

Nº 12  
Cuarto trimestre 2017

# Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

## **Número 12. Diciembre 2017**

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo  
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA**

**Disponible en SMARTECA y VLEX**

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

[revistagabinetejuridico@jccm.es](mailto:revistagabinetejuridico@jccm.es)

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

## **DIRECCIÓN**

### **D<sup>a</sup> Araceli Muñoz de Pedro**

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

### **D<sup>a</sup> Belén López Donaire**

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

### **D. Roberto Mayor Gómez**

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

### **D. David Larios Risco**

Asesor jurídico de la Organización Médica Colegial de España.

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

### **D. Jaime Pintos Santiago**

Doctor en Derecho y Socio Fundador de la Consultoría en Contratación Pública Jaime Pintos.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

**D. Salvador Jiménez Ibáñez**

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

**D. José Antonio Moreno Molina**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

**D. Isaac Martín Delgado**

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

**CONSEJO EVALUADOR EXTERNO**

**D. José Ramón Chaves García**

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

**D<sup>a</sup>. Concepción Campos Acuña**

Directivo. Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local Ayuntamiento de Vigo.

**D. Jordi Gimeno Bevia**

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

**D. Jorge Fondevila Antolín**

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

## SUMARIO

### EDITORIAL

El Consejo de Redacción ..... 9

## **ARTÍCULOS DOCTRINALES**

### **SECCIÓN NACIONAL**

LA GESTIÓN DE LOS CONTRATOS DE PEQUEÑA CUANTÍA SEGÚN LA NUEVA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. CONTRATOS MENORES, SISTEMAS DINÁMICOS DE ADQUISICIÓN Y PROCEDIMIENTO ABIERTO SIMPLIFICADO DE TRAMITACIÓN SUMARIA.  
Dña. María del Rosario Delgado Fernández..... 15

“ÉTICA DE MÍNIMOS” COMO CAUCE DE LA FILOSOFÍA MORAL PARA REFORZAR LA LEGITIMACIÓN DE UNA ÉTICA CÍVICA EN FORMA DE MORAL DEMOCRÁTICA. UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS ASIGNATURAS DE “EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA  
D. Julio Díaz-Maroto Maqueda ..... 51

EL FRAUDE FISCAL COMO DELITO PREVIO AL BLANQUEO DE CAPITALES.  
Dña. Mónica de la Cuerda Martín. .... 93

### **SECCIÓN INTERNACIONAL**

LAS MEDIDAS PREVENTIVAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO AMBIENTAL  
Dña. Laura Viviana Sagrera..... 179

LOS INSTRUMENTOS PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ESPAÑA Y EN ITALIA. LA PREVISIÓN Y LA AUSENCIA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL	
Dña. Maria Bazzini .....	215

## **COMENTARIOS DE SENTENCIAS**

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, SECCIÓN TERCERA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017 RECAÍDA EN EL RECURSO 1062/2017 SOBRE ENTRADA EN DOMICILIO PARA INSPECCIÓN. GRADO DE CONCRECIÓN DE LA INFORMACIÓN QUE DEBEN CONTENER LAS SOLICITUDES DE AUTORIZACIÓN DE ENTRADA EN DOMICILIO O EN LA SEDE SOCIAL DE UNA EMPRESA FORMULADAS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE MERCADOS Y COMPETENCIA	
Dña. Belén Lopez Donaire .....	259

BASES DE PUBLICACIÓN .....	275
----------------------------	-----

## EDITORIAL

En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos.

Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la nueva Ley son, en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio. La ley es novedosa, novedosa por las nuevas figuras que aporta y por la gran cantidad de cambios que trae consigo en materias ya también conocidas. Nos encontramos con la desaparición de figuras jurídicas como pueden ser el contrato de gestión de servicios públicos o el de colaboración público-privada, con la desaparición de procedimientos como el negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la creación de otros como el de asociación para la innovación, el procedimiento simplificado o el denominado ya como supersimplificado; con viejos principios generales sacados de nuevo a flote al incorporarlos al Derecho positivo de la contratación pública, como el principio general de integridad; o con prácticas que ahora se normalizan con la figura de las consultas preliminares. Son simples ejemplos, ya que hay muchos otros como pueden ser la necesaria programación o la nueva

gobernanza, que ya ha tenido en parte su entrada en vigor y sus consecuencias prácticas para los órganos de contratación, aumentando el control sobre los mismos y las obligaciones de información que han de facilitar.

También nos encontramos con cambios que suponen una novación en la regulación ya existente: solvencia, perfil de contratante, ámbito subjetivo, prohibiciones de contratar, uso de cláusulas sociales y medioambientales, innovación, tipos contractuales, concesiones de servicios, riesgo operacional, duración de los contratos, división en lotes, encargos de gestión y convenios, importantes novedades en la figura del contrato menor, del recurso administrativo especial, mesas de contratación, condiciones especiales de ejecución, subrogación, subcontratación, cesión y sucesión, clasificación, tribunales de recursos contractuales, el novedoso Libro III, la contratación pública electrónica obligatoria y un largo etcétera.

En fin... un sinfín de novedades imposibles siquiera de citar en unas breves líneas, contratación pública en estado puro, que supone un reto para el "más pintado", en una materia que constituye el principal canal de actuación administrativa de las Administraciones Públicas y resto del Sector Público, que exige de una vez por todas una imprescindible profesionalización de los empleados y gestores públicos de la contratación pública, que no olvidemos están sometidos a un régimen de responsabilidades mayor que el del resto de servidores públicos, y que requiere por tanto una verdadera profesionalización de éstos, basada en la aplicación rigurosa de los principios de igualdad, mérito

y capacidad en el acceso a estos puestos, tal y como viene demandando la Unión Europea para una materia

tan compleja y tan sensible social, medioambiental y económicamente como es la contratación pública.

Hasta el 9 de marzo de 2018 tienen de tiempo los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación para adaptarse a la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Queda un cierre de ejercicio presupuestario por delante, a punto ya, objetivo de la gestión diaria en el Sector Público (y privado) y posteriormente un periodo de inicio del año, corto, hasta el 9 de marzo, quizás insuficiente para muchos, pero bueno desde el punto de vista de la menor actividad del Sector Público en esas fechas como consecuencia de la puesta en marcha todavía del ejercicio económico en curso.

Es un buen momento para hacer todos los deberes que esta nueva e importante norma requiere y apostar definitivamente por la profesionalización que también exige una materia tan compleja como es la contratación pública.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN



Gabilex  
Nº 12  
Diciembre 2017  
<http://gabilex.castillalamancha.es>

---

**REVISTA DEL GABINETE  
JURÍDICO  
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN  
INTERNACIONAL**

**ARTÍCULOS DOCTRINALES**



**"LOS INSTRUMENTOS PARA LA TUTELA  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN ESPAÑA Y EN ITALIA.  
LA PREVISIÓN Y LA AUSENCIA DEL  
AMPARO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>"**

***"THE PROTECTIONS OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS IN SPAIN AND ITALY.  
THE FORECAST AND ABSENCE OF THE  
AMPARO CONSTITUCIONAL"***

**Dña. María Bazzini**

Estudiante de la Universidad de Burgos

**Resumen:** El artículo es el resultado del análisis de los dos diferentes sistemas de tutela de los derechos fundamentales que proporcionan, respectivamente, el derecho español e italiano. Por un lado, un ordenamiento que prevé el recurso directo de amparo, instrumento de protección cuya importancia no es solo jurídica sino también social; por el otro la elección, ponderada y muy

---

<sup>1</sup> Un agradecimiento especial al Profesor González López por su ayuda, colaboración y soporte en cada momento de la redacción de este trabajo.

discutida, de un sistema que no prevé ninguna posibilidad de un recurso directo al Tribunal Constitucional. La comparación no demuestra que un sistema es más garantista que el otro, pero puede proporcionar observaciones interesantes y útiles en una perspectiva de reforma y de mejora (teniendo en cuenta que la eficacia de las mismas está fuertemente vinculada a la interpretación y aplicación por parte del Tribunal Constitucional).

**Palabras clave:** Recurso de amparo, Tutela de los derechos fundamentales, Amparo Constitucional, Tribunal Constitucional, Ley Orgánica 6/2007, Recurso directo e indirecto

**Abstract:** The article analyses the two different fundamental rights protection systems that are provided by Spanish and Italian Constitutions. On one hand, the provision of a direct *recurso de amparo*, an instrument of protection whose importance is not only legal but also social; on the other, the highly disputed choice of a system which does not provide for any possibility of direct recourse to the Constitutional Court. The comparison does not show that one system is more guaranteeing than the other, but it provides interesting and useful observations in a perspective of reform and improvement of the system. Taking into consideration that the effectiveness of a reform is strongly linked to the interpretation and application given by the Constitutional Court.

**Key words:** Protection of fundamental rights, Constitucional Court

## SUMARIO:

### I. INTRODUCCIÓN.

### II. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.

1. El sistema de tutela de los derechos fundamentales en la constitución: amparo judicial y constitucional.

*A) El amparo judicial.*

2. El recurso de amparo constitucional.

*A) La necesidad de una reforma del amparo constitucional.*

### III. EL ORDENAMIENTO ITALIANO.

1. El recurso de amparo en la constitución de la república italiana.

2. El debate doctrinal tras la aprobación de la constitución y las propuestas de reforma del art. 134.

### IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES.

1. ¿Es un sistema mejor que el otro?

### V. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La elección del recurso de amparo y el enfoque elegido para el presente artículo derivan de la conversación mantenida con el profesor en el momento de la selección del tema, que motivó que se me suscitara la curiosidad de comprender el papel de esta institución en el ordenamiento español y las razones de la ausencia de este instrumento tan garantista en la Constitución italiana de 1948.

En primer lugar, el artículo se centra en el análisis de la disciplina del ordenamiento español: a partir del texto Constitucional se aborda la estructura del sistema de tutela de los derechos fundamentales en el diseño del Constituyente, que se caracteriza por la previsión del amparo judicial y del amparo constitucional, y su efectiva aplicación después de 40 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional (TC en adelante).

Se otorga una importancia particular al estudio de la reforma aprobada en 2007 que ha influido, o intentado influir, en la función del Tribunal y del amparo para reducir el número de recursos.

En el apartado tercero, después de una breve exposición del sistema italiano de protección de los derechos fundamentales, se analiza el debate entre los constitucionalistas (tanto dentro de la Asamblea Constituyente, como posteriormente entre los exponentes de la doctrina) con la intención de comprender las motivaciones que han llevado a excluir del sistema de tutela y garantía de los derechos fundamentales el amparo constitucional; a pesar de que muchas veces se haya discutido sobre la posibilidad y la conveniencia de la introducción del mismo.

Como conclusión del análisis efectuado, se desprende que las peculiaridades de cada sistema de protección deben su origen a razones históricas y, a lo largo del tiempo, se han arraigado a la cultura jurídica y al sentimiento común. Eso determina cierta resistencia al cambio y lentitud en la aprobación y aplicación de reformas.

## II. EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

1. El sistema de tutela de los derechos fundamentales en la constitución: amparo judicial y constitucional

El 6 de diciembre de 1978 se aprueba la Constitución española (CE en adelante) que marca el retorno de la democracia y el término de la dictadura franquista. Como en muchas otras Constituciones continentales que se habían aprobado después de regímenes dictatoriales a lo largo del siglo XX, se trata de una Constitución rígida y que prevé mecanismos de salvaguardia del orden constitucional y de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Como había ocurrido en Italia unos años antes, la desconfianza en los jueces formados bajo la dictadura llevó a la previsión de un sistema de control de constitucionalidad concentrado y reservado a un órgano *ad hoc*: el Tribunal Constitucional. El artículo 161 CE enumera sus múltiples atribuciones<sup>2</sup>. Se asignan las tres

---

<sup>2</sup> Artículo 161 CE: "1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la

funciones típicas de los Tribunales Constitucionales: el control de la conformidad de las leyes a la Constitución, la tutela de los derechos fundamentales y la resolución de los conflictos entre Estado y Comunidades Autónomas.

La previsión de un recurso de amparo (apartado b) no constituye una auténtica novedad del nuevo texto constitucional. De hecho, el antecedente histórico del actual recurso de amparo constitucional se encuentra en la Constitución Republicana de 1931, cuyo artículo 121 disciplinaba la posibilidad de presentar al Tribunal de Garantías Constitucionales un "*recurso de amparo de las garantías individuales cuando hubiera sido ineficaz la reclamación frente a otras autoridades*". La previsión de esta institución, a principios del siglo XX, había sido determinada por la influencia del sistema austriaco de justicia constitucional (con su *Beschwerde*) y como reacción a la dictadura de Primo de Rivera. Sin embargo, al momento de la aprobación del texto constitucional en 1978, no faltaron opiniones contrarias a la introducción del recurso de amparo y más favorables, para la tutela de los derechos de los sujetos, a un fortalecimiento del Poder Judicial, como la del senador Lorenzo Martín-Retortillo<sup>3</sup>.

---

*sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.*

*b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.*

*c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.*

*d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas".*

<sup>3</sup> "*Pienso que se puede obturar con facilidad el funcionamiento de un tribunal recargándolo, haciendo que se acumule el papel y haciendo, en definitiva, que sea ineficaz*" fue su intervención

Dentro del sistema de tutela judicial de la Constitución, los "Padres de la Constitución" introdujeron otro instrumento para la tutela de los derechos fundamentales: el amparo ordinario. Así, el artículo 53.2 CE prevé: "*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*". Se trata de una forma de tutela que la Constitución define como preferente y sumaria, para subrayar la prioridad y la necesaria rapidez en el trato de los asuntos, en virtud de su importancia para el ordenamiento.

Del análisis del debate que se produjo en las Cortes Constituyentes para determinar la redacción del artículo 53 CE se desprende que las palabras "*en su caso*" se añadieron a la conjunción "y" después de la aprobación de la enmienda presentada por el senador Angulo Montes para que las dos formas de tutela se refirieran a asuntos distintos sin posibilidad de solapamiento (la individuación de los diferentes ámbitos de aplicación habría debido ser efectuada por una Ley Orgánica posterior). Sin embargo, el sistema que se aprecia hoy y que es el resultado de años de interpretación y aplicación de la normativa no coincide totalmente con el planteamiento de los Constituyentes, ni podría ahora corresponderse, en la medida en que el amparo constitucional ha llegado a considerarse elemento

---

que se encuentra en los Diarios de sesiones del Senado nº46 de 30 de agosto de 1978 (p. 2114) en la enmienda al art. 48 párr.2 y también en su libro *Materiales para una Constitución*, Madrid, Akal, 1984, págs. 193ss.

esencial de la tutela de los derechos y sería inimaginable limitar esta garantía solo para algunos de ellos<sup>4</sup>.

Vamos a analizar cómo ha evolucionado durante los años el sistema de tutela de los derechos diseñado en la Constitución.

### ***A) El amparo judicial***

La previsión constitucional del amparo judicial necesitaba, para no quedar incumplida, de una regulación más detallada y específica establecida por parte del Parlamento. Dicha regulación fue adoptada, poco después de la entrada en vigor del texto constitucional, a través de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, del Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, y la disposición transitoria 2ª de la Ley Orgánica 2/1979, 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC en adelante). Al principio se preveían tres diferentes formas de amparo judicial (una civil, una penal y una contencioso-administrativa), todas caracterizadas por la reducción de los plazos (en comparación a los del procedimiento ordinario), por la supresión de trámites y por la eliminación de las formalidades superfluas. Hoy, la regulación contenida en la ley 62/1978 ha sido derogada, y con referencia a los asuntos penales y civiles la especialidad se reduce simplemente a una forma

---

<sup>4</sup> Así, se había propuesto establecer la imposibilidad de utilizar el recurso de amparo constitucional para violaciones de la tutela judicial efectiva (art 24 CE) y de la igualdad (art 14 CE), con el objetivo de reducir el número de los recursos. En este sentido Jiménez Conde (1990).

diferente de tramitación (aplicándose, en general, la disciplina ordinaria).

Las razones de la pérdida de importancia de estos procedimientos especiales ha de buscarse en la incapacidad de encontrar una función que sea propia de esta forma de tutela judicial. Como ya se ha subrayado anteriormente y es inevitable, los motivos que determinaron la inserción del amparo judicial deben buscarse en la especial importancia de la materia de la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas: mediante esta forma de amparo, el Poder Judicial está obligado a la aplicación y a la tutela de estos derechos. Sin embargo, a lo largo del tiempo la tutela de derechos y libertades se ha integrado en los procedimientos ordinarios y el amparo judicial a través de procedimientos especiales se ha venido quedando en la práctica sin ámbito de aplicación (Carrasco Durán, 2007: 172)<sup>5</sup>.

Hasta hace unos años la necesidad de restituir un papel y una función al amparo ordinario no se advertía como algo necesario, en la medida en que no había "vacíos de tutela" en el ordenamiento. Sin embargo, la nueva reforma del amparo constitucional aprobada en 2007, que se propuso objetivar la función de tutela de los derechos fundamentales que se atribuye al TC, podría determinar el surgir de un nuevo ámbito de aplicación para los procedimientos especiales del art. 53.2 CE.

De hecho, después de la introducción de los nuevos requisitos para el acogimiento de los recursos al TC habrá muchos recursos, y de hecho ya hay, que serán

---

<sup>5</sup> *"la práctica de los procesos preferentes y sumarios se ha quedado muy lejos del potencial que pudiera derivarse de unos procedimientos destinados específicamente a la protección de los derechos fundamentales"*.

rechazados (puesto que el número de apelaciones no va a disminuir debido a la indudable importancia y confianza, de la sociedad española, en el recurso de amparo<sup>6</sup>). Por lo tanto, en la doctrina hay quien sugiere que estos recursos que carezcan de la especial transcendencia constitucional (por no ser novedosos, por falta de interés doctrinal o práctico...) puedan constituir el objeto del recurso de amparo judicial ordinario; de esta manera, además se recuperaría el sentido originario, según la interpretación de parte de la doctrina, del art.53.2 CE atribuyendo ámbitos de aplicación diferenciados a las dos formas de amparo<sup>7</sup>. Esta posibilidad ha sido planteada por la doctrina en un momento en que el texto de reforma aún no había entrado en vigor (Carrasco Durán, 2007: 175 ss); sin embargo, aunque en la práctica se siga intentando acceder a la tutela que ofrece el amparo constitucional, creo que la propuesta sigue siendo válida<sup>8</sup>.

## 2. El recurso de amparo constitucional

En el texto constitucional existen unos artículos que regulan los aspectos fundamentales del Tribunal y de sus poderes, en tanto el artículo 165 CE remite a una Ley

---

<sup>6</sup> Constituyen una prueba los números elevados de impugnaciones frente al Tribunal Constitucional.

<sup>7</sup> Y quizás una vez establecidos los ámbitos de competencia podría efectivamente reducirse el número de recursos que atascan el Tribunal Constitucional.

<sup>8</sup> Sin perjuicio de su interdependencia absoluta con una interpretación establecida de los nuevos requisitos introducidos por la reforma de 2007 para la admisión del recurso de amparo constitucional.

Orgánica la regulación del “*funcionamiento (..), el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones*”.

Los preceptos que regulan específicamente el recurso de amparo se encuentran en la LOTC, modificada en diversas ocasiones, dentro del título III que lleva por rúbrica “Del recurso de amparo constitucional” (artículos 41 y ss)<sup>9</sup>.

El artículo 41 LOTC aclara el ámbito de aplicación del recurso: serán susceptibles de amparo constitucional solo los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos de 14 a 29 CE frente a violaciones ocasionadas por actos u omisiones de los poderes públicos (del Estado, de las Comunidades Autónomas y de cualquier otro ente público).

En los preceptos siguientes se introducen diferencias procedimentales en función del tipo de acto que se impugna. En caso de decisiones o actos sin valor de ley emanados de las Cortes Generales, sus órganos o las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, el recurso tiene que ser interpuesto dentro del plazo de tres meses desde que dichos actos sean firmes (artículo 42 LOTC); en caso de actos, decisiones u omisiones del Gobierno o de sus funcionarios, dentro del plazo de veinte días desde la notificación de la resolución del previo proceso judicial (artículo 43 LOTC); en caso de actos u omisiones de un órgano judicial, siempre que se haya denunciado la violación durante el proceso y que se

---

<sup>9</sup> La última reforma tuvo lugar por la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, de reforma de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para la ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional como garantía del Estado de Derecho.

hayan agotado los medios de impugnación, dentro del plazo de treinta días desde la notificación de la resolución del proceso judicial (artículo 44 LOTC). Salvo en el caso de actos de las Cortes (u otros órganos) legislativos siempre se requiere que se haya agotado la vía judicial, para subrayar el carácter subsidiario del recurso de amparo respecto de la resolución del asunto por el Poder Judicial.

De manera conforme a cuanto prevé la CE, la legitimación para interponer recurso de amparo se reconoce a toda persona física o jurídica (siempre sea directamente afectada por el acto o que haya sido parte en el proceso judicial), al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal.

Con referencia a la tramitación del recurso, la disciplina fue objeto de una importante reforma con la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

### ***A) La necesidad de una reforma del amparo constitucional***

A principios del siglo se hizo evidente que era preciso efectuar una reforma del recurso de amparo. En la base de la necesidad de introducir unos cambios radicales en la regulación de esta institución estaba el número exagerado de recursos, que impedían la resolución ágil de los asuntos (que tardaban hasta 5 años, 9 en caso de pronunciamiento del Pleno) y que dificultaban al Tribunal llevar a cabo sus otras importantes funciones.

La necesidad fue advertida tanto por la doctrina, como por los mismos miembros del Tribunal, y de hecho

la reforma fue impulsada e inspirada por un borrador presentado por Magistrados y Letrados del Tribunal<sup>10</sup>.

La doctrina había escrito mucho sobre las posibilidades que se le presentaban al legislador a la hora de introducir la reforma. Entre las propuestas que se habían planteado estaba intervenir en la estructura del Tribunal, excluir algunos derechos del ámbito de aplicación del amparo constitucional, dificultar la posibilidad de interponer el recurso, potenciar el papel de la jurisdicción ordinaria e introducir un procedimiento parecido al "*writ of certiorari*" estadounidense (como ya había hecho Alemania para solucionar un problema parecido al de España) (Espinoza Díaz, 2010: 4-11).

La reforma de la composición, como el aumento del número de los miembros del TC o la creación de una "Sala del Amparo Judicial" para las apelaciones en caso de violación del artículo 24 CE fueron consideradas medidas no resolutivas. La hipótesis de exclusión de algunos derechos o algunos actos de los poderes públicos del alcance de tutela del amparo constitucional habría sido una medida seguramente eficaz (en la medida en que iba a influir directamente sobre el número de recursos), pero posiblemente inconstitucional y además socialmente inaceptable. La base que utilizaba la doctrina para fundamentar esta posibilidad eran las palabras "*en su caso*" del artículo 53.2 CE (Carrasco Durán, 2007: 148ss; Jimenez Conde, 1990: 187-193). Sin embargo, excluir la tutela del amparo para la violación de un derecho tan importante como el 24 CE, a la tutela judicial efectiva (cuya violación representa la absoluta mayoría de las alegaciones en los recursos), estaría en contra, según acreditada doctrina, de las disposiciones constitucionales y seguramente del papel

---

<sup>10</sup> VV.AA. "Borrador de la reforma de la LOTC mayo 1998", *Teoría y Realidad Constitucional*, 1999, nº4, págs. 415-434.

de garante de los derechos fundamentales de los particulares frente a las actuaciones de las autoridades públicas (Fernández Farres, 1994:12-14). Las posibilidades que más se tomaron en consideración fueron las últimas dos. Con referencia a la potenciación de la jurisdicción ordinaria, algunos autores valoraron la necesidad de "dar nueva vida" al amparo judicial para que el amparo constitucional tuviera un papel subsidiario y excepcional<sup>11</sup>. Pero, frente a ello, otros autores lo consideraron una medida ineficaz en la medida en que siempre habría sido necesario mantener la posibilidad de impugnar las decisiones de los jueces ordinarios frente a violaciones de los derechos fundamentales (Aragón Reyes, 2004:163-165).

La introducción de una objetivación ha sido la solución que ha sido elegida por el Legislador y que se encuentra en la Ley Orgánica 6/2007<sup>12</sup>. Entre los objetivos de dicha reforma se propuso el de "*dotar el amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previsto para esta institución*" (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, punto III).

---

<sup>11</sup> De hecho, la intención de reforzar la tutela judicial determinó la aprobación de la LO 5/1997 que introdujo el incidente de nulidad de actuaciones, y la introducción de un instrumento parecido al *writ of certiorari* con unas matizaciones subjetivas (así como había ocurrido en Alemania) ha inspirado la reforma de 2007. (Espinoza Díaz, 2010: 4-11).

<sup>12</sup> La modificación se ha inspirado en la reforma aprobada en Alemania, aunque en España no se haya introducido expresadamente el requisito de la "*especial relevancia para el demandante*" como matización subjetiva del *certiorari*.

La principal causa de la inflación de los recursos de amparo se estimó atribuible a la distorsión del propósito original del instituto (*ratio*). La finalidad y el papel del recurso de amparo, originariamente, fueron aclarados por el mismo Tribunal dentro de su Sentencia 1/1981, de 26 de enero: no simplemente la protección de los derechos fundamentales de los sujetos en su faceta subjetiva y particularista, sino también la tutela de la misma Constitución en su alcance general y el interés público de su respeto<sup>13</sup>. Sin embargo, a lo largo de los años de actividad del TC se puso de manifiesto el claro predominio de la función subjetiva (es decir de protección de derechos y libertades de los particulares) sobre la función objetiva de defensa del Texto Constitucional y sus principios<sup>14</sup>.

Por lo tanto, para hacer más rápida la decisión del Tribunal y para reconducir la institución a su función originaria, la reforma ha añadido un nuevo requisito, necesario para que un recurso pueda ser admitido, cuya

---

<sup>13</sup> *“La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular”.*

<sup>14</sup> Como afirma Fernández Segado (2008: 86), *“La desnaturalización del recurso de amparo constitucional en nuestro país ha sido la resultante de la visión de este instituto procesal como un instrumento adicional a sumar a los diferentes instrumentos procesales de tutela de los derechos fundamentales, es decir, lejos de visualizarse como un mecanismo extraordinario de protección al que solo puede acudir en casos muy específicos, de auténtica y grave lesión de bienes constitucional, se ha concebido como una instancia más, la última en plano interno, en el procedimiento de tutela de los derechos”.*

finalidad es la objetivación del recurso de amparo: se trata de la necesaria “especial transcendencia constitucional del recurso”. Para la apreciación de este nuevo requisito el legislador ha precisado que el TC tiene que atender a dos parámetros: la importancia de la cuestión para la interpretación de la Constitución, su aplicación o eficacia general y la importancia para determinar contenido y alcance de los derechos fundamentales.

La introducción del requisito, indudablemente atribuye un enorme margen de discrecionalidad al Tribunal en la elección de los recursos sobre los cuales pronunciarse. Sin embargo, esa discrecionalidad no es en sí misma una característica necesariamente negativa. Bien al contrario, es el único mecanismo que permite al TC ser consciente de su papel asumirlo (Urías Martínez, 2014: 76). Por lo tanto, lo más importante para que la reforma consiga los objetivos auspiciados es cómo utilice el Tribunal la discrecionalidad atribuida, evitando que, para reducir el número de recursos, llegue a transformarla en arbitrio.

Según algunos, la formulación abierta es importante porque deja la posibilidad, aunque el nuevo amparo sea caracterizado por la objetivación, de “*propiciar una cierta atención, siquiera sea en casos que se presentan como excepcionalmente graves, al elemento subjetivo*”, para no abandonar definitivamente la función que el recurso de amparo ha tenido durante muchos años (Fernández Segado, 2007: 89, 101-103). Hubo también autores que rebajaron la importancia del cambio, considerándolo inadecuado para solucionar el problema de la inflación de asuntos pendientes frente al Tribunal, creyendo que simplemente iba a determinar la introducción, dentro de los recursos, de un apartado para justificar la transcendencia constitucional sin reducir el número de estos (García Manzano, 2006: 102). Algunos exponentes

de la doctrina atacaron la reforma de manera indirecta criticando el uso de su nueva discrecionalidad por parte del TC, afirmando que la labor interpretativa y argumentativa de los años inmediatamente sucesivos a la aprobación en 2007, que debería haber aclarado el significado y el alcance de la reforma para ayudar a los operadores jurídicos y los abogados frente a las novedades introducidas, se ha caracterizado por un "*hermetismo absoluto*", cambios de criterios y de reconstrucciones imprevisibles e injustificados; de esta manera "*el criterio del Tribunal Constitucional no puede ser sometido a valoración ni crítica de ningún tipo, por la simple razón de que no es posible acceder al mismo*" (Urías Martínez, 2014: 73-94).

Otra modificación novedosa ha afectado a la formulación del artículo 50 LOTC. Frente al sistema anterior de causas o supuestos de inadmisión tasados, actualmente el juicio de admisibilidad se contempla en positivo: el Tribunal ha pasado de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión (que supone la excepcionalidad de la inadmisibilidad) a comprobar la existencia de una relevancia constitucional en el recurso. Hay quien ha interpretado este cambio como un "*mandato más o menos implícito del legislador (...) inequívocamente restrictivo de la admisión*" (Fernández Segado, 2007: 89, 107). Y el Tribunal parece haberse conformado al propósito del legislador: en los primeros años sucesivos a la aprobación de la reforma se aplicó una interpretación muy formalista y cerrada de los requisitos necesarios para la admisión de los recursos de amparo y, de hecho, las providencias de inadmisión dictadas por el Tribunal crecieron de manera muy

relevante (gracias, además, a la posibilidad de una motivación menos exhaustiva)<sup>15</sup>.

A pesar de los efectos inmediatos de la reforma, la previsión de la necesidad que la demanda justifique su especial transcendencia constitucional, alejándose de una interpretación literal del artículo 49.1 LOTC y, por lo contrario, leyéndose junto al intento de objetivación del recurso de amparo, podría llevar a la consecuencia, opuesta y auspiciada, de permitir una selección, entre los muchos recursos de amparo que se interponen, de los más relevantes, aunque las partes no hubiesen justificado su demanda de manera apropiada, simplemente en virtud de la relevancia del asunto<sup>16</sup>.

Cuando el recurso supera el filtro de la admisibilidad, la Sala o la Sección se pronuncia en una sentencia otorgando o denegando el amparo. En caso de otorgamiento, el artículo 55 LOTC prevé los pronunciamientos que se podrán formular en la sentencia.

Con referencia a sus efectos, tiene valor de cosa juzgada y no cabe recurso contra ella.

---

<sup>15</sup> Se pasa de 7.375 asuntos inadmitidos en 2006 a 12.507 en 2008 y 13.031 en 2009.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, en palabras de Fernández Segado (2007: 94) *"En cualquier caso, a nuestro entender, una exigencia del principio de objetivación es que las Secciones o las Salas admita a trámite aquellos recursos en los que haya una apariencia de transcendencia constitucional, al margen de que la misma no se infiera de una hipotética mal fundamentada demanda. Lo contrario no dejaría de ser un formalismo enervante"*.

### III. EL ODENAMIENTO ITALIANO

#### 1. El recurso de amparo en la constitución de la república italiana

Pasamos a analizar el ordenamiento italiano y sus disposiciones que regulan las actividades del TC como garante de la Constitución Italiana (CI en adelante).

Lo primero que se puede apreciar es que, a diferencia del ordenamiento español, no se prevé un recurso de amparo como recurso directo que los ciudadanos pueden utilizar para impugnar un acto y solicitar el pronunciamiento del TC frente a lesiones de derechos fundamentales que se tutelan en la Constitución. Solo se prevé la posibilidad que el Tribunal se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de leyes y sobre "conflictos de atribución" entre Poderes del Estado y entre el Estado y las Regiones.

Sin embargo, la cuestión sobre la necesidad de la introducción de un recurso de amparo ha sido al centro de mucho debate en doctrina, tanto al momento de la aprobación de la Constitución en la Asamblea Constituyente, como sucesivamente en sede de debate para la redacción de propuestas de modificación del Texto Constitucional.

El texto vigente de los artículos de la CI que interesan a efectos del presente trabajo, que regulan la *Corte Costituzionale*, es el siguiente:

"Art. 134  
El Tribunal Constitucional juzgará:  
a) sobre las controversias de legitimidad constitucional de las leyes y de los actos, con fuerza de ley, del Estado y de las Regiones;

*b) sobre los conflictos de competencia entre los poderes del Estado y sobre los que surjan entre el Estado y las Regiones y los de las Regiones entre sí;*

*c) sobre las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República, conforme a las normas de la Constitución”.*

Y

“Art. 137

*Una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas, los plazos de interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados del Tribunal.*

*Se establecerán por ley ordinaria las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal.*

*Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se dará apelación”.*

Es evidente que, el debate que se ha producido sobre la cuestión, se ha concluido considerando no necesaria la introducción de un recurso directo de amparo.

Frente a los dos regímenes diametralmente opuestos elegidos por los Constituyentes de los dos países, resulta interesante analizar las consideraciones de la doctrina italiana y las razones que han llevado a la postura que se plasma en la CI.

Antes de la vigente CI, en el ordenamiento italiano la norma fundamental era el *Statuto Albertino*, una “Constitución flexible” que podía ser modificada mediante una simple ley aprobada por el Parlamento. En esta fase se preveía un control de constitucionalidad difuso, es decir cualquier juez podía syndicar la conformidad a la constitución de una ley, con efectos *incidenter tantum*.

Los acontecimientos históricos del siglo XX empujaron un profundo cambio: surge la necesidad de Constituciones rígidas que constituyan un límite para los Parlamentos y una garantía para los ciudadanos. La Constitución de la República Italiana de 1948 constituye un ejemplo de estas.

Para que una Constitución pueda definirse rígida es necesario que existan medidas que permitan comprobar el respeto de las disposiciones fundamentales por parte las leyes, para que se eliminen del ordenamiento aquellas normas que sean inconstitucionales. Los "padres constituyentes", no sin debate y oposiciones dentro de la Asamblea Constituyente, pero en línea con la mayoría de los países europeos, para llevar a cabo este control acordaron la creación de un órgano *ad hoc*, el TC<sup>17</sup>.

Sin embargo, y esto es lo que más nos interesa, hubo mayores divergencias, y por lo tanto más debate, a la hora de determinar las atribuciones del TC, las modalidades para acceder a este órgano y solicitar su pronunciamiento.

La primera propuesta que hizo el ponente PIERO CALAMANDREI se caracterizaba por prever una doble forma de acceso: una primera forma de control por vía incidental, con la previsión de la posibilidad que cada juez se pronunciara con eficacia *inter partes*, salvada la facultad de apelar la decisión hasta el pronunciamiento definitivo del TC, y una segunda forma de control por vía directa o principal para que cada ciudadano pudiese

---

<sup>17</sup> Contra la institución de un Tribunal que pudiera sindicar las leyes del Parlamento se pronunciaron los exponentes del *Partito Socialista* -PIETRO NENNI, PALMIRO TOGLIATTI- que estaban en contra de la posibilidad de que un órgano anulara las leyes aprobadas por los representantes del pueblo.

impugnar una ley considerada inconstitucional directamente frente al TC. En caso de ilegitimidad la ley se devolvería al Parlamento para que decidiera modificarla o modificar la Constitución.

Tras este primer planteamiento empezó el debate en la Subcomisión. Entre los aspectos más criticados se hallaba la atribución del control directamente a los jueces, la escasa eficacia de las sentencias del TC y la atribución de la legitimación del poder de impugnar las leyes directamente a todos los ciudadanos, prefiriéndose la concentración en las manos de un número reducido de sujetos, a causa del temor de que se pudiese impugnar una ley para defender intereses particulares<sup>18</sup>.

A finales de noviembre de 1947 la Subcomisión aprobó un artículo, para proponerlo a la entera Asamblea Constituyente, cuyo texto preveía:

Párr.1) La posibilidad de un recurso al TC en vía incidental cuando, durante un proceso, las partes (o el juez *ex officio*) adujeran la inconstitucionalidad de una ley y el juez la considera no manifiestamente infundada;

Párr. 2) La posibilidad de un recurso en vía directa planteado por parte del Gobierno, de 50 diputados, de un *Consiglio Regionale*, de 10.000 electores y otros órganos previstos por una sucesiva ley constitucional;

Párr. 3) En caso de pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del TC, que la ley perdiera su eficacia y su texto fuera presentado al Parlamento para que pudiera modificalo.

---

<sup>18</sup> On. Leone Giovanni, intervención en la segunda Subcomisión del 15 enero 1947 y Onn. Capi, Mannironi y sucesivamente Calamandrei, *ibidem*.

La modalidad prevista para el recurso directo por parte de los electores demuestra cómo el instituto fuese asimilado a una forma de democracia directa más que a un instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos (Mezzanotte, 1979: 11).

Una vez más dentro de la Asamblea Constituyente se produjo un gran debate sobre la formulación de este artículo y, a pesar de que hubo propuestas de exponentes ilustres de la doctrina que estaban en favor de la introducción de un recurso directo para reaccionar a lesiones de derechos, frente a la imposibilidad de poner de acuerdo las diferentes opiniones en este asunto dentro del plazo para la aprobación de la Constitución, se decidió remitir la regulación de la materia a una ley constitucional sucesiva aprobando, de hecho, la enmienda del On. Arata<sup>19</sup>. La cuestión se había pospuesto, según algunos, en un intento de encubrir el recurso directo al TC.

En el proyecto presentado a la Asamblea Constituyente para la aprobación se había introducido otra forma de tutela de los sujetos frente a posibles abusos de los poderes públicos: el artículo 50, que preveía *“Cuando los poderes públicos violan las libertades y los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, la resistencia a la opresión es un derecho y deber del ciudadano”* (garantía que, según la mayoría, podía tutelar frente a decisiones del mismo TC, el cual podía ser asimilado a un poder público). Sin embargo, la mayoría no era favorable a la inserción

---

<sup>19</sup> *“Il ricorso per illegittimità costituzionale può essere prodotto direttamente innanzi alla Corte costituzionale nel termine che sarà fissato dalla legge, da chi pretenda direttamente leso dalla norma un suo diritto o interesse legittimo”*, On. Mortati, intervención en la Asamblea constituyente el 2 de diciembre de 1947.

dentro de la Constitución del derecho a la resistencia, por el temor de posibles derivas, y en consecuencia el artículo no fue aprobado.

Antes de que se acabara el mandato de los Constituyentes fue necesaria la aprobación de una ley constitucional para regular los recursos al TC; de hecho, la formulación aprobada del artículo 137 CI se veía sustancialmente privada de contenido y con ello carente de eficacia la garantía de un control de tutela de los valores y los derechos previstos en la Constitución. La necesidad de respetar los plazos y de permitir que el Tribunal funcionara desde el comienzo de la actividad del nuevo Parlamento llevaron a la aprobación de la Ley Constitucional 1/1948, de 9 de febrero, "Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d'indipendenza della Corte costituzionale" de forma muy rápida, sin abrir nuevamente el debate y simplemente previendo las modalidades respecto de las cuales había mayor consenso: el recurso incidental, sin plazo, y el recurso directo solo para las leyes que no respetasen el reparto de competencia entre Estado y Regiones y entre Regiones.

No faltaron críticas y comentarios negativos por parte de exponentes de la doctrina que habían participado a la redacción de la Constitución, que expresaron su "*impressione di trovarsi in una casa in cui piove*" para subrayar el estado incompleto y la imperfección del diseño Constitucional en una materia tan importante como es la tutela de la Constitución (On. Calamandrei durante la intervención a la Cámara de los Diputados, 28 de noviembre 1950).

Para que el nuevo órgano empezara su actividad se necesitaba la aprobación de normas que regulasen, de forma más específica, su funcionamiento. Durante esta fase, inmediatamente sucesiva a la aprobación de la CI,

la disposición transitoria VII preveía que el control fuese ejercitado directamente por los jueces con eficacia limitada al caso particular (*incidenter tantum*). La fase transitoria fue muy larga y el TC no entró en funcionamiento hasta abril de 1956 (después de la aprobación de la ley 87/1953, de 11 de marzo), y durante sus primeros años de funcionamiento el número de sentencias dictadas fue muy escaso<sup>20</sup>.

Durante estos primeros años el control sobre las leyes fue muy reducido, en parte por la rigidez del Poder Judicial formado bajo el principio de la sumisión a la ley, pero sobre todo por la distinción, introducida por la *Corte di Cassazione*, entre normas de la Constitución preceptivas y normas programáticas (Cass. Penale SSUU de 7 de febrero 1948 y de 10 de abril 1948). Solo las primeras se consideraban directamente aplicables y dirigidas a los ciudadanos, mientras que las segundas se consideraban dirigidas al Legislador para la formulación de leyes de desarrollo; por lo tanto, solo la violación de las primeras (que además se consideraban muy pocas dentro del texto Constitucional) podía legitimar un recurso de inconstitucionalidad. Aunque la doctrina (entre todos CRISAFULLI, y sobre todo los exponentes que habían participado a la redacción de la Constitución), rechazaba la falta de preceptividad de las normas programáticas, los tribunales ordinarios se conformaron al dictamen de la *Corte di Cassazione* y el control difuso en estos años se redujo al mínimo<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Tanto que hubo quien imaginaba que la época de la justicia constitucional se habría acabado debido a la falta de materia prima. PALADIN L., Discorso celebrativo dei trent'anni della corte costituzionale.

<sup>21</sup> *"La distinzione tra norma costituzionale precettiva (e cioè di immediata applicazione) e norma programmatica (e cioè rivolgentesi solo al legislatore) è stata intesa dalla nostra*

El 11 de marzo de 1953 se aprueba, como se ha indicado, la ley 87/1953 "*Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte Costituzionale*". En el artículo 23 se encuentra la regulación y los requisitos del recurso incidental. La ley establece que, durante un proceso frente a una autoridad judicial, las partes o el *Pubblico Ministero* (Ministerio Fiscal) pueden plantear una cuestión de legitimidad constitucional indicando al juez las leyes o las disposiciones con fuerza de ley que se consideran ilegítimas junto a los artículos de la Constitución que se creen no respetados. El juez tendrá que valorar la cuestión y la enviará al TC cuando considere que no es manifiestamente infundada y que su resolución es necesaria para la decisión de la controversia entre las partes<sup>22</sup>. En la espera del pronunciamiento del TC, el juez tendrá que suspender el proceso.

A pesar del fracaso del control difuso atribuido a los tribunales ordinarios durante los años de la transición, se decide atribuir un papel muy relevante a los jueces, tanto que CALAMANDREI afirmará que el orden judicial y el TC viven en simbiosis, pero sin invadir los respectivos ámbitos de operatividad (en ausencia de un reenvío por parte de un juez ordinario la *Corte* no puede activar su control; sin embargo, cuando el TC haya empezado su examen sobre las leyes los jueces no podrán aplicarlas y tendrán que esperar el pronunciamiento) (Calamandrei, 1950: XII).

---

*giurisprudenza in modo da far rientrare tra queste ultime la maggior parte delle norme costituzionali [...]. E' stata certo questa una delle principali cause della mancata attuazione della nostra costituzione",* (Pallieri Balladore, 1953: 115).

<sup>22</sup> A pesar de la redacción del artículo los requisitos se han entendido siempre como acumulativos.

La cooperación necesaria del orden judicial determinó en los primeros años de funcionamiento del TC una escasa afluencia de cuestiones, debido a la desconfianza hacia el nuevo órgano y a la interpretación restrictiva que se daba a las disposiciones que regulaban sus competencias<sup>23</sup>. Sin embargo, a lo largo del tiempo y sobre todo gracias a la labor de la *Corte* durante sus primeros años de actividad, se delineó el ámbito de operatividad y las funciones atribuidas al nuevo Tribunal. Por ejemplo, en su primera sentencia el Tribunal subraya la irrelevancia de la distinción entre normas preceptivas y programáticas para el control de constitucionalidad, ampliando mucho las posibilidades de intervención del TC (*Corte Costituzionale* sent. 1/1956, de 5 de junio). Este pronunciamiento fue muy importante porque los primeros 12 artículos que contienen los principios y los derechos fundamentales habían sido, hasta aquel momento, calificados como programáticos.

Actualmente la colaboración con el Poder Judicial ha llegado a ser fructífera y eficaz y su preservación constituye una de las razones por las cuales parte de la doctrina es reacia a introducir formas directas de acudir a la *Corte*. De hecho, interponer la figura del juez como árbitro para determinar que una cuestión de constitucionalidad pueda ser planteada es una elección que da testimonio de una particular configuración del control de conformidad a Constitución. Además de la voluntad de los Constituyentes y del Legislador, ha sido de especial relevancia la interpretación y la aplicación que a lo largo de los años se ha dado de las disposiciones para el actual sistema de control y de tutela de los derechos fundamentales.

---

<sup>23</sup> De hecho, el TC adoptó 34 decisiones en 1956, 129 en 1957, 83 en 1958 y 69 en 1959.

El juez, en virtud de las prerrogativas que le atribuye el ordenamiento, constituye un filtro capaz de depurar la cuestión de los intereses meramente privados y de valorar los intereses públicos que subyacen. De esta manera, la necesidad que la cuestión surja durante un proceso está relacionada con la de que los intereses públicos sean tutelados no de manera generalizada y abstracta, sino de forma concreta a través del estímulo que se concreta en el proceso singular. Cambia el mismo papel que las partes pueden desarrollar durante el proceso frente al TC, en que tendrían que representar los intereses generales de la categoría a la que pertenecen (función que, sin embargo, no les interesa, y por esto la participación de los privados en los procesos frente a la *Corte Costituzionale* es muy escasa).

La colaboración con el Poder Judicial se puede apreciar también desde otro punto de vista: el TC ha valorado la labor interpretativa de los jueces ordinarios invitándoles a resolver directamente todas las dudas sobre la legitimidad de normas que pueden ser superadas mediante una interpretación conforme a Constitución o interpretación *adeguatrice* (con la finalidad de mantener separado el propio ámbito de aplicación y el del Tribunal Supremo intentando evitar conflictos entre los dos tribunales)<sup>24</sup>.

## 2. El debate doctrinal tras la aprobación de la constitución y las propuestas de reforma del art. 134

La falta de previsión de un recurso directo en la CI y en la Ley constitucional, en lugar de resolver los

---

<sup>24</sup> Problemática que, por ejemplo, tiene gran relevancia en el ordenamiento español.

conflictos determinó un aumento del debate doctrinal en la materia. Hubo muchas conferencias organizadas a lo largo del tiempo para debatir sobre el tema, aún más a la hora de redactar las propuestas de reforma del texto constitucional desde finales del siglo XX. La mayoría de los defensores de la reforma planteaban su introducción como garantía adicional añadida al control incidental para completar la protección de la Carta Fundamental y de sus derechos fundamentales, aunque había exponentes que simplemente proponían su previsión para aquellos casos de "vacío de tutela" (SAJA). Sin embargo, a lo largo del tiempo, y a medida que la *Corte Costituzionale* perfeccionaba su actividad y sus relaciones con el Poder Judicial, tanto menos se sentía la necesidad de introducir una nueva forma de recurso ante el TC.

Es particularmente interesante la evolución en el pensamiento de CAPPELLETTI, constitucionalista que en su juventud había sido un gran defensor del recurso directo. En su edad juvenil había manifestado su admiración por el *Verfassungsbeschwerde* del sistema alemán, considerando necesario, para la existencia de un Estado de Derecho, que cualquier ciudadano pudiese impugnar un acto lesivo de sus derechos. Sin embargo, ante la evolución del sistema de control de constitucionalidad y sobre todo gracias a la previsión de la obligatoriedad de la interpretación *adeguatrice*, llegó a calificar como "carente de lagunas" el sistema italiano, considerando importante, para el eficaz funcionamiento de la justicia constitucional, que los recursos se mantuvieran en un número reducido.

En 1997 hubo una conferencia de gran importancia en Ferrara, en materia de Derecho Constitucional. El mismo año se instituyó una comisión para redactar un proyecto de reforma de la CI para modificar, entre otros, los artículos relativos al TC. Durante la conferencia

CARLASSARE manifestó su oposición al recurso directo en la medida en que, tratándose de un instrumento subsidiario, presta una garantía sucesiva a la intervención judicial y, por lo tanto, se configura como una tutela más incómoda que la del recurso incidental que puede accionarse desde la primera instancia y en todas las instancias sucesivas (Carlassare, 1998). Durante la misma conferencia PIZZORUSSO describió el recurso directo como una medida demagógica cuya previsión, aunque pudiera parecer aumentar las garantías de los ciudadanos, en realidad no mejora la tutela de los derechos y simplemente determina una mayor duración de los procesos<sup>25</sup>.

Los exponentes de la doctrina, también los que estaban a favor del recurso directo, después de cuarenta años de actividad de la *Corte Costituzionale* tenían el temor de que alterar el equilibrio que se había construido durante años podía ser menos útil que beneficioso (por estas razones se proponían ajustes al sistema del recurso indirecto más que la introducción de nuevas modalidades). Además, los casos en que no se preveía ninguna tutela (las llamadas "zone franche") habían ido disminuyendo gracias a la interpretación extensiva que había elaborado el TC de sus atribuciones<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> "contribuiscono molto più a prolungare illimitatamente la durata dei processi che non a garantire i diritti (specialmente delle parti poco abbienti)" así Pizzorusso, como aparece en los actos de la conferencia en Ferrara (Carlassare, 1998).

<sup>26</sup> "ma quanti sono i casi di lesione di diritti fondamentali che, nel nostro ordinamento, non trovano alcuna tutela giurisdizionale? Non vorrei che, seguendo la strada da ultimo indicata, si dovesse alla fine constatare che s'è fatto «tanto rumore per nulla»" (Azzariti, 2000: 427 ss).

El 24 de enero de 1997 fue instituida la Comisión “*Bicamerale*” para la proposición de una reforma profunda del texto constitucional. Aunque el trabajo de la *Bicamerale* tuvo que interrumpirse, a mitad de 1998, debido a cuestiones políticas, se había llegado a un acuerdo para una nueva formulación del artículo 134 CI, que ampliaba considerablemente el número de las funciones del TC. Entre las nuevas atribuciones se preveía la competencia sobre los recursos para la tutela de los derechos fundamentales garantizados por la CI en las relaciones con los poderes públicos, en las formas y modalidades establecidos en una sucesiva Ley constitucional<sup>27</sup>.

Aunque el proyecto de reforma no llegó nunca al Parlamento para su aprobación, el nuevo texto del artículo 134 suscitó críticas y preocupaciones. El entonces Presidente de la *Corte Costituzionale* manifestó sus dudas sobre la necesidad real de la introducción del recurso directo (“*attraverso il ricorso individuale – ove lo si ritenga indispensabile malgrado l’ampiezza di tutela già oggi assicurata, per generale riconoscimento, dall’accesso incidentale...*”) y además puso el acento en los problemas que el recurso directo había generado en los últimos años en los países, como Alemania, donde siempre había existido como fundamento de la justicia constitucional<sup>28</sup>. Además, por la doctrina se criticó la redacción del texto: por un lado, la remisión de la

---

<sup>27</sup> Art 134 letra g): “*sui ricorsi per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale.*” Se trata de una formulación que se acerca mucho al recurso de amparo constitucional del sistema español, frente a la previsión de recurso directo originariamente propuesta por Calamandrei.

<sup>28</sup> Así en la Conferencia de prensa del Presidente de la *Corte Costituzionale* de 11 de febrero de 1998 (<http://www.cortecostituzionale.it>).

regulación a una futura Ley constitucional (para la aprobación de la cual se necesita el mismo *iter* que se prevé para las reformas de la Constitución) era de hecho equivalente a la falta de previsión en razón de la imposibilidad de dar aplicación al instituto; por otro lado, la posibilidad de solicitar la intervención del TC "para la tutela de los derechos fundamentales", sin mención alguna de un lesión de los mismos, planteaba el grave riesgo de la proposición de una multitud de recursos desvinculados de una efectiva merma de derechos y simplemente dirigidos a la tutela de intereses particulares.

#### **IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIONES**

La elección de prever o no prever el recurso de amparo no puede justificarse en sí misma mediante un estudio simplemente de la modalidad que se prevé para tutelar los derechos fundamentales. Solo pueden apreciarse las motivaciones de los Constituyentes contemplando el conjunto del sistema de tutela de la Constitución y el papel que cada ordenamiento reconoce al TC dentro de dicho sistema.

En España el TC constituye el órgano que puede intervenir frente a cualquier violación de la Carta Constitucional. Es decir, cuando entran en juego valores protegidos constitucionalmente o disposiciones constitucionales, el sistema prevé la posibilidad de apelarse al garante de la Constitución; aunque, teóricamente, de manera subsidiaria respecto a las otras vías de tutela ofrecidas por el ordenamiento. De hecho, se atribuye al TC la competencia para conocer de la vulneración de la Constitución por todo tipo de acto: las leyes y los actos con fuerza de ley pueden impugnarse mediante el planteamiento, por parte de un órgano

judicial. de una cuestión de inconstitucionalidad, mientras que el recurso de amparo puede ser utilizado frente a lesiones de derechos fundamentales producidas por actos de las Cortes no legislativos, actos que provienen de los poderes públicos, y actos del poder judicial.

La cuestión de inconstitucionalidad puede plantearse, durante un proceso, por parte del juez o también, tras las modificaciones de 2007, cuando una Sala o una Sección del mismo Tribunal, durante la decisión de un recurso de amparo, llegue a dudar de la conformidad a Constitución de una ley o de un acto con fuerza de ley. Aunque la institución se parezca, también bajo los perfiles procedimentales, al recurso incidental italiano, los dos se diferencian por la mayor objetividad que caracteriza la cuestión de inconstitucionalidad española. Además, otra importante diferencia (que no es una característica sino una consecuencia de la estructura del sistema de garantía constitucional) reside en el hecho de que las cuestiones de inconstitucionalidad constituyen, en España, una pequeña porción de las decisiones que toma el Tribunal en comparación con las muchas resoluciones que deciden sobre recursos de amparo.

Particular atención merece la posibilidad de impugnar los actos del Poder Judicial en España, no solo por el hecho de que es el supuesto más frecuente de interposición de recurso de amparo, sino también porque de esta forma el TC se sitúa en la práctica por encima del Poder Judicial y se le atribuye la posibilidad de controlar las decisiones de los jueces<sup>29</sup>. Generalmente,

---

<sup>29</sup> La inmensa mayoría de los recursos de amparo se interponen por presunta violación del derecho a una tutela judicial efectiva.

en virtud de la necesidad de haber “agotado la vía judicial previa”, se tratará de decisiones del Tribunal Supremo, con el riesgo muy concreto de enfrentamientos y conflictos entre los dos Tribunales. Además, la posibilidad que una decisión del Tribunal Supremo sea anulada por el TC porque se considere contraria a la Constitución, repercute negativamente en la imagen de la Justicia, provocando, en los ciudadanos, desconfianza en las resoluciones del Poder Judicial (lo que puede influir en el número de recursos de amparo y de impugnaciones de sentencias de los jueces ordinarios<sup>30</sup>).

Hay quien, entre los propios Magistrados que componen el TC, critica la manera con que el órgano está utilizando el recurso de amparo contra sentencias. De hecho hubo casos en que se ha señalado una extralimitación de funciones por parte del Tribunal y un exceso de jurisdicción en la medida en que, en lugar de simplemente evaluar el respeto de los derechos constitucionales por parte de los jueces, el Constitucional ha llegado a desempeñar la función de nuevo tribunal de apelación contra las sentencias del Tribunal Supremo (“una suerte de súper Casación”)<sup>31</sup>. Sin embargo, dentro del ordenamiento español, como ha afirmado acreditada doctrina, la relación entre el Poder Judicial y el TC debe calificarse como jerárquica, y no de reparto de competencias, en materia de tutela de derechos

---

<sup>30</sup> Hecho que determinaría un efecto contrario a las tentativas de reforma más recientes.

<sup>31</sup> Así RODRÍGUEZ ARRIBAS en su voto particular en la Sentencia 62/2011, de 5 de mayo de 2011, recurso de amparo 2561-2011. Entre los discrepantes figura también PÉREZ DE LO COBOS, que afirma que “*La vía de amparo no es una nueva instancia en la que pueden revisarse o alterarse los hechos que han tenido por probados por los órganos judiciales*”.

fundamentales garantizados por la Constitución (Aragón Reyes, 2004: 172 ss). Se emplea una frase que ha llegado a ser famosa: Tribunal Supremo solo hay uno, y no se llama así.

De una forma totalmente diferente la *Corte Costituzionale* italiana es competente sólo para controlar leyes y actos con fuerza de ley. En lugar de crear un árbitro que tutele todas las formas en que la Constitución puede ser aplicada, en Italia se ha preferido introducir un sistema de reparto de funciones: el TC solo es garante de la constitucionalidad de las leyes, mientras que será el Poder Judicial, mediante sus jueces ordinarios, el destinado a garantizar que las leyes sean aplicadas de forma correcta por parte de los sujetos privados y las Administraciones Públicas. Así, de hecho, se ha atribuido al TC una sola función, de manera que, gracias a su carga de trabajo no excesiva, pueda resolver, dentro de un plazo razonable, las cuestiones que se le plantean<sup>32</sup>.

Para que el sistema así delineado funcione es muy importante que haya un clima de cooperación y no de rivalidad entre el Poder Judicial y el TC (Calamandrei, 1950: XII). A pesar de que, durante los primeros años de funcionamiento de la *Corte*, dicha colaboración fue lenta en su articulación, gracias a la labor del Tribunal y sobre todo a la atribución de la obligación de interpretar las leyes conformemente a Constitución, hoy podemos "cosechar los beneficios" de la construcción de una cooperación eficaz.

Aunque pueda aparecer menos garantista el sistema italiano, si analizamos el conjunto de instrumentos que ofrece el ordenamiento, cabe concluir que se trata de

---

<sup>32</sup> Como hemos podido subrayar anteriormente, la necesidad de no sobrecargar al Tribunal se ha siempre considerado como muy importante.

una apariencia. Con excepción de los actos no legislativos del Parlamento, que se consideran una "zona franca" muy criticada y frente a la cual la doctrina siempre ha subrayado la necesidad de introducir un instrumento de control específico, para los otros actos, sí que hay modalidades de protección, aunque no siempre atribuidas a la competencia del TC<sup>33</sup>.

Con referencia a los actos de los poderes públicos, ya se ha señalado que dicho que frente a lesiones de derechos fundamentales los sujetos pueden recibir tutela por las autoridades judiciales. Además, por el hecho de que los jueces tienen la obligación de interpretar las leyes de manera conforme a la Constitución, la tutela que se ofrece al sujeto tiene que garantizar los derechos que se prevén en el Texto constitucional. Cuando la lesión sea provocada directamente por un acto o una resolución judicial, esta puede ser objeto de impugnación ante la *Corte di Cassazione* (ante este tribunal se pueden impugnar también los actos que afectan a las "libertades personales" -expresión que se interpreta extensivamente - y para los cuales el ordenamiento no prevé ninguna otra forma de tutela).

¿Y qué sucede si la lesión es ocasionada por la sentencia del Tribunal Supremo? El sistema está pensado para que la *Corte di Cassazione* no tome decisiones con referencia a controversias, sino que simplemente desarrolle el papel de árbitro y juez de los

---

<sup>33</sup> TARCHI sostiene que el ordenamiento italiano es uno de los pocos que aún no prevé un control de estos actos que pueden afectar derechos individuales (1998: 82 ss). La necesidad de un control de estos actos emerge del hecho que se había previsto la posibilidad que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre los mismos en el proyecto de reforma del artículo 134 propuesto en 1998.

jueces<sup>34</sup>. En el caso de que adopte una interpretación de una ley que vulnere un derecho fundamental, la misma ley podrá ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad, en razón de que la interpretación que establece el Tribunal Supremo, que también tiene que conformarse a la Constitución, de una cierta forma vincula los otros jueces. Además, en casos excepcionales, el ordenamiento ofrece otras dos posibilidades: la *revocazione* de la sentencia del juez y la acción para la responsabilidad de los jueces (para que el sujeto obtenga una indemnización de los daños padecidos por una sentencia injusta de un juez).

#### 1. ¿Es un sistema mejor que el otro?

Más que poder identificar cuál es la receta perfecta para la tutela de los derechos fundamentales y de la Carta Constitucional, lo que se desprende de este modesto estudio es que el tiempo y la aplicación determinan la creación de los equilibrios necesarios para que funcione un sistema de protección de la Constitución. Después de sesenta y cuarenta años de funcionamiento los dos sistemas son inherentes a los ordenamientos, respectivamente italiano y español, y cambiarlos puede ser mucho más difícil que redactar un texto que sea acogido por la doctrina constitucionalista y que tenga la mayoría en el Parlamento. Eso sustancialmente por dos razones: por un lado porque la efectividad de la tutela se remite a la interpretación y la aplicación que realiza cada Tribunal de las normas que regulan sus funciones, así que trasplantar mecanismos e

---

<sup>34</sup> Por esto se critica mucho la posibilidad, recién introducida en una reforma, que la *Corte di Cassazione* pueda, en casos determinados, tomar decisiones en lo tocante al fondo de los asuntos.

instituciones copiándolos de los de otros países (en donde pueden funcionar perfectamente) puede tal vez determinar más confusión, en una materia tan delicada como la tutela constitucional, que beneficios. Por el otro lado porque, en una materia como la tutela de los derechos fundamentales, es muy importante que todos los particulares (quienes son los titulares de los derechos) se sientan tutelados y acepten el sistema de garantía que se establece.

Es indudable que la previsión del recurso de amparo constitucional, especialmente en los primeros años de vigencia una Constitución, ayuda las instituciones y los sujetos a respetar el nuevo orden recién establecido y a creer en la protección de los derechos otorgados (función muy importante en general, pero aún más en ordenamientos en que hubo regímenes dictatoriales, donde se experimenta una fuerte desconfianza respecto a los jueces). Desde la misma perspectiva, además, ofrece una interpretación uniforme e inmediata del nuevo texto constitucional que facilita el logro de los objetivos programáticos contenidos en el mismo (Romboli, 2006: 773). Ello puede apreciarse en positivo en ordenamientos como España o Alemania, y en negativo en Italia, donde, durante los primeros años, el funcionamiento del sistema de tutela constitucional tardó en perfeccionarse.

Sin embargo, se trata de una tutela que, a largo plazo, en su faceta prevalentemente subjetiva, es insostenible para un único órgano cual es el TC. Eso es indudable, y de hecho lo confirman los números y las reformas propuestas en los últimos años en España con la finalidad de objetivar el recurso de amparo y de reforzar la tutela de los derechos fundamentales ya frente a los órganos judiciales ordinarios (frente a los cuales, ya no hay por qué temer una generalizada violación o inaplicación de los derechos reconocidos por la Constitución).

Con respecto a la eficacia de la reforma recién aprobada en España, aún no es posible pronunciarse sobre su capacidad resolutoria. Serán necesarios muchos años de aplicación para que el Tribunal llegue a la determinación de una jurisprudencia firme que establezca las coordenadas de su “nueva discrecionalidad” dentro de la cual pueda reconducir la naturaleza de su función, que ningún texto legal podrá quitarle.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ANZON, A., CARETTI, P. Y GRASSI, S. (2000). Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Firenze tenutosi il 28-29 Maggio 1999. En AZZARITI, G. (comp.) *Osservazioni sull'accesso e sull'estensione del sindacato della Corte costituzionale* (p.427 ss). Torino: Giappichelli.

CALAMANDREI, P. (1950). *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Milano: CEDAM.

CARLASSARE, L. (1998). *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa: Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997*. Padova: CEDAM.

CARRASCO DURÁN, M. (2007). Amparo judicial: presente y futuro. *Revista de Derecho Político* (68), 172, 175.

ESPÍN TEMPLADO, E., FERNÁNDEZ FERRES, G. Y CRUZ VILLALÓN, P., (2006). En GARCÍA MANZANO, P. (comp.), *Respuestas a la encuesta* (p.102). Navarra: Aranzadi, Cizur Menor.

ESPIÑOZA DÍAZ, A. (2010). El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma. *InDret – Revista para el análisis del derecho* (2), 4-11.

FERNÁNDEZ FARRES, G. (1994). *El recurso de amparo según la jurisprudencia Constitucional (Comentarios al Título III de la LOTC)*. Madrid.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2008), La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo. *Revista de Derecho* (3), 86.

JIMÉNEZ CONDE, F. (1990), Tema para el debate, *Anuario de derecho Constitucional y Parlamentario*, (2), 187-193.

MEZZANOTTE, C. (1979). *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Milano: Giuffré.

MORALES ARROYO, J.M. (2014). Recurso de amparo, derechos fundamentales y transcendencia constitucional. En URÍAS MARTÍNEZ, J. (comp.) *Seleccionar lo (menos) importante – Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas* (p. 76). Navarra: Aranzadi, Cizur Menor.

PALLIERI BALLADORE, G. (1953) *Diritto Costituzionale*, Milano: Giuffré.

PÉREZ TREMP, P. (2004), La reforma del recurso de amparo. En ARAGÓN REYES, M., (comp.) *Problemas del recurso de amparo* (pp. 163-165). Valencia: Tirant lo Blanch.

ROMBOLI R. (2006), *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, , Napoli: Edizioni Scientifiche italiane.

TARCHI, *Il giudizio sugli atti normativi* in "La Corte Costituzionale nei lavori della Commissione Bicamerale", dirigido por DAL CANTO F., Torino, 1998, 82 ss.