceñida en el proceso ordinario a las cuestiones de mera legalidad ordinaria o a la eventual vulneración de derechos fundamentales no contemplada en la sentencia recaída en el proceso especial, porque lo que sí queda vedado es un segundo pronunciamiento en el proceso ordinario sobre la lesión de derechos fundamentales que ya fue excluida en la vía procesal previamente utilizada prevista en la Ley 62/1978”.

Resumiendo, la doctrina constitucional expuesta se funda en el deslinde entre cuestiones de legalidad ordinaria y cuestiones de constitucionalidad; distinción que no siempre ha sido fácil³³, cuando no imposible, especialmente en los derechos de configuración legal.

³¹ Una línea jurisprudencial había establecido que en el caso de que se hubiera incoado erróneamente el procedimiento especial, el tribunal ordinario no debía declarar la inadmisibilidad del procedimiento, sino simplemente, seguir los trámites del procedimiento ordinario (ver en este sentido, ATS 22 de febrero de 1985). Sin embargo, el Supremo se apartó pronto de esta línea, para pasar a considerar, que en estos casos lo que procedía era la inadmisibilidad por falta de adecuación al objeto del procedimiento (ATS 8 junio de 1992), sin perjuicio de que si todavía estaba en plazo (nunca en caso de que éste hubiera precluido) pudiera solicitar la protección por vía ordinaria de su derecho por motivos distintos de los enjuiciados en este proceso, dados los efectos de cosa juzgada material del mismo. También se mantenía abierta la posibilidad de que si consideraba que dicho acto realmente era lesivo de un derecho fundamental y la vía procedente era la de la Ley 62/1978, pudiese acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, entendiéndose a estos efectos agotada vía previa como consecuencia de la decisión de inadmisibilidad.

³² García Morillo, J.: La protección..., *op. cit.* pág. 132. En sentido contrario Siens Motilla, C: *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 56 y ss.

³³ Mucho más, cuando el Tribunal Constitucional, en muchas ocasiones no se ha resistido a pronunciarse sobre cuestiones de legalidad ordinaria. En este sentido, vid. *infra* nota 44.

Sin embargo creemos que esta interpretación debe necesariamente verse modificada tras la aprobación de la Ley 29/1998, en la que como ya hemos adelantado y será tratado con más detenimiento en el próximo epígrafe al analizar el objeto del proceso, se acoge expresamente el criterio de que las partes podrán solicitar cualquier pretensión propia de un procedimiento contencioso-administrativo, siempre que tenga por finalidad restablecer o preservar los derechos o libertades que han provocado la formulación del recurso (artículo 114. 2º). Lo cual supone incluir pretensiones de legalidad ordinaria dentro del ámbito del procedimiento especial, siempre y cuando estuviesen relacionadas con la propia lesión del derecho. Se diluyen, entonces, las diferencias entre el procedimiento ordinario y el especial cuando ambos tengan por objeto la lesión de un derecho fundamental, quedando reducida a la mayor o menor rapidez en la tramitación del mismo. Por tanto, consideramos que esta reforma de la Ley hace perder su sentido a la posibilidad de ejercer simultáneamente ambos tipos de procesos, debiendo decantarse el actor por el procedimiento ordinario o el especial, en función, normalmente, del plazo de que disponga.³⁴

Además, se nos plantea en este punto la duda de la vigencia de la Disposición Transitoria Segunda, y por tanto de si la Ley 29/1998 puede ser, con respecto a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la ley de desarrollo del artículo 53.2 y, en consecuencia, la única vía previa al amparo constitucional³⁵. No obstante, creemos que esta solución sería completamente incompatible con el propio contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la brevedad del plazo para interponer el recurso en este procedimiento especial (diez días desde la notificación de la resolución impugnada), puede llegar a impedir el acceso al proceso y a la resolución de fondo sobre los derechos e intereses legítimos que integran este derecho.

Bien es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, y que por lo tanto su ejercicio depende del cumplimiento de una serie de requisitos legales, cuya exigencia no puede considerarse un obstáculo al ejercicio de este derecho fundamental. No obstante, el Tribunal Constitucional ha sentado una línea jurisprudencial que parte de la consideración de los requisitos procesales no como un fin en sí mismos³⁶, sino como un medio para la ordenación

³⁴ De igual opinión es Marc Carrillo: “La protección jurisdiccional...”, *op. cit.* págs 162-165, para quien la nueva ley conducirá necesariamente a la desaparición de la simultaneidad de procedimientos, de manera que la relación entre ambos será ineluctablemente de alternatividad. Hasta el momento, durante los casi tres años de vigencia de la ley, apenas si han existido pronunciamientos sobre el tema, lo cual demuestra la rotundidad con que se expresa la ley y su Exposición de motivos en la ampliación de las pretensiones de las partes. No obstante, aún continúan sustanciándose numerosos recursos por la vía de la Ley 62/1978 debido a la existencia de un régimen transitorio en virtud del cual los recursos interpuestos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley se tramitarán por las normas que estaban en vigor en la fecha de su iniciación (Disposición transitoria segunda). Algunas sentencias recogen ya esta modificación introducida por la Ley 29/1998 (Véanse SSTSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 1999, 14 de enero de 2000 o 21 de enero de 2000). Especialmente sorprendentes son los términos de la STS de 17 de octubre de 2000 que, aunque aplica la ley de 1998, restringe su jurisdicción a asuntos de constitucionalidad de forma que interesa a la parte actora la interposición de un recurso contencioso ordinario para el análisis de las cuestiones de legalidad ordinaria vinculadas a los actos administrativos impugnados en el mismo proceso.

³⁵ En favor de esta solución se manifiesta Tornos Mas, J: “El procedimiento especial”, *op. cit.* pág. 515.

³⁶ SSTC 88/2001, 59/1989, 175/1988, 118/1987 y 36/1986, entre otras muchas.

del proceso y de la necesidad de interpretar estos requisitos siempre de la forma más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso puedan convertirse en formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma.³⁷ Por tanto, cuando las exigencias formales obstaculicen de modo excesivo e irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o bien en el caso concreto esos requisitos hayan perdido su finalidad o su incumplimiento pueda convertirse en falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego³⁸. En este caso creemos que la finalidad de las formas del procedimiento abreviado es conseguir una rápida protección de los derechos fundamentales en juego. Por ello es necesario que se mantenga la doble vía de protección de los derechos fundamentales, porque si no, la vigencia en exclusiva del procedimiento especial con unos plazos tan breves (sin duda, necesarios para una rápida protección del derecho), será determinante de indefensión en muchos casos.

2.5. *Relación con el recurso de amparo constitucional: Subsidiariedad*

La vía ordinaria de protección de los derechos fundamentales es encomendada por la CE a los Jueces y Tribunales, ya sea a través del procedimiento especial previsto en los artículos 114 y ss. de la Ley 29/1998, ya por el procedimiento contencioso administrativo ordinario. Lo cual no es sino una consecuencia de los artículos 24 y 117. 3º de la Norma Fundamental en virtud de los cuales corresponde a los jueces y tribunales la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos así como juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Sin embargo, el artículo 53.2º de la CE prevé una segunda garantía jurisdiccional de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y en el 30.2º de la CE: el recurso de amparo constitucional.

La protección del Tribunal Constitucional, por tanto, es configurada por nuestra Norma Fundamental como una garantía extraordinaria y excepcional. El carácter extraordinario deriva de su objeto limitado, pues es un procedimiento que tiene por objeto exclusivo la preservación y el restablecimiento de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 53. 2º cuando se lesione su contenido constitucional³⁹. Su excepcionalidad proviene de que es un instrumento que únicamente tiene cabida cuando fallan las vías ordinarias de protección del derecho fundamental.

Por medio de este recurso, el Tribunal Constitucional efectúa una doble función. De un lado, defiende los derechos de los particulares; de otro, realiza una función que trasciende del ámbito intersubjetivo, pues le permite la determinación de ese núcleo indisponible incluso para el propio legislador. De esta forma, por medio de la interpretación del contenido de los derechos en el caso

³⁷ SSTC 88/2001, 48/1998, 75/1996, 186/1995, 48/1995, 350/1993, 343/1993, 181/1993, 60/1991, 121/1990, 50/1988, 162/1986, 90/1983 y 3/1983, entre otras muchas.

³⁸ STC 118/1987.

³⁹ Lógicamente no tienen cabida pretensiones de legalidad ordinaria que son competencia del poder judicial. En este sentido puede verse las SSTC 14/2000, 2/2000, 97/1995.

concreto pueden extraerse criterios generales de interpretación que además se impondrán a todos los poderes públicos.⁴⁰

De todo esto, y de la propia letra de la CE (“Y, en su caso,”), podemos deducir que el recurso de amparo constitucional es un recurso subsidiario, que sólo procede cuando se ha agotado la vía judicial previa y que exige en todo caso la alegación en sede jurisdiccional ordinaria del derecho fundamental presuntamente vulnerado⁴¹. Esta vía, como hemos avanzado más arriba, en materia contencioso-administrativa viene constituida alternativamente por el procedimiento especial o por el ordinario, y su falta de agotamiento determina la inadmisibilidad del recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 43.1º de la LOTC. Cualquiera que sea la vía procesal elegida por el recurrente, es preciso que también se agoten los recursos admisibles contra la resolución judicial impugnada, esto es, el recurso de apelación y, en su caso, el de casación⁴².

Esta naturaleza subsidiaria del recurso de amparo no implica que el Tribunal Constitucional sea una tercera instancia. Al contrario, es reiterada la doctrina del Alto Tribunal⁴³ que niega este carácter y que reduce su misión a enjuiciar la existencia o no de violación de los derechos constitucionales, no correspondiéndole, con carácter general, revisar los hechos probados ni el derecho aplicado en la resolución judicial.⁴⁴

⁴⁰ Véase en este sentido las SSTC 36/1983, 11/1982, 1/1981, y Carrillo, M: La tutela..., *op. cit.*, pág. 77 y ss.

⁴¹ Véase en este sentido las SSTC 90/2001, 42/2001, 19/2001, 13/2001, 311/2000, 218/2000, 201/2000, 119/1999, 95/1997, 203/1987, 75/1984 y el ATC 90/1992, entre otras muchas decisiones del Alto Tribunal.

⁴² El Tribunal Constitucional tiene abierta una línea jurisprudencial por la cual considera que el agotamiento de la vía previa no exige la interposición de todos los recursos imaginables, sino sólo aquellos que resulten adecuados para la tutela del derecho fundamental (STC 175/2001, 197/1999 y 84/1999)

⁴³ Por todas véase AATC 27/1996, 107/1980 y 106/1980, así como las SSTC 169/2001, 124/2001, 151/1999, 120/1999, 220/1998, 189/1998, 81/1998, 252/1993 y 79/1989.

⁴⁴ Salvo que se trate de una interpretación o aplicación de la legalidad carente de razón o manifiestamente arbitraria, podemos citar como ejemplos (todos ellos relacionados con la inadmisión de una prueba que causa indefensión) SSTC 26/2000, 236/1999, 181/1999, 35/1997, 351/1993, 233/1992, etc. La siguiente cita de la STC 50/1984, nos corrobora esta afirmación: “La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada. La pretensión apoyada en la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede exigir así que este Tribunal analice y pondere, como en muchas ocasiones ha hecho, la interpretación y aplicación de las normas procesales que los órganos del poder judicial han efectuado en un caso concreto, pues ese derecho ha de entenderse vulnerado cuando indebidamente se impide el acceso a los Tribunales o se anulan o reducen las posibilidades de defensa. Es difícilmente imaginable, sin embargo, un supuesto en el que, a partir exclusivamente de una pretensión de este género, deba este Tribunal enjuiciar la aplicación de las normas legales sustantivas llevadas a cabo por la jurisdicción ordinaria y de la que, por hipótesis, no se sigue ningún daño para ningún otro derecho fundamental”. Por tanto, no existe para el Tribunal Constitucional una separación nítida entre los planos de la constitucionalidad y de la legalidad, por lo que en el ejercicio de sus funciones de intérprete máximo de los derechos fundamentales, puede entrar también en el plano de la legalidad ordinaria cuando ésta: a) Se encuentre íntimamente relacionada con los derechos fundamentales, b) no se aplique de acuerdo con la CE, c) se interprete de forma no razonada ni razonable, d) se incurra en error patente. En resumen, la aplicación e interpretación de las normas es una cuestión de legalidad que corresponde a los Jueces y Tribunales, pero no al Tribunal Constitucional,

3. OBJETO DEL RECURSO

Esta materia, así como el contenido de la Sentencia, suponen las mayores modificaciones introducidas por la Ley 29/1998 con respecto al régimen anterior. Con la regulación vigente se pretendió equiparar el tratamiento que del mismo se efectúa en el procedimiento contencioso administrativo y el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, rompiendo así una línea jurisprudencial constante que trataba de separar rígidamente entre constitucionalidad y legalidad⁴⁵. En este epígrafe veremos, por tanto, cuáles son los derechos que caen dentro del ámbito de protección del procedimiento especial, que acciones u omisiones pueden dar lugar a la interposición del recurso y, por último, cuáles son las pretensiones de las partes. Cuestiones que ya apenas se diferencian de su tratamiento en el procedimiento ordinario.

3.1. *Derechos protegidos*

Como hemos dicho ya reiteradamente, el artículo 53. 2º CE legitima a cualquier ciudadano para solicitar la tutela judicial de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera, Capítulo segundo del Título primero de la CE (artículos 15 a 29).

Sin embargo, la Ley 62/1978, tenía un ámbito mucho más reducido, de forma que el artículo 1º.2º, limitaba, sin perjuicio de lo dispuesto en su disposición final, su aplicación “*a las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y el secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público*”.

La Disposición final autorizaba al Gobierno a dictar un Decreto Legislativo en los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la CE, por medio del cual podría incorporar al ámbito de la Ley 62/1978 los nuevos derechos proclamados en la misma. El Gobierno hizo uso de esta facultad por medio del Decreto-Legislativo 1/1979, que sin embargo, todavía no abarcaba todos los derechos a los que se refería el artículo 53.2º de la CE. Problema que solucionó finalmente la Disposición Transitoria Segunda de la LOTC.

Posteriormente, la LO 8/1984, *por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la LOTC*, permite, pese a la falta de previsión constitucional⁴⁶, que contra las resoluciones que denieguen la solicitud de la declaración de objeción de con-

siempre que no afecte a derechos fundamentales. *Cifra*. Chamorro Bernal, F.: *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la CE*, Bosch, Barcelona, 1994, págs 251-253. Muy crítico con esta doctrina jurisprudencial se muestra Andrés de la Oliva Santos, quien se decanta acertadamente a favor de una interpretación mucho más limitada del contenido del artículo 24 de la CE, en orden a evitar las frecuentes invasiones del Tribunal Constitucional en el ámbito funcional propio de la jurisdicción ordinaria. Consúltese en este sentido “Tribunal Constitucional y Jurisdicción ordinaria: Causas, ámbitos y alivios de una tensión” en De La Oliva Santos, A. y Díez-Picazo Giménez, I.: *Tribunal Constitucional...*, *op. cit*, *passim*, aunque especialmente págs 15-25.

⁴⁵ *Vid. supra 2-ii)* “*Supletoriedad y compatibilidad con el procedimiento contencioso administrativo ordinario*”.

⁴⁶ Hasta la aprobación de esta ley, el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 de la CE era susceptible de amparo constitucional, por expresa previsión de la Norma Fundamental, pero no de tutela judicial preferente y sumaria por medio de procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

ciencia, o que tengan un efecto equivalente, pueda interponerse el recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.⁴⁷

Por último, la Ley 29/1998, en el artículo 114.1º se limita a identificar el procedimiento que va a regular en los siguientes artículos con aquel que se encuentra previsto en el artículo 53.2º de la CE, aunque, por supuesto, circunscrito al ámbito contencioso administrativo.

De todo lo dicho, podemos concluir que los derechos que son susceptibles de protección por este procedimiento especial son los recogidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, así como el derecho de objeción de conciencia del artículo 30.2º de la CE, en los términos en que ha quedado expuesto más arriba.

3.2. Causa de la lesión

La actividad de la Administración que puede ser objeto de impugnación ha venido ampliada enormemente por la ley de la Jurisdicción Contenciosa, tanto para el procedimiento contencioso ordinario, como, especialmente, para el procedimiento especial de los artículos 114 y ss.

La Ley 62/1978 era demasiado escueta en este punto, pues simplemente indicaba en su artículo 6.1º que podían ser impugnados mediante este procedimiento los actos de la Administración Pública sujetos a Derecho Administrativo. Expresión que debía ser interpretada, debido a la propia previsión de la Ley, que en su artículo 8.1º hace referencia al silencio administrativo, como integradora no sólo de los actos expuestos sino también de los presuntos.

Esta redacción planteaba numerosas dudas sobre la actividad que podía ser objeto de este recurso. Dudas que fueron resueltas por la jurisprudencia en el sentido de permitir también la impugnación de las disposiciones administrativas y de los reglamentos⁴⁸. Este criterio que fue acogido para el recurso de amparo constitucional por la LOTC que, en sus artículos 41. 2º y 43.1º, concreta que la actividad de los poderes públicos frente a la cual el recurso de amparo ofrece protección viene constituida por la violación de los derechos y libertades de los ciudadanos originadas por los actos jurídicos, las disposiciones o la simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas o demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

La Ley 29/1998 ha puesto fin a las dudas creadas por la legislación anterior, al detallar, en la fijación de los plazos de interposición del recurso (artículo 115.1), cual es esa actividad susceptible de impugnación: los reglamentos, los actos administrativos –expresos o presuntos– la vía de hecho y,

⁴⁷ La Ley 22/1998, de 6 de julio, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva, ha fijado expresamente la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra esta resolución, mientras que la Ley 48/1984, únicamente decía que tal resolución agotaba la vía administrativa.

⁴⁸ Véase sobre esta cuestión Carrillo, M: *La tutela...*, *op. cit.*, pág. 224, García Morillo, J.: *La protección...*, *op. cit.* pág. 103 y ss, González Pérez, J: *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 1903, manifiesta Tornos Mas, J: “El procedimiento especial...”, *op. cit.* pág. 517.

lo realmente novedoso⁴⁹, la propia inactividad de la Administración, siempre que de los mismos quepa deducir una lesión de los derechos y libertades incluidos dentro de su ámbito material⁵⁰.

3.3. Pretensiones del recurrente

También en este punto la Ley 29/1998 introdujo los criterios generales del procedimiento administrativo hasta el punto de que, en abierta contradicción con la jurisprudencia vigente en la materia, el artículo 114. 2º se remite al régimen general previsto en los artículos 31 y 32 de la LJCA, siempre y cuando tengan por finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón del cual el recurso se hubiese formulado.

Como sabemos⁵¹, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo, habían fijado que el procedimiento especial quedaba reservado para el análisis de cuestiones de constitucionalidad, de forma que si para apreciar la lesión del derecho fundamental era necesario comprobar primero la legalidad de la actuación administrativa, la vía judicial procedente era el recurso contencioso ordinario, y no el de protección especial de los derechos fundamentales:

Dado que en el recurso aparece de algún modo diluida la problemática que debe centrar este procedimiento especial, preferente y sumario, conviene comenzar delimitando el objeto de este proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, regulado en los artículos. 6 y ss. de la ley 62/1978, para dejar claro que aparece limitado a los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, de modo que el examen en su seno, como ha mantenido el TS en Sentencia de 14 de Agosto. 1979, no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público influye, daña o infringe dichos derechos fundamentales, debiendo quedar reservada al recurso ordinario cualquier otra cuestión relativa a la legalidad ordinaria del acto o disposición impugnada (SSTC 37/1982 de 16 Junio y 84/1987 de 23 Mayo, y del SSTS 19 Diciembre 1986, 22 Diciembre 1990 y 2 y 7 Junio 1991), por lo que el acto, expreso o presunto, impugnado ha de incidir en la esencia o desarrollo de algún derecho fundamental, lo cual supone que no basta invocar la infracción de uno de los tutelados, sino que se requiere, además, un planteamiento razonable de que ese derecho protegido ha sido vulnerado (SSTS 12 Junio 1984, 7 Diciembre 1987 y 25 Junio 1988).⁵²

La Ley 29/1998 se propone terminar con esta distinción entre constitucionalidad y legalidad, y por eso el artículo 114. 1º (y como veremos, también el 121, al desarrollar el contenido de la sen-

⁴⁹ Se acoge en este punto un criterio que se ha introducido con carácter general en la LJCA, en este punto resulta verdaderamente expresiva la Exposición de Motivos donde se dice: “*Los escasos preceptos incluidos en los dos primeros capítulos del Título III contienen algunas de las innovaciones más importantes que la Ley introduce en nuestro sistema de control judicial de la Administración. Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración. Pero al mismo tiempo, es necesario diferenciar las pretensiones que pueden deducirse en cada caso, pues es evidente que la diversidad de actuaciones y omisiones que pueden ser objeto del recurso no permiten seguir configurando éste como una acción procesal uniforme. Sin merma de sus características comunes, empujando por el nomen iuris, el recurso admite modulaciones de relieve en función del objeto sobre el que recae*”

⁵⁰ Con respecto a los actos de trámite, creemos que debe seguirse el criterio general, fijado en el artículo 25 de la LJCA, que no es sino reproducción del fijado en el artículo 107 de la LRJAP para la interposición del recurso administrativo, en cuya virtud “*los actos de trámite son impugnables si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos*”. Véanse en este sentido la STSJ de Canarias de 4 de enero de 1999 y la STJ de Cataluña de 14 de enero de 2000.

⁵¹ *Vid. supra 2-ii) Supletoriedad y compatibilidad con el procedimiento contencioso administrativo ordinario*”.

⁵² STS 18 diciembre de 1998.

tencia) establece que las pretensiones que pueden ejercitarse en este proceso incluyen las cuestiones de legalidad relacionadas con los derechos fundamentales. Por tanto, el demandante podrá pretender:

a) la declaración de no ser conforme a derecho el acto o la disposición general, y en su caso, solicitar la nulidad del acto.

b) el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su restablecimiento, incluida la indemnización de daños y perjuicios⁵³.

c) cuando la vulneración del derecho fundamental sea consecuencia de la inactividad de la Administración podrá pretender que el órgano jurisdiccional condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos legales establecidos.

d) en los supuestos de vía de hecho, podrá pretender que se declare contraria a derecho la actuación materia de la Administración, que se ordene el cese de la misma y que se adopten las medidas que hemos visto en la letra b).

4. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO

4.1. *Legitimación activa*

De una interpretación rigorista de la Constitución, atendiendo en exclusiva a la literalidad del artículo 53.2º de la Norma Fundamental que alude a “los ciudadanos”, podría extraerse la errónea consecuencia de que únicamente pueden instar este tipo de proceso los españoles. Sin embargo, debemos efectuar una interpretación más amplia de esta noción, pues de otra forma, tal y como acertadamente interpreta García Morillo⁵⁴ podría darse el caso de que una persona fuese titular de un derecho y sin embargo, no pudiera gozar de la protección de los mismos, como ocurriría con todos los derechos de la personalidad que por derivar directamente de la noción de la dignidad humana se reconocen a toda persona natural con independencia de su cualidad de nacional o extranjero. Al mismo tiempo se produciría la absurda paradoja de que la legitimación para recurrir en amparo, en virtud de lo establecido por el artículo 161.1.b) de la CE, fuese más amplia que la de la vía judicial previa. Por tanto, una interpretación sistemática de los artículos 24, 53.2º y 161.1.b) de la Constitución nos debe llevar a concluir que la legitimación para incoar este tipo de procesos debe incluir a toda persona, natural o jurídica⁵⁵, que sea titular de un derecho a de un interés legítimo.

Este mismo criterio puede extraerse de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, donde, a pesar de que el Capítulo I del Título V de la Ley 29/1998 no desarrolla expresamente la cuestión de la legitimación activa para intervenir en este tipo de procesos; sin embargo, ésta puede deducirse de la aplicación supletoria del artículo 19 de la LJCA. De su regulación cabe destacar, sobre todo, que la

⁵³ La posibilidad de ejercitar la pretensión indemnizatoria también había sido puesta en entredicho por la jurisprudencia. Véase en este sentido ATS 12 de julio de 1984 y STS 12 de noviembre de 1992.

⁵⁴ García Morillo, J.: *La protección...*, *op. cit.* pág. 61 y ss.

⁵⁵ La legitimación de las personas jurídico-públicas ha sido rechazada constantemente por el Tribunal, que no obstante, ha admitido en supuestos muy excepcionales cuando no ejercitan potestades públicas y su situación puede asimilarse a la de un ciudadano. Véase STC 175/2000.

ley ya si recoge expresamente la legitimación de toda persona que ostente un derecho o interés legítimo. Cuestión que, aunque ya estaba superada jurisprudencialmente por aplicación directa del artículo 24 de la CE, sin embargo, todavía no había sido acogida por la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956 que aún reflejaba una legitimación más restringida vinculada al concepto más limitado del interés directo⁵⁶.

El Tribunal Supremo ha reconocido también la legitimación activa (o pasiva) del Ministerio Fiscal dada su misión de defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, tal y como reconoce el artículo 124 de la CE y desarrolla su Estatuto Orgánico⁵⁷. Así en la STS 7 de febrero de 1997 se decía:

Partiendo de la base de que, según lo dispuesto en el Art. 162.1.b) C.E. el Ministerio Fiscal tiene legitimación para interponer el recurso de amparo constitucional, y de que el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales es vía jurisdiccional previa de aquel recurso, parece claro que la legitimación de aquel precepto constitucional es base normativa suficiente para fundar la legitimación del Ministerio Fiscal como demandante en la vía jurisdiccional previa.

A mayor abundamiento, el artículo 1º en relación con el 3º.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal son elementos normativos suficientemente precisos para justificar la legitimación que el recurrente niega.

4.2. *Legitimación pasiva*

Este aspecto tampoco es tratado expresamente por los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, con lo cual debemos acudir a las reglas generales establecidas en el artículo 21. Esta regulación ha supuesto una ampliación enorme de los sujetos legitimados pasivamente en el proceso especial con respecto a la Ley 62/1978, que en este punto no hacía sino reproducir a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa de 1956, que simplemente posibilitaba la impugnación de todos los actos de la Administraciones Públicas, sujetos a Derecho Administrativo, que afectasen al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona. Esta ampliación de los sujetos legitimados se produce en un doble ámbito:

De un lado, porque el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, incluye dentro de su ámbito, además de la actuación de las Administraciones Públicas –esto es, de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, de las Entidades que integran la Administración local y las Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas a todas ellas– las actuaciones de los órganos constitucionales en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetas a Derecho Público.

⁵⁶ La STC 252/2000 alude a la recepción de ésta interpretación jurisprudencial del concepto de interés por la Ley 29/1998 y cita la abundantísima jurisprudencia constitucional que existe al respecto. Véanse SSTC 160/1985, 24/1987, 93/1990, 195/1992, 264/1994 y 197/1997 y los AATC 520/1987 y 327/1997. Para una visión más amplia de la problemática vinculada al tema de la legitimación véase Navarro Pérez, J. L.: *Las partes en el proceso Contencioso-administrativo (Estudio sistemático de los artículos 18 a 24 Ley 29/1998, de 13 de julio*, ed. Ibarra de Arce, Córdoba, 2000.

⁵⁷ En contra de la legitimación activa del Ministerio Fiscal deducible, a su juicio, del propio estudio de la norma general fijada en el artículo 19. 1. f) y de los preceptos reguladores del procedimiento especial, en especial su mención expresa sólo en los artículos 117. 2º (comparecencia para la inadmisión del recurso) y 119 (alegaciones a la demanda) se manifiesta Ruiz Risueño, F.: *El proceso Contencioso-administrativo. Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa*, (Prólogo de Luis Cosculluela Montaner), Colex, Madrid, 2000.

De otro porque el artículo 21. 1º b) confiere la cualidad de parte a todas las personas o entidades cuyos derechos e intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante. Legitimación que también puede deducirse del artículo 116. 2º, en donde se regula la obligación de emplazamiento que tiene la Administración a todos los que aparezcan como interesados en el expediente y, sobre todo, en el 116. 2º. bis del que se deduce que esos interesados tendrán la condición de demandados. Esta regulación, sin duda, puede plantear muchos problemas a la hora de su puesta en práctica, tanto en el proceso general como en el especial, con la ampliación de las facultades de interesado a quien hasta el momento, tal y como podía desprenderse del artículo 8 de la Ley 62/1978, únicamente tenía la condición de coadyuvante procesal.

4.3. El órgano judicial

La designación del concreto órgano judicial, integrado dentro de la jurisdicción ordinaria⁵⁸, no presenta ninguna especialidad con respecto al procedimiento ordinario –salvo en el procedimiento especialísimo del derecho de reunión, como veremos– por lo que habremos de remitirnos al complejo régimen de competencias fijado en el Capítulo II del Título I de la Ley.

5. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

5.1. Iniciación del procedimiento

5.1.1. Vía administrativa previa

La Ley 29/1998 no es tan clara en esta materia como su predecesora en la que el artículo 7. 1º recogía expresamente la innecesidad de interponer recurso administrativo previo para poder solicitar la protección ante los Tribunales por medio del procedimiento especial. Hecho que fue considerado por la doctrina como una de las mayores innovaciones de la Ley 62/1978 en orden a prestar una tutela rápida a los derechos fundamentales en cumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 53.2º de la Constitución. Sin embargo, creemos, con la mayoría de la doctrina⁵⁹, que esta misma solución⁶⁰ debe mantenerse en la vigente regulación, y que incluso puede deducirse de la literalidad del artículo 115 de la LJCA por dos razones:

⁵⁸ A diferencia de lo que ocurría en el antecedente histórico de los Tribunales de Urgencia. *Vid. supra*. pág.1 – Introducción.

⁵⁹ *Vid.* Tornos Mas, J: “El procedimiento especial...”, *op. cit.* pág. 521, Fernández Farreres, G.: “El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 4, 1998, pág 182 y Carrillo, M.: “La protección jurisdiccional...” *op. cit.* pág. 162., Ruiz Risueño, F.: *El proceso Contencioso-administrativo op. cit.*, pág. 438 y Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. y González Rivas, J. J: “Análisis Teórico y Jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, *Ley 29/1998*, de 13 julio (con la colaboración de Gloria García Macho), Aranzadi, Pamplona, 1998.

⁶⁰ La solución contraria puede ser enormemente lesiva para la protección de los derechos fundamentales tal y como es configurada en el artículo 53.2º de la Constitución, que exige sobre todo una rápida protección de los derechos en juego, de forma que la obligatoriedad de un recurso administrativo en vía previa haría perder su eficacia a este medio de protección. Sobre todo, porque debemos tener en cuenta, que si este recurso fuese obligatorio, habría que esperar a la resolución expresa o, a que hubiera transcurrido el plazo previsto para la resolución, en caso de resolución presunta por

En primer lugar, porque se dice que la interposición del recurso deberá computarse a partir del día siguiente de la notificación del acto impugnado, desde la publicación de la disposición impugnada, desde el requerimiento para el cese de la vía de hecho o el transcurso del plazo fijado para la resolución, como veremos, y no desde la resolución del recurso administrativo impugnatorio del acto, disposición, etc., lesivo de los derechos fundamentales.

A pesar de esto, hubiera sido preferible que la nueva regulación hubiese mantenido la rotundidad con la que se expresaba la Ley 62/1978:

Artículo 7. 1^o. Para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo.

Seguidamente, porque, en coherencia con esta interpretación, el artículo 115, al regular los plazos, señala que la iniciación del procedimiento se hará “sin más trámites” que la interposición del recurso. Entendemos, por tanto, que la aplicación de esta expresión no queda reducida al supuesto de silencio administrativo, en orden a la innecesariedad de la solicitud de certificación de acto presunto, sino que se refiere a todos los supuestos del primer párrafo⁶¹.

Aún se nos plantea otro problema relacionado con la vía administrativa previa, y es el hecho de sí la interposición del recurso administrativo cierra la posibilidad para acudir al procedimiento especial, y por tanto sólo cabría, en caso de que la solución aportada por la Administración no satisficiera al recurrente, el recurso contencioso-administrativo pues, sin ninguna duda, se habría superado el breve plazo que el artículo 115 prevé para la interposición del recurso. La respuesta dada al problema antes tratado condiciona necesariamente la solución que aportamos en este punto. Pues, al defender que no es necesario interponer el recurso en vía previa, debemos considerar, manteniendo la doctrina sentada por la jurisprudencia respecto a la ley 62/1978, la posibilidad de utilización de ambas vías, tal y como puede comprobarse en la cita siguiente:

Desde esta perspectiva, procede señalar ante todo que las garantías procesales especiales que establece el artículo 53.2 CE y que, en el momento actual, son las contenidas en la Ley 62/1978 de 26 diciembre, constituyen un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales. Ello significa que, sin daño de las exigencias derivadas de los principios de preferencia y sumariedad que, según el referido precepto constitucional, caracterizan estos procedimientos especiales, las reglas legales sobre su admisión y tramitación deben interpretarse siempre conforme a aquella finalidad de garantía suplementaria o reforzada, de donde se deduce que una interpretación restrictiva o rigorista de las mismas que dificulte más allá de lo razonable el ejercicio de la acción en tales casos carece de justificación y no puede considerarse conforme a la CE.

Por lo que hace al caso que ahora nos ocupa, el artículo 7.1 de la Ley 62/1978 prescribe que, para la interposición del recurso contencioso-administrativo que esta Ley regula, no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso administrativo previo. *La interpretación de este precepto más acorde con la doctrina anterior, al tiempo que con su tenor literal, es la que entiende que la previa interposición de aquellos recursos administrativos, cuando así proceda según las reglas generales del proceso contencioso-administrativo ordinario, a las que se remite con carácter supletorio el artículo 6 Ley 62/1978, tiene carácter potestativo para el actor, y no, en cambio, que sea incompatible con esta vía procesal especial.* Esta misma interpretación es coherente con la finalidad a la que responde la Ley 62/1978, ya que, como queda dicho, esta Ley introduce una garantía procesal suplementaria, lo que impide que sus preceptos puedan entenderse como una reducción de los derechos reaccionales o de las vías de defensa de los particulares.

silencio administrativo, y partir de entonces empezar a computar los plazos a los que se refiere el artículo 115. Todo lo cual, haría perder su eficacia al recurso preferente y sumario de protección de los derechos.

⁶¹ Cifra Martín-Retortillo Baquer, L: “Procedimiento para la protección...”, *op. cit.*, pág. 807.

El artículo 8.1 de la Ley dispone que el citado recurso contencioso-administrativo especial «se interpondrá» en un plazo de 10 días, plazo éste que, como señala la Sentencia ahora impugnada, tiene carácter imperativo y preclusivo; en cuanto al cómputo de dicho plazo, el precepto legal prescribe su inicio a partir de la notificación del acto impugnado si fuera expreso, especificando que, en caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos 20 días desde la solicitud del interesado ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora, lo que significa que el precepto está contemplando los supuestos en que el recurso judicial se interpone directamente frente a un acto administrativo expreso o frente a la desestimación presunta de una solicitud dirigida a la Administración sin haber utilizado antes la vía administrativa previa, pero nada dice expresamente respecto de los casos en que sí se ha formulado reposición u otro recurso administrativo, como permite el artículo 7.1 de la ley.

Es claro que, con ocasión de una queja de amparo, a este Tribunal no le corresponde señalar, con alcance general, el modo de integrar aquel vacío legal. Pero ello no impide que debamos declarar que el juego del citado plazo de 10 días no puede en modo alguno enervar el derecho del interesado a formular un recurso administrativo previo a la interposición del recurso especial contencioso-administrativo, que la propia Ley le confiere, y, por lo mismo, a esperar la resolución del recurso previo procedente antes de utilizar la vía judicial específica que el ordenamiento pone a disposición de los particulares para la protección de sus derechos fundamentales y libertades públicas.⁶²

En resumen, la jurisprudencia anterior consideraba este recurso en vía administrativa como potestativo, y que a pesar de la falta de previsión expresa de la Ley 62/1978, la interposición del recurso previo no podía impedir la utilización de esta vía específica de protección de los derechos fundamentales. No obstante, en clara aplicación del principio tópico de corrección funcional⁶³, advierte el Tribunal Constitucional que no es tarea suya colmar la inactividad de legislador. Precisamente la Ley 29/1998, colma este vacío legal de la Ley 62/1978 y contempla expresamente este supuesto.

5.1.2. Plazo

Dadas las especiales características de este proceso, en especial sumariedad, los plazos previstos para iniciar este proceso son más reducidos que en el procedimiento contencioso ordinario, lo cual es una garantía básica para la pronta restauración de la lesión de un derecho fundamental. La no interposición del recurso en plazo provoca la caducidad del mismo y por tanto su inadmisibilidad. Este acortamiento de los plazos no genera indefensión, porque permanece siempre abierta la posibilidad de recurrir al proceso contencioso ordinario, que aunque sea una vía más lenta, permite ejercitar las mismas pretensiones en la vía ordinaria.

⁶² STC 34/1989. Las cursivas son nuestras. Véase también en este sentido SSTS 27 de marzo de 2000, 14 noviembre de 1995, 7 marzo de 1995 y 1 de diciembre de 1994, González Pérez, J.: Comentarios..., *op. cit.*, pág. 1907, Martín-Retortillo Baquer, L.: “Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (Artículos 114–116)” en REDA (Monográfico: Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998), núm.100, 1998, pág. 806 y ss. y Gutiérrez Delgado, J. M.: “Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona” en Ayala Muñoz, J. M. y otros: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Aranzadi, Pamplona, 1998. págs. 959-960.

⁶³ Sobre la interpretación de la Constitución como concretización en aplicación del método tópico y los principios de interpretación imprescindibles para organizar, dotar de coherencia y encauzar las distintas soluciones que se nos plantean en un problema de interpretación constitucionales es ya clásica la obra de Hesse, Konrad: “La interpretación de la Constitución” en Escritos de Derecho Constitucional (Selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón), CEC, Madrid, 1992, págs. 31 y ss.

Para el cómputo del plazo, debemos acudir a los criterios generales fijados en el Capítulo I del Título VI, donde se regulan algunas especialidades. Así, el artículo 128. 2º habilita el mes de agosto para la interposición del recurso para la protección de los derechos fundamentales.

El artículo 115 establece un plazo general de 10 días para interponer el recurso, aunque lo relevante es la fijación del *dies a quo* comienza a computarse dicho plazo. En la regulación aportada por dichos artículos podemos diferenciar: a) los supuestos de *acto expreso*: en los que el plazo comienza a computarse a partir del día siguiente de la notificación del acto. b) los supuestos de *acto presunto*: en este caso, el plazo se computa a partir del día siguiente de aquél en el que concluyese el plazo fijado para la resolución. Desaparece por tanto la previsión del artículo 8.1º de la Ley 62/1978 que fijaba un sistema específico para el cómputo de los diez días, de forma que se consideraba que este comenzaba después de 20 días desde la presentación de la solicitud ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora. c) si la lesión de derecho se imputa a una *disposición general*, el plazo comienza a contarse a partir del día siguiente de la publicación en el Boletín oficial correspondiente. d) en las situaciones de *vía de hecho*: El inicio del cómputo del mismo depende de sí se ha realizado o no el requerimiento a la Administración para el cese de la vía de hecho previsto en el artículo 30. En el primer caso, el plazo de los diez días comienza desde el día siguiente al que se efectuase el requerimiento para el cese. En el segundo, dicho plazo comienza transcurridos veinte días desde que se iniciara la actuación de la Administración desprovista de cobertura legal. e) si la lesión del derecho fundamental se debe a la *inactividad de la Administración*, el mencionado plazo se inicia transcurridos veinte días de la reclamación que debe efectuar el particular ante la Administración exigiéndole dicho comportamiento. f) por último, el supuesto en que se hubiese formulado un recurso potestativo en sede administrativa, el plazo comenzaría a contabilizarse transcurridos veinte días desde la interposición del recurso.

5.1.3. Escrito de interposición: fundamentación

El primer trámite a realizar en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, al igual que en el procedimiento administrativo ordinario, es la presentación del escrito de interposición, con el que se inicia el proceso. Sin embargo, la Ley 29/1998 recoge de forma expresa una especialidad para este tipo de procedimientos, que ya había sido exigida por la propia jurisprudencia a pesar de la ausencia de previsión de la Ley 62/1978, como es la necesidad de fundamentar siquiera brevemente dicho escrito. Esta decisión le llevó incluso a crear un trámite de admisibilidad que también ha sido recogido expresamente por la vigente ley:

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1983, reconoce la facultad de las Salas de lo Contencioso Administrativo de velar por el cumplimiento de los presupuestos exigidos para cada tipo de proceso y decidir sobre la procedencia del especial y sumario regulado en la Ley 62/78, de 26 de diciembre, concebido particularmente para la protección de los derechos fundamentales mencionados en el artículo 53.2 de la CE, examinando al efecto si el acto impugnado puede entenderse que «prima facie» incide en el ámbito de los derechos invocados y por consiguiente pueda vulnerarlos. Este juicio valorativo sobre la naturaleza del acto y sus consecuencias debe hacerse con la prudencia que aconseja lo prematuro del examen y con una amplitud de criterios favorables al cauce emprendido por la parte, de acuerdo con el criterio mantenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de marzo de 1984, en el sentido de que basta un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental y que no es una invocación «pro forma», para

dar curso al proceso solicitado, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho fundamental invocado.⁶⁴

El motivo de esta exigencia viene determinado por la propia especialidad del procedimiento y su carácter privilegiado, ya que, como hemos visto, cuenta con una tramitación preferente y abreviada con respecto al procedimiento contencioso ordinario que únicamente se justifica por la limitación de su objeto: afectación de los derechos fundamentales como consecuencia de una actuación u omisión de la Administración Pública. Por tanto, el escrito de interposición no puede limitarse a citar la disposición, acto, inactividad o actuación en vía de hecho de la Administración y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, sino que además deberá fundamentar brevemente en qué derecho o derechos basa su recurso, estableciendo una mínima justificación de la existencia de la vulneración alegada, de forma que el Tribunal pueda comprobar que el procedimiento especial se usa para los fines que se encuentra previsto.

5.2. Reclamación y remisión del expediente

El día de la presentación del recurso, o a lo sumo, el siguiente, el órgano judicial requerirá el expediente con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, acompañándole de copia del escrito de interposición.

El órgano administrativo deberá enviar el expediente, acompañado de los informes y datos que considere oportunos en el plazo máximo de cinco días a contar desde la recepción del requerimiento, de forma que si no lo hiciera se derivarán las consecuencias previstas en el artículo 48, esto es, se impondrá una multa a la autoridad o funcionario responsable de 50.000 a 200.000 pesetas que será reiterada cada 20 días hasta el cumplimiento de lo requerido.

La falta de envío del expediente no suspenderá el curso de los autos, tal y como previene el apartado 4º del artículo 116, aunque si determinará que se abra un término de cuarenta y ocho horas⁶⁵ durante el cual se pondrá de manifiesto el expediente a las partes y realizar alegaciones, sin que ello altere el curso del proceso.

5.3. Emplazamiento y personación

La Ley 29/1998 mantiene el régimen de emplazamiento que introdujera la Ley 62/1978 y que la Ley 10/1992, *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal* generalizó en la jurisdicción contenciosa. De esta forma, la Administración tiene la obligación de, además de remitir el expediente, comunicárselo a todos los que en él aparezcan como interesados, con acompañamiento del escrito de interposición, y de emplazarles para que puedan comparecer como demandados ante el órgano jurisdiccional en el plazo de cinco días.

La falta de emplazamiento de la Administración (o su notificación defectuosa) puede provocar la nulidad del procedimiento, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (con indefen-

⁶⁴ STS 2 julio de 1993. Véase también, entre otras muchas, SSTC 37/1982, 31/1984, AATS 29 de mayo de 1985, 29 abril 1985 y 20 abril de 1984, SSTS de 25 de septiembre de 1998 y de 16 de julio de 1990, AATS 11 de diciembre de 1992, 23 de noviembre de 1992, 27 de enero de 1992, 8 de octubre de 1991 y 12 de septiembre de 1990.

⁶⁵ Se amplía el plazo previsto en el artículo 8.5º de la Ley 62/1978 que era de veinticuatro horas.

sión), y, en consecuencia, se tendrán que retrotraer las actuaciones al momento que se ha producido la lesión del derecho fundamental, siempre que esta falta de emplazamiento cumpla una serie de requisitos que han sido fijados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶⁶:

Este Tribunal ha ido acuñando, desde la STC 9/1981, una doctrina detallada en relación con la falta de emplazamiento personal a terceras personas interesadas en el objeto del proceso contencioso-administrativo. Esta doctrina se encuentra expuesta de forma sistemática, entre otras de la presente década, en STC 97/1991, FJ 2.º; 78/1993, FJ 2.º; 325/1993, FJ 3.º; 192/1997, FJ 2.º; 229/1997, FJ 2.º, 122/1998, FJ 3.º; 26/1999, FJ 3.º. Con carácter general, tres son los requisitos que venimos exigiendo para el otorgamiento del amparo:

a) *Que el demandante de amparo fuera titular de un derecho o de un interés legítimo y propio susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión*, lo que determina su condición material de demandado o coadyuvante en aquel proceso. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (STC 97/1991, FJ 2.º; 264/1994, FJ 3.º). Y, en todo caso, la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso contencioso (STC 65/1994, FJ 3.º; 90/1996, FJ 2.º; 122/1998, FJ 3.º).

b) *Que el demandante de amparo fuera identificable por el órgano jurisdiccional*. El cumplimiento de este requisito depende esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda (STC 325/1993, FJ 3.º; 229/1997, FJ 2.º, 113/1998, FJ 3.º, 122/1998, FJ 3.º).

c) *Y por último, que se haya producido al recurrente una situación de indefensión material*. No hay indefensión material cuando el interesado tenía conocimiento extraprocésal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se personó en la causa. A la conclusión del conocimiento extraprocésal de un proceso se debe llegar mediante una prueba fehaciente (STC 117/1983, FJ 3.º; 74/1984, FJ 2.º; 97/1991, FJ, 4.º; 264/1994, FJ 5.º; 229/1997, FJ 3.º), lo que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones (STC 151/1988, FJ 4.º; 197/1997, FJ 6.º; 26/1999, FJ 5.º; 72/1999, FJ 3.º), siendo la presunción de conocimiento especialmente intensa en relación con los funcionarios cuya administración es parte demandada (STC 45/1985 FJ 3.º; 197/1997, FJ 6.º).

Tanto la Administración como los demás demandados podrán solicitar de forma razonada, la inadmisión del recurso ya sea con el envío del expediente, ya con su personación y, al mismo tiempo, la celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 117. 2º.

Las razones que pueden hacer valer los demandados (incluida la Administración, por supuesto) es la falta de adecuación del procedimiento especial, por considerar que de la fundamentación del escrito de interposición puede rechazarse “*a limine*” el recurso interpuesto por no plantearse pretensiones relacionadas con la lesión de un derecho fundamental. De ahí que, al mismo tiempo, puedan solicitar la celebración del incidente de admisibilidad que desarrollamos en el próximo apartado.

5.4. Trámite de admisión

El artículo 117 regula de forma detallada el trámite de admisión⁶⁷ al que más arriba hacíamos referencia. Este trámite supone la positivación de una constante jurisprudencia⁶⁸ del Tribunal Supremo.

⁶⁶ STC 152/1999.

⁶⁷ Todo trámite que pueda desembocar en la inadmisión de un proceso plantea siempre conflictos con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el artículo 24 de la CE. Como es bien sabido, este derecho es reconocido en la Norma Fundamental de forma muy sucinta, lo que ha hecho necesario una intensa construcción jurisprudencial sobre este derecho de configuración legal. El Alto Tribunal identifica a este derecho con lo que la doctrina procesalista denomina como derecho a la jurisdicción o derecho al proceso, que, en una primera aproximación puede venir definido como el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, normalmente sobre el fondo de una cuestión que, en el ejercicio de sus derechos o intereses legítimos, haya planteado ante los órganos jurisdiccionales. La garantía de la tutela debe producirse en todas las fases del proceso ya que a la resolución final sólo puede llegarse mediante el proceso. Por todo ello, el Tribunal Constitucional ha configurado, desde sus primeras resoluciones (Véase por

mo, que también ha sido acogida por el Tribunal Constitucional, con la que se pretende garantizar la adecuación del procedimiento especial al fin para el que se encuentra previsto: la preservación o restablecimiento de los derechos fundamentales.

Por ello, una vez recibido el expediente o, en todo caso, transcurrido el plazo de remisión del mismo y de emplazamiento de los demás interesados, el órgano jurisdiccional, al siguiente día, deberá pronunciarse de forma expresa por medio de auto, si continúa el proceso o si por el contrario considera –ya sea de oficio, ya por indicación de alguna de las partes demandadas en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 116. 2º *bis*– que pudiera apreciarse algún motivo de inadmisión al no estar el escrito de interposición razonablemente fundado o no existir siquiera indicios de la vulneración del derecho fundamental. En ese caso, lo comunicará a las partes y las convocará, junto con el Ministerio Fiscal, a una comparecencia que deberá celebrarse en el plazo máximo de cinco días para que se pronuncien sobre la admisibilidad del recurso. Al día siguiente de la citada comparecencia el órgano judicial, también mediante auto, ordenará continuar las actuaciones o declarará la inadmisión.

El cumplimiento de los plazos por el órgano judicial será determinante para que el recurrente pueda acudir a la vía ordinaria en caso de que se considere que sus pretensiones no se encuentran relacionadas con los derechos protegidos.

5.5. Formalización de la demanda

Tras el pronunciamiento del Tribunal acordando la prosecución del procedimiento, se pondrá, en su caso, de manifiesto al recurrente el expediente y las demás actuaciones para que en el plazo de ocho días formule su demanda y la acompañe de los documentos que considere oportunos. En este trámite también deberá solicitar la práctica de la prueba.

citar la más completa la STC 102/1984) como un derecho complejo, que puede resumirse en un cuádruple contenido: el derecho al libre acceso a la jurisdicción y al proceso en todas las instancias reconocidas (incluido el derecho de acceso al recurso cuando éstos estén previstos legalmente), la prohibición constitucional de la indefensión, el derecho a obtener una resolución fundada en derecho y, finalmente, el derecho a la ejecución de la sentencia. Sin duda, el establecimiento de un trámite de inadmisibilidad afecta al primero de estos contenidos, impidiendo el derecho de acceso al proceso. No obstante, el contenido de este derecho no es incondicionado, sino que, como derecho de configuración legal, depende del cumplimiento de una serie de requisitos procesales, cuya inobservancia puede provocar la inadmisión del recurso por parte del Tribunal. En este punto, el Tribunal Constitucional ha reiterado en infinidad de ocasiones que las causas de inadmisibilidad, que en todo caso deben estar previstas en las leyes, deben interpretarse siempre de forma flexible y en sentido más favorable a la existencia de un derecho fundamental (SSTC 11/1982, 69/1984, y entre las más recientes, 8/1998, 115/1999, 122/1999, 157/1999, 167/1999, 158/2000, 252/2000 y 191/2001. Pues, como ya hemos dicho, los requisitos procesales no constituyen un fin en sí mismos, sino que en realidad son un medio para la consecución de un fin: en esencia, la ordenación de un proceso de forma que los requisitos procesales no pueden convertirse en un obstáculo para la obtención de la tutela judicial de los propios derechos e intereses, sino que son un verdadero cauce para su realización. Para una visión más amplia del derecho a la tutela judicial efectiva en general y del derecho de acceso al proceso en particular, pueden consultarse, de entre la extensa bibliografía sobre el artículo 24 de la CE: Figueruelo Burrieza, A.: *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990 y Chamorro Bernal, F.: *La tutela judicial*, *op. cit.*

⁶⁸ Vid. supra nota 64.

Lo más llamativo en la regulación de la Ley 29/1998 es que no mantiene el privilegiado régimen de suspensión del acto administrativo al que se le imputa la vulneración de un derecho fundamental. En efecto, la ley 62/1978 preveía en el artículo 7. 2º que el recurrente pudiera solicitar en el escrito de interposición o en cualquier momento posterior, la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado que el órgano jurisdiccional debía acordar siempre, salvo que la Administración demostrase que de la misma pudiera derivarse la existencia o posibilidad de perjuicio para el interés general. Esta regulación, que suponía la inversión del régimen general del procedimiento contencioso-administrativo, era incluso más favorable para el administrado que la prevista en el artículo 56 de la LOTC.

La normativa vigente, sin embargo, no hace referencia al trámite de la suspensión. Con la cual, debemos aplicar supletoriamente el régimen general previsto en el Capítulo segundo del Título VI, artículos 129 a 136, donde, por supuesto, el artículo 132 establece un criterio más restrictivo que el de la Ley 62/1978, de forma que la suspensión del acto sólo podrá acordarse previa valoración de todos los intereses en conflicto cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder al recurso su finalidad legítima y además, de todas formas, la medida podrá denegarse cuando de ella pudiera derivarse un perjuicio grave a los intereses generales o de tercero que el juez habrá de ponderar de forma circunstanciada⁶⁹.

No obstante, se podrán solicitar cuantas medidas cautelares sean necesarias para la efectividad de la sentencia en cualquier estado del proceso, e incluso, en los supuestos de inactividad de la Administración o los de vía de hecho, podrán adoptarse antes de su iniciación tal y como prevé el artículo 136.

Creemos que este régimen, en principio, sitúa en una situación más desfavorable al recurrente quien siempre deberá justificar la necesidad de la medida; no obstante, habremos de estar a la interpretación que los Tribunales, que deberán tener en cuenta el carácter de valores objetivos del ordenamiento jurídico de los derechos fundamentales y realizar siempre una interpretación favorable a la efectividad de los mismos. Por tanto, a la hora de ponderar los intereses en juego deberán considerar, por encima de todo, ese carácter prevalente de los derechos fundamentales.

5.6. Alegaciones

Una vez formalizada la demanda, se dará traslado de las mismas al Ministerio Fiscal y a las partes demandadas para que en el plazo, también improrrogable de ocho días y, a la vista del expediente, presenten sus alegaciones y, al mismo tiempo aporten los documentos que estimen convenientes. También deberán en este momento solicitar la práctica de la prueba.

El Ministerio Fiscal, como vimos, actúa en estos procesos como defensor de los derechos y de la legalidad, y no tendrá porqué defender en todo caso los intereses de la Administración, de forma que incluso podrá presentar sus alegaciones a favor del recurrente, adoptando por tanto la postura de la parte actora. Lo normal es que los demás interesados que, en aplicación de lo dispuesto en el

⁶⁹ La cuestión de las medidas cautelares es desarrollada de forma mucho más extensa por Marc Carrillo en “La protección jurisdiccional...”, *op. cit.* pág.170-179.

artículo 116, se han constituido en parte demandada, realicen sus alegaciones en oposición de la demanda, pero nada impide que, tal y como advierte González Pérez, que se posicionen en apoyo de la pretensión⁷⁰.

5.7. Periodo probatorio

Tras las alegaciones o, en caso de que no se realicen, transcurrido el plazo para efectuarlas, el órgano jurisdiccional habrá de decidir en el día siguiente sobre el recibimiento del pleito a prueba. Con la salvedad de la duración del periodo probatorio, que es de veinte días comunes para la proposición y la práctica de la misma, en lugar del fijado en el artículo 60. 4º (quince días para proponer y treinta para practicar), no existe ninguna especialidad. Al igual que en el procedimiento contencioso ordinario y con expresa mención del artículo 120 que remite al artículo 57, el recurrente podrá solicitar en el escrito de demanda mediante otrosí que el pleito se falle sin necesidad de recibimiento del pleito a prueba, y si la parte demandada no se opone, el pleito se declarará concluso para sentencia.

5.8. Finalización del proceso

Esta última fase del procedimiento presenta numerosas variaciones con respecto a la normativa anterior. Así, el contenido de la sentencia varía notablemente, lo cual no es más que una consecuencia de la nueva concepción del objeto del recurso. De otro lado, se recupera el recurso de apelación, que había desaparecido de la Ley 62/1978 con la Ley 10/1992 *de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, que además agravó los requisitos para poder acudir en casación, lo que creemos que ha influido en la rigidificación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de acceso al recurso.

5.8.1. Sentencia: Contenido

La Ley 29/1998 amplía el plazo para dictar sentencia de forma que el órgano judicial deberá realizar este trámite en el plazo de cinco días desde que hubieran concluido las actuaciones, mientras que la Ley 62/1978 preveía que este plazo sería de tres días y con citación de las partes.

Como toda sentencia, deberá respetar los principios de fundamentación en Derecho o motivación, competencia y congruencia.

Pero sin lugar a dudas la variación más importante en la regulación de la Sentencia es, como ya hemos adelantado, la de su contenido. Con la ley 62/1978, y dado el carácter tan limitado que la jurisprudencia había otorgado al objeto del recurso en lo que se refería a las pretensiones de las partes, el actor únicamente podía hacer valer es la protección de un derecho fundamental o libertad pública ante posibles violaciones que pudieran producirse. Sin embargo, sabemos que, si para apreciar la lesión de un derecho fundamental, era necesario comprobar la legalidad de la actuación que se deriva la lesión del derecho fundamental, entonces lo procedente era acudir al procedimiento ordinario.

⁷⁰ González Pérez. J: Comentarios..., *op. cit.*, pág. 1931.

La Ley 29/1998 rompe con esa distinción entre legalidad ordinaria y constitucionalidad y por ello, como vimos, una vez demostrado que la controversia suscitada gira en torno a la lesión de un derecho fundamental, el recurrente puede solicitar las mismas pretensiones que en el procedimiento contencioso ordinario. Precisamente por ello, la sentencia que ponga fin al proceso podrá tener el mismo contenido que la del procedimiento ordinario⁷¹. Así, la sentencia será estimatoria cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y, como consecuencia de ella se vulnere un derecho de los susceptibles de amparo. Por lo tanto, para la determinación concreta del contenido de la sentencia estimatoria deberemos acudir al artículo 71, al que nos remitimos, y dependerá de las concretas pretensiones que hubiera hecho valer la parte demandante. Además hay que destacar que en el caso de que se anule una disposición general o un acto administrativo, los órganos jurisdiccionales no podrán en ningún caso fijar la forma en que han de quedar redactados los preceptos anulados o determinar el contenido discrecional de los actos anulados (artículo 71. 2º).

5.8.2. Recursos: Apelación y casación.

La Ley 29/1998 recupera el recurso de apelación que había sido derogado en materia contenciosa por la Ley 10/1992, incluido para el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. Esta ley, además incorporó por primera vez el recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas aunque no reguló un trámite especial para su sustanciación en este tipo de procedimientos (a diferencia de la Ley 62/1978 en la que el artículo 9² recogía las formalidades por las que

⁷¹ *Vid.* José Juan Suay: Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (Artículos 120–121)” en REDA (*Monográfico: Comentarios a la Ley...*, *op. cit.*, pág. 819.

⁷² Este artículo planteó muchos problemas de interpretación pues disponía que contra la Sentencia podrá interponerse, en su caso, recurso de apelación. Expresión que fue entendida por la jurisprudencia como una remisión a las normas generales que permitían recurrir la sentencia en el procedimiento contencioso ordinario (Véanse, por ejemplo, las SSTS 3 de julio de 1980 y 13 de noviembre de 1991, y los AATS 3 de marzo de 1982 y 24 de noviembre de 1992). En este sentido, se entendía que, salvo las especialidades orientadas a la dotación de una protección rápida, eran aplicables las normas generales de la LJCA. De esta forma el recurso sólo se admitía si reunía los requisitos relativos a la cuantía o a la materia exigidos con carácter general, esto es si el recurso no superaba la cuantía de 500.000 pesetas (SSTS 3 julio de 1980 y 12 de junio de 1987) o en asuntos de personal, salvo que versasen sobre supuestos de separación de empleados públicos inamovibles (SSTS 26 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1992 y 22 de junio de 1992 y AATS 25 de enero de 1991, 6 de febrero de 1992, 24 de marzo de 1992, 14 de noviembre de 1984). El Tribunal Constitucional también mantuvo esta doctrina en sus AATC 103/1982, 342/1984, 788/1984 y 779/1988. En González Salinas, E: Comentarios..., *op. cit.*, págs. 259–325 puede encontrarse de forma muy detallada los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre el recurso de apelación. Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha aplicado criterios más flexibles con respecto al recurso de apelación. En este sentido, la STC 188/1994, introduce una importantísima diferencia que es la de considerar que los recursos en los que se plantea un problema sobre la tutela de los derechos fundamentales y no cuestiones de mera legalidad, son incuantificables y contra ellos siempre cabe el recurso de apelación cuando éste se encuentre legalmente previsto. Igual criterio, contrario a la aplicación de las reglas generales sobre la apelación, se recoge en la STC 145/1995. Este criterio se acoge en la Ley 29/1998 (que permite siempre la apelación en materia de derechos fundamentales) con una mayor amplitud dada la nueva configuración del objeto del proceso.

se sustanciaba la apelación) sino que, por el contrario ordenaba su tramitación según las reglas generales.

Como ya hemos adelantado, la vigente Ley de la Jurisdicción Contenciosa ha vuelto a introducir el recurso de apelación, aunque no regula las formalidades especiales para su tramitación. Con lo cual, en principio, habría que acudir a los trámites fijados con carácter general en los artículos 81 a 85 de la LJCA. Este parece ser el criterio generalmente aceptado.

No obstante, nos parece que esta solución no puede ser constitucionalmente aceptable porque, aunque si bien es cierto que el derecho de acceso al recurso tiene un contenido más limitado que el derecho de acceso al proceso ya que, salvo en materia penal⁷³, no existe un derecho al recurso absoluto o incondicionado, sino simplemente un derecho a utilizar los recursos que la ley provea⁷⁴. Este derecho, una vez que ha sido creado por las leyes, forma parte de la tutela judicial efectiva y, por tanto, aunque el legislador goce de un amplio margen para fijar los requisitos legales del recurso, éstos han de responder a la naturaleza del proceso y las finalidades que justifiquen su existencia. Por ello, debe ser considerado como una mera continuación del proceso que va a ser revisado⁷⁵.

De todas formas, con la introducción en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales del recurso de casación, tal y como fue configurado por la Ley 10/1992 (es decir, de forma muy restrictiva, accediéndose al mismo de manera muy excepcional) el Tribunal Constitucional ha mantenido una doctrina también mucho más limitada con respecto a la doble instancia en materia de protección de los derechos fundamentales. En efecto, el Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en las SSTC 37/1995 y 125/1997. En estos pronunciamientos reconoce la distinta naturaleza que tienen el recurso de apelación y el de casación, pues mientras el primero de ellos supone un nuevo juicio sobre el asunto (*efecto devolutivo*), situándose el juez superior (*ad quem*) en la misma posición que el juez de origen (*a quo*), el de casación es un recurso extraordinario que nace con la función de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación. Precisamente esta finalidad justifica que se encuentre sometido a un estricto *numerus clausus* de causas de admisibilidad, que únicamente pueda reservarse la interpretación del Derecho y, en definitiva a un régimen de admisibilidad mucho más severo que los recursos ordinarios.

Esta distinta naturaleza lleva a las citadas SSTC a impedir que se extendiera la doctrina sentada por las SSTC 188/1994 y 145/1995 para el recurso de apelación⁷⁶ y acogida expresamente por la LJCA en su artículo 81. 2 b), que partiendo del carácter subsidiario de la intervención del Tribunal

⁷³ Donde el cumplimiento del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone un derecho a la doble instancia en materia penal, que pasa a formar parte del derecho a la tutela judicial efectiva en esta materia. Véase la STC 42/1982

⁷⁴ Ver por todas la STC 191/2001.

⁷⁵ Chamorro Bernal, F: La tutela judicial..., *op. cit.*, pág 83.

⁷⁶ Véase la nota 72.

Constitucional consideró oportuno permitir la subsanación de la vulneración de los derechos fundamentales en vía de apelación por los Tribunales ordinarios⁷⁷.

Creemos que el recurso de apelación, al suponer un nuevo pronunciamiento sobre el fondo en la que el Tribunal *ad quem* se sitúa exactamente en la misma posición que el órgano judicial *a quo*, constituye una fase más del procedimiento especial, que debe estar guiada por los mismos criterios de preferencia y sumariedad que deben inspirar todo el procedimiento especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales como una exigencia ineludible derivada del propio artículo 53.2º de la CE. Mucho más, si tenemos en cuenta que el agotamiento de la vía previa exige también la interposición de los recursos contra la resolución judicial existentes.

Por tanto, aunque el derecho a la tutela judicial efectiva, y en especial el derecho al recurso, sea un derecho de configuración legal, eso no impide que tenga un contenido *ex Constitutone*, que en el caso de la tutela judicial de los derechos fundamentales viene integrado necesariamente por los principios de preferencia y sumariedad⁷⁸.

La vigente Ley de la Jurisdicción Contenciosa únicamente prevé, con respecto a este recurso, que podrá interponerse contra las sentencias de los Juzgados contencioso-administrativos en un solo efecto, esto es devolutivo y que no se aplicará a él el límite de la cuantía. Sin embargo, este no es el único recurso posible, porque contra la Sentencias dictadas en este tipo de procesos también cabe el recurso de casación cuando así lo prevean las normas generales establecidas en los artículos 86 y ss., y al que, por cierto, tampoco es exigible el requisito de la cuantía artículo 86. 1º b).

c) Costas

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa no establece reglas especiales para la imposición de las costas en el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, con lo cual deberemos aplicar las normas generales fijadas en el artículo 139. Por tanto, en primera o única

⁷⁷ Doctrina que ha sido reiterada por las SSTC 181/2001, 277/2000, 88/2000, 216/1998, 213/1998, 192/1998, 162/1998 para el recurso de revisión ordinario y 32/2001, 94/2000, 189/1999 y 202/1997 para el recurso de casación en relación con el procedimiento especial de la Ley 62/1978. Véase las críticas que efectúan los Magistrados Gimeno Sendra y Jiménez de Parga a la STC 125/1997 en sus votos particulares. Consideran que la lesión de los derechos fundamentales debe considerarse incuantificable y, por tanto, no exigir una *summa gravaminis* para admitir la casación. Añaden, especialmente Gimeno Sendra, que la interpretación de la Sala supone una concepción patrimonialista de los derechos fundamentales que va en contra de su dimensión objetiva. Un comentario a esta doctrina puede encontrarse en FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Nuevas acotaciones al problema de la doble instancia en el sistema de recursos contra sentencias en el proceso contencioso administrativo de la Ley 62/1978 (a propósito de la STC 125/1997)" en Revista tribunales de Justicia, núm. 11, 1997.

⁷⁸ Sobre qué debe entenderse por derecho de configuración legal y la necesidad de que el desarrollo legislativo de estos derechos respete la garantía del contenido esencial que es posible identificar también en esta clase de derechos resulta imprescindible consultar García Roca, J.: *Cargos públicos representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 151 y ss. (quien además trata de construir ese contenido a partir de una interpretación sistemática de las normas constitucionales, *vid.* especialmente págs. 159-167); Martín Núñez, E.: *El Régimen Constitucional del Cargo Público Representativo*, Editorial CEDECS, Barcelona, 1993, págs. 67 y ss. y Caamaño Domínguez, F.: *El derecho de sufragio pasivo*. Prontuario de jurisprudencia constitucional, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 27 y ss. Aunque todos ellos se refieran al derecho de sufragio pasivo, sin embargo, sus conclusiones sobre los derechos de configuración legal también pueden extrapolarse a esta materia.

instancia se sigue el criterio de la temeridad o mala fe del recurrente; mientras que en las demás instancias o grados, se acoge matizadamente el criterio de su imposición al recurrente cuando el recurso sea desestimado en su totalidad, puesto que se permite al juez que, a pesar de todo, no las imponga al vencido, debiendo justificar razonadamente su decisión.

6. DERECHO DE REUNIÓN

El ejercicio del derecho de reunión y manifestación consagrado en el artículo 21 de la CE exige una tutela jurisdiccional mucho más rápida aún que los restantes derechos y libertades públicas a los que se refiere el artículo 53. 2º de la CE, para que, en el caso de impedimento infundado de la celebración de las reuniones a que se refiere el apartado 2º del artículo 21 por parte de la autoridad pública, ésta aún pueda celebrarse en el momento previsto por sus promotores. Pues, de otra forma, este derecho perdería su eficacia, ya que de nada sirve manifestarse o reunirse a los tres meses del momento previsto inicialmente. Por todo ello, la Ley 29/1998, al igual que la Ley 62/1978, regula un procedimiento que podemos calificar de especialísimo, caracterizado por una mayor reducción de los plazos y una simplificación y concentración de los trámites con respecto al procedimiento especial.

Antes de entrar a analizar las especialidades de este procedimiento resulta imprescindible que nos detengamos, aunque sea brevemente, en la conceptualización constitucional del derecho de reunión y manifestación⁷⁹.

6.1. *El derecho de reunión en la CE de 1978*

El derecho de reunión es un derecho básico en toda sociedad democrática que ha sido configurado por el Tribunal Constitucional como un derecho íntimamente relacionado con la libertad de expresión (artículo 20. 1º a) de la CE), constituyéndose en un cauce para la transmisión libre de ideas y pensamientos y la formación de la opinión pública, hasta el punto que el Tribunal Constitucional lo ha definido como manifestación colectiva de la opinión pública ejercitada a través de una asociación transitoria de personas⁸⁰. Sin embargo, no toda asociación transitoria de personas constituye una reunión a los efectos de este artículo. El concepto constitucional de reunión viene definido por una serie de notas⁸¹ que lo distinguen de las meras aglomeraciones humanas y de las aso-

⁷⁹ Para una visión más completa de este derecho puede consultarse Gavara de Cara, J. C.: *El sistema de organización del ejercicio del derecho de reunión y manifestación*, McGraw Hill, Madrid, 1997; López González, J. L.: *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Ministerio de Justicia e Interior (Secretaría General Técnica), Madrid, 1995; Torres Muro, I.: "Limitando el derecho de reunión" en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 88 (octubre-diciembre), 1995, págs. 583 y ss; Torres Muro, I.: *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991.

⁸⁰ STC 42/2000.

⁸¹ El Tribunal Constitucional ha señalado en multitud de ocasiones que el derecho de reunión se encuentra integrado por cuatro elementos: el elemento subjetivo, el temporal, el finalista y el real u objetivo. Véase la SSTC 42/2000, 66/1995 y 55/1988. para un análisis de las decisiones del Alto Tribunal sobre el derecho de reunión véase López González, J. L.: "El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 96 (abril-junio), 1997, págs. 175 y ss.; González Rivas, J. J.: "Interpretación jurisprudencial del derecho de reunión" en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones), vol. II,

ciaciones y que han sido desarrolladas de forma más extensa por la LO 9/1983, *Reguladora del Derecho de Reunión*, y que pueden resumirse como sigue:

a) Nos encontramos con una reunión cuando existe una agrupación de personas con el objetivo de conseguir determinados fines (*elemento subjetivo*). El derecho de reunión aunque sea de titularidad individual, cuenta con una clara proyección social, porque necesita de la confluencia de varias libertades individuales para su ejercicio, hasta el punto que la LO 9/1983 exige un mínimo de 20 personas para que puedan aplicarse sus prescripciones. Por eso forma parte de la categoría de los derechos individuales de ejercicio colectivo.

Son titulares de este derecho todas las personas físicas, nacionales y extranjeras, y en este sentido la STC 115/1987 declaró inconstitucionales los preceptos de la Ley de Extranjería de 1985 que excluía de este derecho a los residentes ilegales.

b) En las reuniones existe un mínimo de organización, lo que las diferencia de las meras aglomeraciones humanas o coincidencia de personas en un determinado lugar. Esta organización se concreta en una convocatoria sumaria.

c) La tercera nota que las distingue de las asociaciones es su duración transitoria (*elemento temporal*): Son agrupaciones momentáneas que se agotan con la simple separación de las personas que intervienen en ella en el ejercicio de su derecho.

d) Es una libertad instrumental, en el sentido de que esta agrupación concertada y transitoria de personas es un cauce para la consecución de alguno de estos fines: el intercambio o exposición de ideas u opiniones, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones (*elemento teleológico*). Constituye así un medio relevante para la realización del principio participativo⁸². Se excluyen así otras agrupaciones humanas concertadas de más de veinte personas que tienen otras finalidades, (por ejemplo, el entretenimiento en los espectáculos públicos).

e) El lugar de su celebración (*elemento real u objetivo*) determina el régimen jurídico aplicable a la reunión. En este sentido, la propia CE clasifica a las reuniones en función de si se ejercitan en lugares cerrados o en lugares de tránsito público. Entre estas últimas se encuentran las manifestaciones⁸³ que, ya desde el texto constitucional, están sometidas a muchas más restricciones.

El derecho de reunión, como todo derecho, no es un derecho absoluto y, por tanto, se encuentra sometido a límites⁸⁴, dos de los cuales se configuran como requisitos de los que depende la protección constitucional:

En primer lugar, la reunión ha de ser *pacífica y sin armas* (artículo 21.1º de la CE). Quedan, por tanto, fuera de los límites internos del derecho de reunión todas aquellas reuniones que no excluyan el ejercicio de toda violencia física o incluso moral y se sirvan de la intimidación para la consecución de sus fines.

Madrid, 1992, págs. 1451 y ss. y Agúndez Fernández, A.: *Ley 29 de 13 de julio de 1998, del Proceso Contencioso-administrativo*. Comentarios y Jurisprudencia, Granada, 2000, págs. 701 y ss.

⁸² STC 42/2000

⁸³ Las manifestaciones son reuniones en movimientos que utilizan las vías públicas.

⁸⁴ SSTC 2/1982, 36/1982, 59/1990, 66/1995, 42/2000 y ATC 103/1982.

En segundo lugar, las reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones deberán ser comunicadas previamente a la autoridad gubernativa. El cumplimiento de este requisito deberá ajustarse a lo dispuesto por el artículo 9º de la LO 9/1983, que determina que la reunión deberá comunicarse por escrito a la autoridad gubernativa con una antelación que no podrá ser inferior a diez días ni superior a treinta, salvo en los casos de reuniones de carácter urgente, que habrán de comunicarse con veinticuatro horas de antelación⁸⁵. La comunicación expresará los datos personales de los organizadores, el lugar, fecha y duración de la reunión, el itinerario y, por último, las medidas de seguridad que han previsto o que solicitan de la autoridad pública.

El Tribunal Constitucional ha declarado constantemente⁸⁶ que el deber de comunicación no constituye una solicitud de autorización –las reuniones están siempre autorizadas–, sino una mera declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio del derecho de los intervinientes, como la protección de los bienes y derechos de terceros. Por ello, la autoridad sólo podrá prohibirlas en caso de que, tal y como recoge el propio artículo 21 en su apartado 2º, en caso de que existan razones fundadas de alteración del orden público. Por tanto, se exigen razones fundadas, y no la mera sospecha o la simple posibilidad de que se produzcan dichas alteraciones. Por eso el Tribunal Constitucional⁸⁷ ha elaborado jurisprudencialmente los criterios que debe cumplir la resolución gubernativa que prohíbe la concentración:

1º. Esté motivada y exprese las razones que llevan a considerar que la reunión provoca una grave alteración del orden público⁸⁸

2º. Justifique la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas que permitan eliminar esos peligros y ejercerle derecho fundamental, proponiendo, por ejemplo un itinerario alternativo, protección policial, etc.

Precisamente el procedimiento especialísimo del artículo 122 está previsto para reaccionar contra la resolución administrativa que prohíbe el ejercicio del derecho de reunión o modifica sus condiciones.

⁸⁵ Esta antelación es exigida para que, en caso de prohibición o modificación de las condiciones de la misma, pueda otorgarse la protección judicial prevista en el artículo 122, sin necesidad de alterar la fecha de la convocatoria.

⁸⁶ SSTC 59/1990 FJ 5º, 66/1995 FJ 2º.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ No basta que se alegue la simple restricción de la libertad de circulación de personas o de vehículos, porque, “en una sociedad democrática, el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también de participación. Y por esta razón (...) no cualquier corte de tráfico o invasión de calzadas puede incluirse en los límites del artículo 21. 2º, ya que desde la perspectiva de este precepto constitucional (...) sólo en supuestos muy concretos en los que tras la ponderación de las circunstancias se llegue a la conclusión de que la celebración de estas reuniones puedan provocar prolongados colapsos circulatorios que impidan el acceso a determinadas zonas, imposibilitando por completo de este modo la seguridad de las personas o bienes –urgencias médicas, bomberos o policía– podrán considerarse contrarias al límite que establece el artículo 21. 2º las restricciones del derecho de tráfico que conlleva el ejercicio del derecho de manifestación” (STC 42/2000).

6.2. *Protección judicial especial del derecho de reunión*

Contra la resolución administrativa que prohíbe la celebración de una reunión o que modifica las condiciones propuestas por sus promotores cabe interponer el recurso previsto en el artículo 122 de la LJCA. Este recurso presenta notables diferencias con respecto al procedimiento especial que hemos estudiado antes⁸⁹.

6.2.1. Sujetos intervinientes

Así, únicamente se encuentran legitimados activamente los promotores de la manifestación, y no otros participantes o cualquier otra persona que tenga interés en el asunto. Su pretensión, que podrá ser también cualquiera de las previstas en los artículos 31 y 32, irá dirigida exclusivamente a desvirtuar la resolución administrativa que impide el ejercicio del derecho de reunión.

En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 122. 2º exclusivamente hace mención del representante de la Administración y del Ministerio Fiscal, que también intervendrá en este procedimiento como defensor de los derechos y garante de la legalidad.

Por último, el órgano jurisdiccional competente será, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.1.h) de la LJCA, las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas.

6.2.2. Tramitación del procedimiento

El recurso se interpondrá en el plazo aún más reducido de cuarenta y ocho horas desde la notificación de la resolución de prohibición o modificación. El emplazamiento de la Administración se efectuará mediante el traslado de los propios promotores de la copia del escrito de interposición debidamente registrada por la Secretaría de la Sala.

Realizado el emplazamiento, la Administración deberá remitir inmediatamente el expediente al Tribunal.

El Tribunal deberá poner de manifiesto el expediente, siempre y cuando se hubiese remitido, y convocar, en el plazo improrrogable de cuatro días⁹⁰, al Ministerio Fiscal, al representante de la Administración y los recurrentes (o en su caso, a la persona que estos designen como representante) a una audiencia en la que oír a todos los personados y resolverá. La sentencia, en coherencia con el criterio general fijado en el artículo 71. 2º de la LJCA para el proceso contencioso ordinario, no podrá dotar de contenido al acto discrecional de la autoridad gubernativa, debiendo limitarse por tanto a levantar o mantener la prohibición o las modificaciones gubernativas.

⁸⁹ Sobre la regulación de la protección jurisdiccional especial del derecho de reunión pueden consultarse Carrillo López, M.: “La tutela jurisdiccional del derecho de reunión” en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, págs. 49 y ss.; Hinojosa Segovia, R.: “La protección jurisdiccional del derecho de reunión en el ordenamiento español” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 28, 1990, págs. 177 y ss.; Pérez Castaño, D.: *Régimen jurídico del derecho de reunión*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997, así como todos los comentarios a la Ley 29/1998 citados.

⁹⁰ Se reduce en un día el plazo fijado por la Ley 62/1978.

Contra la sentencia no cabrá ningún recurso. Por tanto, la misma abre ya la vía para acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Como podemos ver, la tramitación de este procedimiento está orientada a la consecución de una rápida protección del derecho, para que la concentración o manifestación pueda celebrarse en la fecha fijada.

7. CONCLUSIONES

La protección jurisdiccional es el instrumento más eficaz dentro de los sistemas de garantía de los derechos fundamentales. Esta garantía se convierte en una exigencia ineludible a prestar por todo Estado que quiera llamarse de derecho. Pues éste, desde sus orígenes, se asienta sobre el equilibrio de poderes y las ideas de dignidad, libertad e igualdad que se concretan en cada momento histórico en un conjunto de derechos que pretenden garantizarse, precisamente, con esa división del poder.

Nuestra Constitución vigente, al igual que antes hiciera la Constitución republicana de 1931, diseñó en el artículo 53. 2º una tutela jurisdiccional de los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y la objeción de conciencia del 30. 2º construida sobre la base de una protección previa por los órganos judiciales y la subsidiariedad y excepcionalidad de la protección del Tribunal Constitucional.

La tutela judicial de los derechos fundamentales se encuentra caracterizada *ex Constitutione* por las notas de la preferencia y la sumariedad, que deben informar todas las fases del proceso, incluida la de sustanciación de los recursos ordinarios contra la sentencia que, como aquí se defiende, constituye una continuación del procedimiento especial, al ser un requisito previo para la interposición del recurso de amparo.

El legislador ha efectuado una regulación sectorializada en función de la naturaleza de la actuación que lesiona el derecho fundamental. De esta forma, la ley 29/1998, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, en sus artículos 114 a 122, desarrolla la protección cuando la lesión quepa atribuírsela a los poderes públicos y viene a derogar expresamente los artículos 6 a 10 de la Ley 62/1978, *de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*.

La actual regulación ha supuesto la consagración en un texto legal de numerosas prácticas jurisprudenciales con las que se habían colmado las insuficiencias de la Ley 62/1978, en especial la necesidad de fundamentación del escrito de interposición y el trámite de admisión. Ambas medidas tienen como finalidad comprobar la adecuación del procedimiento especial al fin para el que se encuentra constitucionalmente previsto: la preservación y restablecimiento de los derechos fundamentales. Por ello el Tribunal deberá pronunciarse expresamente sobre la continuación del proceso o celebrar una comparecencia en la que los intervinientes expongan también su parecer sobre este punto, que tendrá lugar tras el trámite de alegaciones de los demandados (en el que también pueden solicitar la celebración de dicha comparecencia, lo cual constituye una novedad introducida por la Ley).

También se acoge expresamente en la LJCA la ampliación, que ya la jurisprudencia y la propia LOTC habían efectuado, de la actividad administrativa que puede ser objeto de impugnación y que

es exactamente la misma que en las reglas generales: actos administrativos expresos o presuntos, disposiciones generales y vía de hecho, aunque por supuesto, deberá derivarse de ella la afectación de un derecho fundamental. Además, tanto en el contencioso ordinario, como en este procedimiento especial se introduce la posibilidad de impugnar la inactividad de la Administración.

Por otro lado, la Ley 29/1998 introdujo otros importantes cambios en régimen anterior. Los más relevantes vienen relacionadas con el objeto del proceso y, en consecuencia, el contenido de la sentencia; pretendiendo terminar con una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que mantenía que el procedimiento especial quedaba reservado para el análisis de cuestiones de constitucionalidad, de forma que si para apreciar la lesión del derecho fundamental era necesario comprobar primero la legalidad de la actuación administrativa, la vía judicial procedente era el recurso contencioso ordinario, y no el de protección especial de los derechos fundamentales. La Ley 29/1998 acaba con esta distinción entre constitucionalidad y legalidad, y por eso el artículo 114. 1º se remite a las reglas generales del artículo 31 y 32. Con ello, las pretensiones que pueden ejercitarse en este proceso incluyen las cuestiones de legalidad relacionadas con los derechos fundamentales. De igual forma el artículo 121, al regular el contenido de la sentencia, se adapta a este nuevo régimen del objeto del proceso.

También hay que destacar el diferente régimen de la legitimación pasiva, extensible a todos los sujetos que aparezcan como interesados en el expediente administrativo, lo cual va a provocar, sin dudas, numerosos problemas.

Además, la Ley 29/1998 elimina el privilegiado régimen de suspensión que reconocía la Ley 62/1978. En consecuencia, habrá de aplicarse el régimen general.

Otra importante novedad es la recuperación del recurso de apelación, si bien, en esta materia, la ley presenta una notable deficiencia al no prever una tramitación más acelerada, que vulnera el propio derecho a la tutela judicial efectiva que en este proceso, como ya hemos dicho, debe venir inspirada por los principios de preferencia y sumariedad.

Para terminar, también es deficiente el tratamiento del agotamiento de la vía administrativa, puesto que la Ley 29/1998 no es tan clara en esta materia como su predecesora en la que el artículo 7.1º recogía expresamente la innecesariedad de interponer recurso administrativo previo para poder solicitar la protección ante los Tribunales por medio del procedimiento especial. Hecho que fue considerado por la doctrina como una de las mayores innovaciones de la Ley en orden a prestar una tutela rápida a los derechos fundamentales en cumplimiento de las exigencias impuestas por el artículo 53.2º de la Constitución. Sin embargo, creemos, con la mayoría de la doctrina que esta misma solución debe mantenerse en la vigente regulación, y que incluso puede deducirse de la literalidad del artículo 115 de la LJCA.

RESUMEN: La protección jurisdiccional es el instrumento más eficaz dentro de los sistemas de garantía de los derechos fundamentales. Esta garantía se convierte en una exigencia ineludible a prestar por todo Estado que quiera llamarse de derecho. Pues éste, desde sus orígenes, se asienta sobre el equilibrio de poderes y las ideas de dignidad, libertad e igualdad que se concretan en cada momento histórico en un conjunto de derechos que pretenden garantizarse, precisamente, con esa división del poder. La tutela judicial de los derechos fundamentales se encuentra caracterizada *ex Constitutione* por las notas de la preferencia y la sumariedad, que deben informar todas las fases del proceso, incluida la de sustanciación de los

recursos ordinarios contra la sentencia que constituye una continuación del procedimiento especial, al ser un requisito previo para la interposición del recurso de amparo. La Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso administrativa, continúa con la tradición iniciada por la normativa anterior de efectuar una regulación sectorializada de los procedimientos de protección judicial de los derechos fundamentales, extrayendo la regulación contenciosa de la Ley 62/1978. La vigente regulación ha supuesto la consagración en un texto legal de numerosas prácticas jurisprudenciales con las que se habían colmado las insuficiencias de la Ley 62/1978, en especial la necesidad de fundamentación del escrito de interposición y el trámite de admisión. Otras disimilitudes que introduce la Ley 29/1998 con respecto a su antecesora son la ampliación de la legitimación pasiva, cuya aplicación puede ser problemática; la recuperación del recurso de apelación, notablemente deficiente por cierto, al igual que es deficiente el tratamiento que se da al tratamiento del agotamiento de la vía administrativa. Por último, la Ley elimina el privilegiado y garantístico régimen de suspensión previsto en la Ley 62/1978. Todo ello nos lleva a concluir que esta nueva regulación ha supuesto una disminución de las garantías y un menoscabo de la situación privilegiada y favorable de la que disfrutaba el administrado anteriormente.

ABSTRACT: The jurisdictional protection is the most effective means in the safeguard of fundamental rights. This safeguard turns into an unavoidable exigency that every State submitted to the *Rule of Law*, ought to render. As this, from its origins, it's settled on the balance of powers and the ideas of dignity, freedom and equality that come to reality at every historical moment by means of a collection of rights that are intended to be guaranteed, precisely, by the division of powers. The jurisdictional protection of fundamental rights ought to be accomplished "ex Constitutione" through a expedited procedure with shorted time-limits and exemption of certain procedural steps; these characteristics ought to be present in all the phases of the procedure, including the ordinary appeals against the sentence; appeals which, in this piece of work, are considered to be a continuation of the special procedure for the jurisdictional protection of fundamental rights, as it is a prerequisite for the lodging of the appeal with the Constitutional Court (recurso de amparo). The Law 29/1998, *on the Jurisdiction for suits under Administrative Laws*, goes on with the tradition started by the Law 62/1978, *on Jurisdictional Protection of Fundamental Rights*, of effecting a different regulation of the criminal, civil and contentious-administrative proceedings, but drawing the last of the previous law. The regulations in force has implied the establishment in a legal document a large amount of jurisprudential practices with which it had been fulfilled the inadequacies of the Law 62/1978, more than ever present in the phase of *institution of the proceedings*, demanding the foundation of the writ of lodging and a step of examination of the admissibility in order to avoid an outrageous use of this special procedure. Besides, we also have to highlight other measures adopted by the Law in force like the enlargement of the passive legitimation whose practice may be difficult; the recovery of the ordinary appeal outstandingly inadequate, in the same way it is inadequate the regulation of the exhaustion of the administrative remedies. Finally, the law 29/1998, eliminates the privileged and favourable system of suspension of the act damaging the fundamental right. All these issues, leads us to conclude that the regulations in force has meant a decrease of the guaranties that the individual enjoyed before.

