

EL NUEVO RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL A LA LUZ DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. (A PROPÓSITO DE LA RECIENTE SENTENCIA DEL TEDH *ARRIBAS ANTÓN C. ESPAÑA*)

ALICIA GONZÁLEZ ALONSO

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
UAM

FRANCISCO M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA

Abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Antiguo Letrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2010-2014)

Revista Española de Derecho Europeo 54
Abril – Junio 2015
Págs. 155 – 183

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PUNTO DE PARTIDA: EL CASO *ARRIBAS ANTÓN C. ESPAÑA*. III. EL RECURSO DE AMPARO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 6.1 CEDH. *A. La extensión a la jurisdicción constitucional de la jurisprudencia sobre restricciones al acceso a tribunales superiores. B. El Tribunal Constitucional: jurisdicción última en materia de derechos fundamentales. C. Las obligaciones del Tribunal Constitucional a luz de la sentencia Arribas Antón c. España.* IV. LA OBJETIVACIÓN DEL AMPARO Y EL ARTÍCULO 13 CEDH. *A. La opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B. ¿Es preciso agotar el recurso de amparo antes de acudir a la tutela del TEDH en virtud del artículo 35 CEDH?* 1. Que el derecho supuestamente vulnerado no sea protegible en amparo. 2. Que el Tribunal Constitucional haya desestimado recursos con el mismo objeto. 3. Que el recurso de amparo no sea un mecanismo adecuado para reparar el derecho fundamental vulnerado. V. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO POR AUSENCIA DE ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL O DE SU JUSTIFICACIÓN: *¿CAUSAS IMPEDITIVAS DE ACCESO AL TEDH? A. La naturaleza del requisito de la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo: ¿procedimental o sustantiva? B. ¿Un cambio sustancial en el entendimiento del artículo 35 CEDH por parte del TEDH?* VI. EPÍLOGO: ARGUMENTOS INSTITUCIONALES PARA QUE EL RECURSO DE AMPARO DEBA AGOTARSE ANTES DE IMPETRAR LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL.

RESUMEN: El TEDH ha dictado recientemente su sentencia *Arribas Antón c. España*, en la que ha analizado la compatibilidad con los artículos 6.1 y 13 CEDH del recurso de amparo español tras su reforma por LO 6/2007 y, en concreto, del nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional. En este comentario se analizan los efectos e implicaciones de la sentencia para futuros litigantes, para el Tribunal Constitucional y para el propio Tribunal Europeo. Además, el artículo dedica un apartado a exponer brevemente razones de índole institucional que aconsejan que el Tribunal Constitucional haga un uso responsable del criterio de la especial trascendencia constitucional para no perder protagonismo en el diálogo entre tribunales que se está produciendo a nivel europeo desde hace ya décadas.

PALABRAS CLAVE: *Arribas Antón c. España*, Recurso de amparo constitucional, Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho de acceso a un tribunal, derecho a un recurso efectivo, agotamiento de los recursos internos, diálogo entre tribunales.

ABSTRACT: The ECtHR has recently delivered its judgment in the case *Arribas Antón v. Spain* in which it has examined the compatibility of the amparo appeal as amended by Ley Orgánica 6/2007 with Articles 6.1 and 13 of the European Convention on Human Rights. Ley Orgánica 6/2007 has transformed the nature of the amparo appeal, the Constitutional Court being henceforth allowed to reject an amparo appeal whenever its subject matter does not have special constitutional significance. This article analyses the effects and implications that the conclusions reached in *Arribas Antón* by the ECtHR might have for future litigants, for the Spanish Constitutional Court and for the European Court itself. Besides, the article devotes a separate section to briefly outline institutional reasons that advise for a responsible use by the Constitutional Court of the requirement of the special constitutional significance so the court does not find itself marginalized in the dialogue between courts that has been taking place in Europe for decades now.

KEYWORDS: *Arribas Antón v. Spain*, Amparo appeal, Constitutional complaint, European Convention on Human Rights, Right to access to a court, Right to an effective remedy, Exhaustion of domestic remedies, Dialogue between courts.

Fecha de recepción original: 15 de marzo de 2015

Fecha de aceptación: 14 de abril de 2015

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la reforma operada en el recurso de amparo por la LO 6/2007, de 24 de mayo, nadie se había planteado seriamente que el recurso de amparo pudiera resultar ineficaz para la garantía de los derechos y, por lo mismo, este recurso era considerado, sin cuestionamiento ni matización alguna, un recurso que debía ser agotado antes de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «TEDH» o «el Tribunal»), con la excepción evidente del derecho de propiedad, al que ni la Constitución ni la ley extendían la protección del amparo.

Con la reforma del recurso de amparo de 2007, que ha dotado a éste de un marcado carácter objetivo, surgieron dudas e inquietudes a propósito de su eficacia como mecanismo de garantía de los derechos a los efectos de lo prevenido no sólo en el

derecho interno y, en concreto, en el artículo 53.2 CE¹, sino también en los artículos 6.1² y 13³ del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, «CEDH» o «el Convenio»)⁴.

Estas inquietudes han rebasado el ámbito académico para llegar en forma de demanda al TEDH, que ha tenido recientemente la ocasión de pronunciarse al respecto en su sentencia de Sala *Arribas Antón c. España*, de 20 de enero de 2015⁵. El TEDH se pronuncia en esta sentencia, por primera vez, sobre nuestro nuevo sistema de amparo constitucional y, en concreto, sobre su aspecto más novedoso y significativo: la especial trascendencia constitucional como requisito de admisibilidad.

Los estudiosos del sistema de protección nacional e internacional de los derechos fundamentales esperábamos impacientes el pronunciamiento del Tribunal. Su conclusión es que el requisito de la especial trascendencia constitucional como condición de admisibilidad de los recursos de amparo no es por sí mismo desproporcionado ni contrario, por ende, al artículo 6.1 CEDH. Si algo caracteriza a esta sentencia es su carácter matizado a la hora de pronunciarse sobre el requisito de la especial trascendencia. El Tribunal evita los absolutos y opta por la prudencia, consciente como es de la diversidad de casos que se le pueden presentar en el futuro. Por lo demás, los razonamientos contenidos en la sentencia presentan gran interés y tienen implicaciones importantes para todos los agentes implicados a las que nos

1. Vid. en este sentido DE LA OLIVA SANTOS, A., «La perversión jurídica del amparo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 751, 2008, pp. 1-13.
2. El artículo 6.1 CEDH establece, a los efectos que ahora nos interesan, lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)».
3. El artículo 13 dispone lo siguiente: «Derecho a un recurso efectivo – Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».
4. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., «La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Diario La Ley*, nº 8503, Sección Columna, 18 de marzo de 2015, apunta que «el porcentaje de inadmisiones en simples providencias es altísimo y ello ha llevado a preguntar si el recurso efectivo en defensa de los derechos fundamentales va a terminar siendo en España la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al ser el requisito de especial trascendencia constitucional mucho más riguroso que el establecido en el art. 35.3 b) CEDH, basado en los conceptos de perjuicio importante o desventaja significativa, como condición de admisibilidad de las demandas ante el TEDH, lo que también ha llevado a formular dudas sobre la compatibilidad de nuestro régimen de admisión del recurso de amparo con el art. 6.1 CEDH», aunque a renglón seguido afirma que el TEDH, que inadmite el 95% de las demandas, no parece la mejor solución para corregir los excesos de rigidez en la aplicación del criterio de la especial trascendencia constitucional.
5. De acuerdo con el art. 43 CEDH cualquiera de las partes puede, en casos excepcionales, solicitar el reenvío de su caso ante la Gran Sala en el plazo de tres meses desde la emisión de la sentencia de Sala.

referiremos a lo largo de este comentario. Para terminar esta introducción, conviene señalar que la sentencia no ha servido para dilucidar algunos interrogantes planteados por la reforma que, en consecuencia, se mantienen abiertos y sobre los que quizá el Tribunal tenga que pronunciarse en el futuro.

II. PUNTO DE PARTIDA: EL CASO *ARRIBAS ANTÓN C. ESPAÑA*

En este apartado procedemos a exponer brevemente los hechos que dieron lugar a la STEDH *Arribas Antón c. España*, así como las alegaciones de las partes y los razonamientos del TEDH, sin perjuicio de que se retomem oportunamente más adelante cuando procedamos a su análisis en los apartados correspondientes.

La sentencia tiene su origen en una demanda presentada por un ciudadano español, auxiliar de clínica, que había sido sancionado disciplinariamente por intentar realizar, mediante intimidaciones y maniobras ejercidas contra pacientes, actos sexuales no consentidos, y cuyo recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional había sido declarado inadmisibile por no haber satisfecho la obligación de justificar la especial trascendencia constitucional, exigencia contenida en el inciso final del artículo 49.1 LOTC.

Invocando los artículos 6.1 y 13 CEDH, el demandante sostenía que la inadmisión por el Tribunal Constitucional de su recurso de amparo había vulnerado su derecho a un tribunal y a un recurso efectivo. A este respecto, consideraba que el motivo de inadmisión aplicado era excesivamente formal y que la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de este criterio de admisión era contraria al Convenio. También bajo el artículo 6.1 CEDH el demandante se quejaba de que el tribunal de apelación había vulnerado su derecho a un proceso justo al pronunciarse sobre una cuestión que no había sido planteada por las partes, a saber, la nulidad de la sentencia dictada por el juez de lo contencioso-administrativo y la retroacción de las actuaciones a causa de un vicio procedimental acaecido en el marco del procedimiento administrativo disciplinario. Esta última queja no será objeto de nuestro análisis al carecer de relevancia a los efectos de este estudio.

El Tribunal decidió analizar la primera queja a la luz del artículo 6.1 CEDH para lo que inició, como es su costumbre, exponiendo los argumentos del Gobierno y del demandante sobre esta alegada queja. El Gobierno sostuvo que la reforma introducida por la LO 6/2007 constituía una opción legítima en materia de protección de los derechos fundamentales y que el hecho de que el Tribunal Constitucional no se pronunciara sobre el fondo del amparo, al considerar que el demandante no habría demostrado la especial trascendencia constitucional de su recurso, no habría afectado en nada a la correcta protección de los derechos del interesado. Éste había podido acceder al sistema de protección de los derechos fundamentales previsto en el sistema jurídico español mediante su demanda de protección judicial ante el juez contencioso-administrativo y el tribunal de apelación. Asimismo, el Gobierno sostuvo que el nuevo recurso de amparo no entrañaba una disminución de las garantías ni imponía a los recurrentes la satisfacción de requisitos nuevos injustificados. Los

requisitos de acceso al Tribunal Constitucional eran proporcionados en relación con la finalidad institucional perseguida por la reforma, esto es, privilegiar la actuación del poder judicial ampliando el incidente de nulidad de actuaciones, y reservar la jurisdicción constitucional para los casos en que las garantías de la Constitución y la autoridad de la jurisprudencia constitucional estuvieran en peligro. En concreto, el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional exigiría al demandante distinguir claramente los argumentos dirigidos a justificar la especial trascendencia constitucional de los dirigidos a probar la existencia de una violación del derecho fundamental. En el presente caso, el demandante se habría limitado a justificar la existencia de la violación desde un punto de vista subjetivo y no habría justificado en absoluto la dimensión objetiva de su recurso, lo que habría ocasionado su inadmisión.

Por su parte, el demandante consideraba que se había visto privado de su derecho de acceso al Tribunal Constitucional a pesar de la especial trascendencia, incontestable en su opinión, de su recurso de amparo. El demandante sostenía que la objetivación del recurso de amparo operada por la LO 6/2007 suponía una desnaturalización de dicho recurso, cuyo principal objetivo debía haber continuado siendo la protección de los derechos y de las libertades fundamentales y no la elaboración de jurisprudencia de los derechos fundamentales. Este criterio de admisibilidad debería hacerse depender, según el demandante, de los efectos reales o materiales de la violación del derecho fundamental. Además, el demandante defendía que su recurso de amparo tenía trascendencia constitucional a nivel subjetivo y objetivo y que bastaría con que la violación del derecho tuviera efectos prácticos sobre el individuo para que la trascendencia constitucional se encontrara justificada suficientemente con la exposición de los hechos y con los argumentos contenidos en el recurso.

El TEDH consideró que no había existido vulneración del artículo 6.1 del Convenio. El Tribunal recordó su jurisprudencia según la cual el derecho a un tribunal permite límites concretados en condiciones de admisibilidad, pero que dichas limitaciones solo son compatibles con el artículo 6.1 del Convenio si su finalidad es legítima y existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. El Tribunal también recordó que si bien el artículo 6.1 del Convenio no obligaba a los Estados a crear tribunales de apelación o casación y, todavía menos, tribunales competentes en materia de amparo, un Estado que se dotara de una jurisdicción de esta naturaleza tenía la obligación de garantizar que los justificables disfrutaran ante ella de las garantías del artículo 6.1 del Convenio. Ello no impedía, según el Tribunal, que los requisitos de admisibilidad de un recurso de amparo pudieran ser más rigurosos que los de un recurso ordinario. El Tribunal consideró que a la luz de la especificidad del rol que desarrolla el Tribunal Constitucional en tanto que jurisdicción de protección última de los derechos fundamentales, era admisible que al procedimiento seguido ante dicho Tribunal se le hubiera atribuido todavía más formalismo. Consideró además que subordinar la admisión del recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por el recurrente, que son criterios previstos por la ley e interpretados por la jurisprudencia,

cia constitucional, no era en sí mismo desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional. El Tribunal se refirió a tres notas: a la flexibilidad con la que el criterio se había aplicado antes de la sentencia 155/2009 que había enumerado de manera abierta las situaciones susceptibles de ser consideradas como de especial trascendencia constitucional; a que los criterios objetivos que el Tribunal había precisado y aplicado en su jurisprudencia ya estaban mencionados en la exposición de motivos de la LO 6/2007 y a que, en el caso concreto, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional había sido posterior al examen del asunto por dos instancias en las que se habían cumplido las mínimas garantías procesales y que habían dictado resoluciones motivadas.

Tras señalar que su función no era la de controlar en abstracto la ley y la práctica interna pertinentes sino determinar si el modo en que se habían aplicado al demandante vulneraba el Convenio, el Tribunal subrayó que el hecho de que el Tribunal Constitucional declarara un recurso de amparo inadmisibles por falta de trascendencia constitucional o, en su caso, porque el recurrente no hubiera demostrado la existencia de la trascendencia, no impedía al Tribunal pronunciarse sobre la admisibilidad y el fondo de la demanda que se le hubiera presentado.

A la luz de todas estas consideraciones, el Tribunal concluyó que al demandante no se le había privado de su derecho al acceso al Tribunal Constitucional porque las limitaciones aplicadas tenían un objetivo legítimo y eran proporcionadas a la finalidad perseguida.

Por lo que respecta al artículo 13 CEDH, las partes discrepaban en cuanto al carácter efectivo del amparo en razón de la inadmisión por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso interpuesto por el demandante ante el Tribunal Constitucional.

El TEDH, declarando la estrecha vinculación de la queja planteada bajo el artículo 13 CEDH con la realizada bajo el artículo 6.1 CEDH, consideró que no había lugar a examinar, en el caso concreto, si había existido vulneración del artículo 13 CEDH. Según el TEDH en materia de derechos civiles, las exigencias derivadas del artículo 13 CEDH son menos estrictas que las contenidas en el artículo 6, quedando las primeras absorbidas en las segundas.

III. EL RECURSO DE AMPARO A LA LUZ DEL ARTÍCULO 6.1 CEDH

A. LA EXTENSIÓN A LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE RESTRICCIONES AL ACCESO A TRIBUNALES SUPERIORES

Una de las manifestaciones del derecho a un tribunal contenido en el artículo 6.1 CEDH es el derecho de acceso a los tribunales. Este derecho no es, sin embargo, absoluto. Así, el TEDH ha venido admitiendo que los Estados, que cuentan en la materia con un cierto margen de apreciación, condicionen el derecho de acceso a los tribunales al cumplimiento de ciertos requisitos, siempre que la finalidad perseguida

por éstos sea legítima y exista una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y dicha finalidad. Los elementos para realizar este análisis ya han sido enumerados por el Tribunal en su jurisprudencia y, en concreto, en relación con España, el Tribunal se ha pronunciado al respecto en relación con los requisitos de acceso al recurso de casación en su sentencia *Brualla Gómez de la Torre c. España*, de 19 de diciembre de 1997.

Esta jurisprudencia es la que retoma el TEDH para analizar en *Arribas Antón* la proporcionalidad del requisito de la especial trascendencia constitucional. Así pues, los factores a considerar al realizar este enjuiciamiento de proporcionalidad comprenden la naturaleza de la acción o del recurso planteado o del tribunal que conoce de los mismos, y si la regulación e interpretación de las condiciones de accesibilidad cumplen con el principio de seguridad jurídica. El TEDH recurre a estos factores para analizar si subordinar la admisión de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por el recurrente, se ajusta a las exigencias que derivan de los artículos 6.1 y 13 CEDH para poder concluir que el nuevo recurso de amparo es respetuoso del derecho de acceso a un tribunal y del derecho a un recurso efectivo. La mayoría de los razonamientos contenidos en la sentencia se refieren al análisis del caso bajo el artículo 6.1 CEDH, ya que, de acuerdo con su jurisprudencia, las garantías del artículo 13 CEDH se subsumen en las del primero. Todo el análisis de conformidad con el Convenio pivota, en consecuencia, alrededor del artículo 6.1 CEDH. A nuestro parecer el Tribunal realiza un juicio en abstracto de esta cuestión, haciendo referencia, sin embargo, a determinadas peculiaridades del caso concreto.

Uno de los elementos que el Tribunal toma especialmente en consideración en su juicio de proporcionalidad lo constituyen «las particularidades del procedimiento en cuestión» (párrafo 42)⁶. En efecto, el TEDH, tras traer a colación su doctrina a propósito de que el Convenio no obliga a los Estados a crear tribunales de apelación, de casación y «todavía menos, tribunales competentes en materia de amparo», señala que es conforme al Convenio el establecimiento de requisitos más rigurosos y formalistas para acceder a este último que para acceder a los recursos ordinarios. En este sentido, el Tribunal tiene en cuenta el conjunto del procedimiento judicial que ha tenido lugar en el ámbito interno y el papel que, dentro del mismo, juega el Tribunal Constitucional en tanto que «jurisdicción última de los derechos fundamentales»⁷. Estas especificidades referidas tanto al procedimiento como al tribunal

6. El TEDH no distingue, como sí lo hace el Tribunal Constitucional, entre el «derecho de acceso a la jurisdicción» y el «derecho de acceso a los recursos», sino que examina ambas cuestiones desde el derecho a un tribunal al considerar que el ciudadano accede al conjunto del aparato judicial y a los procedimientos a través de los que puede canalizar su pretensión (primera instancia, apelación, casación, amparo, etc.). Ahora bien, el que esto sea así, no impide al Tribunal Europeo establecer diferencias a propósito de las particularidades del procedimiento concreto al que pretenda acceder el recurrente a la hora de juzgar los criterios de admisibilidad previstos en los ordenamientos internos.

7. Se añade cursiva.

que conoce del mismo constituyen razones esenciales, aunque no las únicas, que van a permitir al Tribunal llegar a la conclusión de que «subordinar la admisión de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por el recurrente (...) no es, *en sí mismo*, desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional» (párrafo 50)⁸.

Según el Tribunal, la reforma del recurso de amparo tiene una finalidad legítima. Su objetivo es mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional y reforzar la protección de los derechos fundamentales y «su finalidad es evitar una sobrecarga excesiva de aquél por asuntos de *escasa importancia*»⁹. Si bien no hay nada que objetar a las dos primeras finalidades que apunta el TEDH, es preciso realizar algún comentario sobre la tercera. Ni de la reforma del recurso de amparo ni del modo en que ésta ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional se deriva que solo vayan a inadmitirse los asuntos que revistan *escasa importancia*. El concepto de especial trascendencia constitucional no es equivalente al de importancia subjetiva del asunto. En este orden de consideraciones, aunque el TEDH no interprete la legislación interna, como él mismo afirma en la sentencia, es posible entender, y lo decimos como mera hipótesis, que haya utilizado el término «escasa importancia» porque entienda que todo aquello cuya importancia es notable, ya sea desde un punto de vista objetivo o subjetivo, debería tener especial trascendencia constitucional¹⁰.

Junto a la especificidad del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo también valora el grado de seguridad jurídica en los requisitos que los justiciables deben cumplir para acceder al Tribunal Constitucional. En este sentido, el TEDH ha valorado positivamente que las nuevas condiciones de admisibilidad estén previstas en la Ley y que hayan sido interpretadas por el Tribunal Constitucional de forma flexible,

8. Se añade cursiva.

9. Se añade cursiva.

10. Un sector doctrinal ha venido manteniendo que en la interpretación del criterio de la «especial trascendencia constitucional» el Tribunal Constitucional no sólo ha tenido en cuenta la importancia objetiva de los asuntos para acordar su admisión, sino también el grave perjuicio sufrido por el recurrente. Véase, entre otros, HERNÁNDEZ RAMOS, M., «La especial trascendencia constitucional del recurso de amparo y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luces y sombras de cuatro años de actividad», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2011. Más recientemente, RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., *op. cit.*, ha señalado que «una excesiva objetivación del amparo puede producir un retroceso en la protección de los derechos y libertades fundamentales, pues una cosa es la llamada inversión de la carga de la prueba de la especial trascendencia constitucional, y su necesaria justificación “objetiva”, y otra el que en su valoración no se tenga en absoluto en cuenta el impacto subjetivo en el recurrente de la violación del derecho fundamental alegado, cuestión que podría ser relevante para el Tribunal al utilizar su margen de apreciación sobre la admisibilidad del recurso un margen de apreciación que, sin embargo, no concede al Tribunal discrecionalidad en la selección de los asuntos que requieran o merezcan su atención» De una forma más matizada, GONZÁLEZ ALONSO, A., «La protección de los derechos fundamentales del artículo 24.1 de la Constitución tras la objetivación del amparo», *CEFLegal: Revista práctica del derecho. Comentarios y casos prácticos*, nº 139-140, 2012.

al menos hasta la STC 155/2009. En efecto, el Tribunal Constitucional ha concretado en una lista no cerrada –siguiendo para ello los lineamientos establecidos en la exposición de motivos de la LO 6/2007– las causas que confieren a un recurso especial trascendencia constitucional. Y también ha valorado que el Tribunal Constitucional haya establecido orientaciones dirigidas a los recurrentes en relación con el modo de dar correcto cumplimiento a la exigencia de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso de amparo (AATC 188/2008 y 289/2008).

B. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: JURISDICCIÓN ÚLTIMA EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Retomemos ahora los tres elementos que el Tribunal ha considerado importantes para establecer que «la subordinación de la admisión de un recurso de amparo a la concurrencia de circunstancias objetivas y a su justificación por el demandante no resulta *por sí mismo* desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional»¹¹. En primer lugar, la flexibilidad con la que el Tribunal Constitucional había aplicado el criterio en cuestión, teniendo en cuenta la fecha de introducción del recurso de amparo en relación con su sentencia 155/2009. En segundo lugar, el hecho de que los criterios objetivos que el Tribunal Constitucional debe precisar y aplicar se encontraban ya mencionados en la exposición de motivos de la LO 6/2007. Y, finalmente, que en el caso concreto, el procedimiento ante el Tribunal Constitucional había sido posterior al examen del caso por dos instancias judiciales ante las que el demandante había podido defenderse y que se habían pronunciado mediante decisiones motivadas y no arbitrarias¹².

A nuestro parecer, el primero y segundo de estos elementos irán perdiendo actualidad conforme el Tribunal Constitucional vaya resolviendo los recursos de amparo presentados con anterioridad –y quizá también, por cuestiones de seguridad jurídica, en fechas posteriores cercanas– a la publicación de la sentencia 155/2009 en el Boletín Oficial del Estado. No sucederá lo mismo con el tercero de dichos elementos y, por eso, nos parece que éste puede tener especial relevancia en casos futuros. En efecto, hacer depender la admisión de un recurso de amparo al cumplimiento de la especial trascendencia constitucional podría resultar desproporcionado en caso de que el ordenamiento no ofreciera ninguna vía judicial previa, con las consabidas notas de independencia e imparcialidad, ante la que residenciar o hacer valer la posible vulneración de un derecho reconocido en el Convenio. Esto dependerá, en todo caso, del sistema de recursos y remedios, y de la regulación de los mismos establecida en el ordenamiento interno, que, en el caso español, resulta francamente discutida.

Esta reflexión enlaza y justifica que nos detengamos en la alegación formulada por el Estado según la cual la reforma operada por la LO 6/2007 no se habría limita-

11. La cursiva es nuestra.

12. No está de más recordar en este punto que todos los órganos judiciales nacionales son también de garantía de los derechos fundamentales.

do a introducir modificaciones en el recurso de amparo, sino que también «[habría ofrecido] a los tribunales ordinarios posibilidades más amplias de reparación de las violaciones de derechos fundamentales gracias a un nuevo sistema de incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 LOPJ» (párrafo 29). En el mismo sentido, unas líneas antes, el Gobierno afirmaba que «esta reforma ha[bría] reforzado (...) el carácter extraordinario del recurso de amparo en cuanto a los motivos de admisibilidad y su carácter subsidiario en relación con la jurisdicción ordinaria»¹³ (párrafo 29). Estos argumentos del Gobierno no son meramente retóricos. Vienen a reconocer que antes de la reforma de 2007 la subsidiariedad del recurso de amparo no estaba garantizada en todos los casos porque éste era, en algunos, la única vía de tutela de derechos fundamentales. El legislador habría sido consciente de que para proceder a la objetivación del recurso de amparo sin merma para la garantía de los derechos, era preciso establecer una instancia judicial en la que se pudieran residenciar las vulneraciones de derechos fundamentales que hubieran sido producidas por primera vez en una resolución judicial irrecurrible y, por tal motivo, amplió el incidente de nulidad de actuaciones a todos los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo.

El TEDH no ha tenido en cuenta de forma explícita en su análisis este argumento del Gobierno, pero sí está implícito en su argumentación cuando se refiere a la especificidad del Tribunal Constitucional como *jurisdicción de protección última de los derechos fundamentales* (párrafo 50) y cuando, en el caso concreto, constata que la queja del demandante había sido examinada por dos instancias judiciales anteriores. La solución hubiera sido otra, quizá, si ante una queja fundada, ni el incidente de nulidad de actuaciones ni el recurso de amparo hubieran dado respuesta a la queja del demandante, con independencia del resultado que hubieran alcanzado.

En ese hipotético caso estaría en cuestión la efectividad del incidente de nulidad de actuaciones en tanto que *primera* vía de tutela de derechos fundamentales. La sentencia *Arribas Antón* se limita a controlar una parte de la reforma operada por la LO 6/2007, la que se refiere a la objetivación del recurso de amparo, pero no es descartable que en un futuro el Tribunal tenga que conocer de aquella otra que, según mantuvo el Gobierno en sus alegaciones, se presentaba como presupuesto para llevar a cabo la primera: el incidente de nulidad de actuaciones. La regulación de este incidente ha sido puesta en cuestión por algunos autores desde diversas perspectivas, entre los que destacamos, a efectos de este trabajo, aquellos que sostienen que su diseño no respeta las exigencias del principio de imparcialidad¹⁴. De plantearse algún día ante el TEDH la adecuación del incidente de nulidad de actuaciones a los artículos 6.1 y 13 CEDH, no parece que los argumentos manejados en *Arribas Antón*

13. Se añade la cursiva.

14. Pueden verse, entre otros, MORENILLA ALLARD, P. y De CASTRO MARTÍN, J. L., «Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1. II en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula», *Diario La Ley, Sección Doctrina*, nº 7784, 2012.

fueran trasladables sin más al incidente de nulidad de actuaciones. A diferencia de lo que sucede con el recurso de amparo, el incidente de nulidad de actuaciones no constituye un instrumento de protección *última* en materia de derechos, sino *primera*.

Por otra parte, el recurso de amparo regulado en el artículo 42 LOTC, esto es, el que cabe interponer contra las decisiones y actos sin valor de ley emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o de sus órganos, no se ha configurado por el legislador como un recurso subsidiario del judicial. Cuando uno de estos órganos vulnere algún derecho fundamental susceptible en amparo quedará expedita la vía del amparo siempre y cuando se hayan agotado –de preverse– los recursos internos ante las propias Cámaras legislativas. En el supuesto en el que no se prevean estos recursos, el Tribunal Constitucional estaría actuando como la primera instancia en el conocimiento de la vulneración de un derecho fundamental. Si la queja fuera defendible, uno de los argumentos esgrimidos en *Arribas Antón* –el que prevé que otros órganos hayan conocido previamente del asunto– no concurriría en el caso, por lo que la jurisprudencia recaída en el citado asunto no resultaría de aplicación. O expresado en otros términos, el recurso de amparo no sería un recurso efectivo si es inadmitido por falta de especial trascendencia constitucional.

En los casos para los que se hubiera previsto un recurso ante un órgano interno de las Cámaras legislativas, el examen sobre la efectividad del recurso de amparo, debería venir precedido de un juicio sobre si el recurso ante el órgano interno cumple con las exigencias de un recurso efectivo para la tutela de los derechos del Convenio. Si se llegara a la conclusión de que el recurso ante las Cámaras cumple con tales requisitos, la jurisprudencia de *Arribas Antón* podría ser de aplicación, ya que el Tribunal Constitucional actuaría como última instancia.

Aunque la mayoría de los recursos de amparo de este tipo suelen ser admitidos a trámite con base en la causa de la especial trascendencia constitucional contenida en el apartado g) STC 155/2009¹⁵, existen algunas excepciones en la reciente jurisprudencia constitucional¹⁶. Por ello, no sería descartable que alguno de estos asuntos llegara al TEDH¹⁷.

15. Según el TC concurre dicha causa de especial trascendencia «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».
16. *Vid.*, por ejemplo ATC 9/2012. No obstante, en este caso el TC razona sobre los motivos por los que aprecia que no se produjo la vulneración del derecho fundamental.
17. Adviértase, sin embargo, que el TC ha interpretado los derechos de participación contenidos en el art. 23 CE –que son los más invocados a través del recurso de amparo del art. 42 LOTC– de manera expansiva, no necesariamente coincidente con el contenido del art. 3 del Protocolo adicional al CEDH.

C. LAS OBLIGACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LUZ DE LA SENTENCIA *ARRIBAS ANTÓN C. ESPAÑA*

El Tribunal Europeo señala en su sentencia que, a fin de garantizar la seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional debería definir el contenido y el alcance de la especial trascendencia constitucional, lo que reconoce que ha realizado en diversas resoluciones desde la aprobación de la reforma, y que, además, debería explicar su aplicación a los casos declarados admisibles a fin de garantizar una buena administración de justicia. El Tribunal afirma, en este sentido, que los litigantes tienen una legítima expectativa a que las resoluciones adoptadas a este respecto por el Tribunal Constitucional se apliquen. En efecto, en nuestra opinión, las eventuales explicaciones que pudiera ofrecer el Tribunal Constitucional sobre la aplicación del criterio de la especial trascendencia constitucional en casos concretos permitirían concretizar y aclarar el significado de dicho requisito y, por tanto, favorecer la seguridad jurídica, esto es, servirían para que los litigantes conocieran el alcance efectivo del requisito y pudieran actuar en consecuencia. De este modo, nos parece, futuros litigantes potenciales que consideraran que la inadmisión de su recurso de amparo se debe a una aplicación arbitraria del criterio de la especial trascendencia constitucional tal y como éste se habría concretizado progresivamente, podrían acudir al TEDH invocando una vulneración del artículo 6.1 CEDH en su vertiente de acceso a un tribunal. El control de la correcta aplicación de este criterio con el fin de que no acabara erigiéndose en una restricción arbitraria del derecho de acceso a un tribunal seguiría siendo de difícil realización aun cuando el Tribunal Constitucional se tomara en serio la exigencia o exhortación del TEDH. Los contornos vagos e imprecisos de este criterio no se presantan con facilidad a una perfecta concretización ni son de aplicación indubitada –a lo que, por cierto, no ayuda el hecho de que por el momento el Tribunal Constitucional no explicita con carácter general los motivos que le conducen a concluir que un asunto tiene especial trascendencia constitucional¹⁸– pero la posibilidad de su control, al menos así creemos que lo entiende el TEDH, no puede desecharse por completo so pena de vaciar de contenido, en este particular aspecto, el derecho a un tribunal¹⁹. De otra manera, entendemos que el principio de seguridad jurídica se vería afectado.

18. Son francamente excepcionales las sentencias en las que el Tribunal Constitucional explica las razones que le llevaron a admitir un recurso de amparo por tener éste especial trascendencia constitucional. Por el contrario, suele ser habitual que en los antecedentes el Tribunal Constitucional se refiera a los argumentos de las partes y del Ministerio Fiscal acerca de la especial trascendencia constitucional del recurso. Puede verse en este sentido, GONZÁLEZ ALONSO, A., «¿Ha cambiado algo el recurso de amparo español tras la aprobación de la LO 6/2007, de 24 de mayo?», *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº 59, 2013, pp. 31 y ss.

19. Exhortaciones de este tipo al TC también han sido realizadas por parte de la doctrina española. Pueden verse otros, HERNÁNDEZ RAMOS, M., *op. cit.*, que entiende que «sería muy recomendable que el Tribunal Constitucional especificara la razón por la que se admite a trámite un recurso de amparo, no ya solo en aras de la transparencia de las decisiones judiciales y de la tutela judicial efectiva, sino también porque esta práctica sería muy útil para futuros recurrentes, principalmente debido al corte objetivo con el que el Legislador Orgánico configuró este nuevo trámite de admisión».

No cabe derivar de lo anterior, sin embargo, que vayan a ser objeto de fiscalización por parte del Tribunal Europeo aquellas sentencias o resoluciones que acuerden admitir un recurso de amparo sin expresar la causa por la que aquél tiene especial trascendencia constitucional. Creemos que una eventual demanda ante el TEDH basada únicamente en esta queja sería declarada inadmisibles por carecer manifiestamente de fundamento.

IV. LA OBJETIVACIÓN DEL AMPARO Y EL ARTÍCULO 13 CEDH

A. LA OPINIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como ya hemos señalado, el demandante en *Arribas Antón* se quejaba bajo el artículo 13 de la falta de eficacia del recurso de amparo como consecuencia de su objetivación. El Tribunal comienza recordando que, según su jurisprudencia, el artículo 13 CEDH no resulta aplicable por regla general cuando es un acto judicial el que constituiría la violación alegada, salvo si la queja planteada se refiriera al incumplimiento de la exigencia de la duración razonable del procedimiento. Y a continuación, reproduce la que ha venido en llamarse «doctrina de la absorción», según la cual las exigencias del artículo 13 CEDH quedan absorbidas por las del artículo 6.1 CEDH, que constituye *lex specialis* respecto del primero, y cuyas garantías son más exigentes, por lo que acaba analizando el asunto únicamente bajo el segundo de estos derechos²⁰.

La respuesta del Tribunal es satisfactoria, en términos generales. Y decimos en términos generales porque el Tribunal se refiere a la teoría de la absorción con respecto a derechos de carácter civil, olvidando que el asunto concreto versaba sobre una sanción disciplinaria. En todo caso, y volviendo al núcleo de nuestro análisis, la respuesta parece satisfactoria porque la queja bajo el artículo 13 CEDH resultaría coincidente con la planteada bajo el artículo 6.1 CEDH. Si un determinado recurso se considera en abstracto respetuoso del artículo 6.1 CEDH va de suyo que también lo será del artículo 13 CEDH en la medida en que éste es menos exigente²¹.

B. ¿ES PRECISO AGOTAR EL RECURSO DE AMPARO ANTES DE ACUDIR A LA TUTELA DEL TEDH EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 35 CEDH?

Una vez aclarado que el requisito de la especial trascendencia constitucional es conforme al artículo 6.1 CEDH y, por extensión, a su artículo 13, procede ana-

20. Esto es lo que algunos autores han denominado teoría de la absorción. *Vid.*, entre otros, TROCKER, N., «Dal giusto processo all'effettività dei remedi; l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Parte Seconda)», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 61, n° 1, 2007, pp. 453-454.

21. Es doctrina del TEDH que el derecho contenido en el art. 13 CEDH no garantiza necesariamente que el recurso tenga carácter judicial. Ahora bien, todos los recursos que tengan carácter judicial no sólo deben respetar las garantías del art. 13, sino también las del art. 6 CEDH.

lizar ahora si el recurso de amparo debe ser interpuesto, en todo caso, antes de acudir al TEDH.

El artículo 35 del Convenio exige el agotamiento de las vías de recurso internas antes de acudir al TEDH. Ahora bien, las vías de recurso a agotar son solamente las que puedan considerarse eficaces, esto es, accesibles para el demandante y adecuadas para la reparación de su derecho fundamental²². Con carácter general, si un recurso no cumple en abstracto con los criterios que se derivan del artículo 6.1 CEDH no se considerará eficaz y no habrá que agotarlo. Pero es posible concebir supuestos en los que una vía de recurso pueda considerarse en abstracto y en términos generales eficaz para dar reparación a la víctima de una violación de derechos fundamentales, pero que dicha eficacia no pueda predicarse en un caso concreto y que, por lo tanto, el TEDH dispense de su agotamiento. De hecho, el Tribunal ha admitido demandas cuando no se habían agotado los preceptivos recursos internos atendiendo a la falta de eficacia del recurso en el caso concreto.

De esta manera, los artículos 35 y 13 CEDH constituyen la cara y la cruz de una misma moneda. El artículo 35 presupone la existencia de recursos efectivos a nivel nacional, que es lo garantizado por el artículo 13. Ahora bien, la estrecha conexión que existe entre ambos preceptos no exige que todo recurso considerado eficaz en abstracto desde la perspectiva del artículo 6 CEDH deba ser agotado antes de instar la tutela del Tribunal²³.

Como ya se ha dicho, para que un recurso sea considerado efectivo desde un punto de vista abstracto, esto es, en términos generales, debe cumplir los requisitos del artículo 6.1 CEDH en su vertiente del «derecho a un tribunal»²⁴. Así, si un demandante acudiera al Tribunal Europeo *per saltum* por considerar que la regulación del recurso que no ha planteado es lo que efectivamente le impide acceder al mismo y obtener una reparación, el Tribunal estaría obligado a examinar la conformidad de dicho recurso con el «derecho a un tribunal» a fin de determinar si su demanda es admisible²⁵.

A partir de la sentencia *Arribas Antón* queda claro que el recurso de amparo es, con carácter general, un recurso efectivo para la garantía de los derechos y que, en

22. PITEA, C., «Articolo 35», en (Dir.) BARTOLE, S., DE SENA, P. y ZAGREBELSKY, V., *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell' Uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012, p. 661.

23. En la sentencia *Kudla c. Polonia* de 26 de octubre de 2000 de 26 de octubre de 2000, párr. 152 el TEDH afirma que entre los preceptos 13 y 35 CEDH existen «estrechas afinidades».

24. Si la queja fuera de duración excesiva del proceso judicial el Tribunal Europeo analizaría la queja a la luz del art. 13 CEDH. *Vid.* sentencia G. S. *Kudla c. Polonia*, ya citada, párr. 152 y ss. *Hartman c. República Checa*, 10 de julio de 2003.

25. Véase la decisión del TEDH *MPP Golub c. Ucrania*, de 18 de octubre de 2005, en la que la decisión de inadmisión de la demanda viene precedida de un examen en abstracto de la conformidad del recurso de casación previsto en el Código Procesal Mercantil de aquel país con los requisitos del derecho de acceso a un tribunal.

consecuencia, también con carácter general, el mismo debe ser agotado antes de impetrar la protección internacional. La exigencia de justificar la especial trascendencia constitucional no supone en abstracto un obstáculo a la efectividad, y accesibilidad, del recurso de amparo exigida por los artículos 6 y 13 CEDH. Cualquier excepción a su agotamiento debería, por tanto, hacerse descansar en consideraciones ajenas a lo resuelto en *Arribas Antón*.

La importancia de esta sentencia radica, además, en que por primera vez el TEDH juzga la adecuación al Convenio de requisitos de carácter sustantivo que restringen el acceso a tribunales superiores de garantía de derechos. Aunque el legislador alemán ya hace varios años que introdujo reformas en el recurso de amparo tendentes a reforzar su carácter objetivo, éstas no han sido todavía objeto de examen por el Tribunal Europeo²⁶. Esta circunstancia no ha sido un obstáculo para que un sector doctrinal haya afirmado que, en términos generales, los recursos constitucionales deben ser agotados antes de impetrar la protección internacional del artículo 34 CEDH²⁷.

Una vez dicho esto, procede analizar a continuación y sin ánimo de exhaustividad algunos supuestos en los que los potenciales demandantes se verían dispensados de acudir al recurso de amparo por no ser éste un recurso eficaz, en su caso. Antes de enumerarlos, es preciso advertir que al considerarse el recurso de amparo la última instancia interna, los demandantes ante el TEDH deberían justificar en su demanda las causas que les llevaron a considerar que dicho recurso no era efectivo en el caso concreto y, en consecuencia, que su agotamiento no les era exigido²⁸. Los supuestos son los siguientes:

1. *Que el derecho supuestamente vulnerado no sea protegible en amparo*

La protección a través del recurso de amparo está prevista en el ordenamiento español para los derechos a los que se refiere el artículo 53.2 CE, entre los que no se encuentra el derecho de propiedad, por lo que si la queja descansa exclusivamente sobre este derecho no hará falta acudir al recurso de amparo²⁹. Bastará con agotar

26. El TEDH ha inadmitido demandas en las que la queja del recurrente se refería a la falta de motivación de las resoluciones del Tribunal Federal por las que se acordaba la inadmisión a trámite de un recurso de amparo. Algunas de éstas están citadas en la sentencia *Arribas Antón: Simon c. Alemania* (dec), de 6 de julio de 1999, *Teuschler c. Alemania* (dec), de 4 de octubre de 2001, entre otras.
27. Véase en este sentido, PITEA, C., *op. cit.*, p. 662. Las sentencias señaladas por el autor tendentes a excepcionar la regla general, se refieren a casos concretos en los que el «amparo» no podía ser eficaz porque no podía reparar la vulneración del derecho. *Vid.* sentencias *Gran Sala Sürmeli c. Alemania*, de 8 de junio 2006 y *Hartman c. República Checa*, de 10 de julio de 2003.
28. En el modelo normalizado de demanda, se reserva un espacio para que el demandante informe si existía algún recurso que no se ha utilizado y explique los motivos que le llevaron a no interponerlo. Véase, asimismo, MORTE GÓMEZ, C., *¿Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 134-135.
29. Véase *Fernández-Molina González y otros c. España* (dec), de 8 de octubre de 2002, aptdo. 1 sobre la excepción de inadmisibilidad por no respeto del plazo de 6 meses en relación con la queja planteada respecto del art. 1 del Protocolo nº 1.

la vía judicial ordinaria en el modo en que venga determinado de acuerdo con lo dispuesto en las correspondientes leyes procesales.

Ahora bien, según la jurisprudencia del TEDH, será necesario haber acudido previamente al recurso de amparo en los casos en los que el demandante se queje conjuntamente de una vulneración del derecho a la propiedad y del derecho a un proceso justo si el examen de ambas quejas es de carácter inescindible³⁰. Si, por el contrario, el examen de la queja relativa a la propiedad puede escindirse o realizarse separadamente al de las otras quejas, el demandante debería acudir al TEDH para la defensa de su derecho de propiedad en el plazo de seis meses desde la resolución que ponga fin a la vía judicial ordinaria. Esto es lo que parece deducirse de una lectura conjunta de las decisiones del TEDH en los casos *Fernández-Molina González y otros c. España*, de 18 de octubre de 2002, y *Ubiña Lago c. España*, 10 de junio de 2008³¹.

Otro de los supuestos que pueden plantear problemas se produce cuando el alcance de los derechos fundamentales susceptibles de amparo no es plenamente coincidente con los derechos del Convenio. Tal ha sido el caso del artículo 8 CEDH en relación con el artículo 18 CE en lo relativo a las obligaciones positivas que tienen las autoridades estatales frente a situaciones especialmente graves de contaminación medioambiental por malos olores, ruidos, polvo, etc.³². Aunque en la actualidad el Tribunal Constitucional haya acogido la esencia de la jurisprudencia europea en esta materia y, en consecuencia, sea preciso acudir al recurso de amparo antes de impletrar la tutela internacional, podrían surgir en el futuro nuevos supuestos en los que estén comprometidos otros derechos cuyo contenido constitucional y convencional no sea plenamente coincidente. Sería ciertamente arriesgado proponer aquí que no hubiera que acudir al amparo constitucional en estos casos. La cláusula de apertura contenida en el artículo 10.2 CE, unida a la práctica del TC, que en términos generales, se caracteriza por hacer un uso generoso de esta previsión, aconsejarían la interposición del recurso de amparo previamente a la presentación de una demanda

30. *Ubiña Lago c. España* (dec), de 10 de junio de 2008.

31. Véase para un análisis de estas decisiones, MORTE GÓMEZ, C., *op. cit.*, pp. 131-132.

32. El primer asunto que tuvo acceso al TC, resuelto posteriormente por el TEDH (asunto *López Ostra c. España*, de 9 de diciembre de 1994) fue inadmitido por resolución de 26 de febrero de 1990 al considerar que la invasión de olores desagradables, ruidos y humos generados por la planta depuradora, no podían entrañar violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, «so pena de desnaturalizar el contenido de ese derecho». En su posterior STC 119/2001, el TC integró la doctrina del TEDH a través de la cláusula prevista en el art. 10.2 CE, «en el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la antes apuntada necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales». Una vez desestimado el amparo en este último caso, se instó la protección internacional de estos derechos ante el Tribunal de Estrasburgo. La STEDH *Moreno Gómez c. España*, 19 de noviembre de 2004, condenó al Reino de España por vulneración del art. 8 CEDH.

ante el TEDH. Dicho argumento se ve reforzado en la actualidad por el hecho de que una de las causas que dotan a un recurso de amparo de la especial trascendencia constitucional es, según la STC 1559/2009, que éste pueda dar ocasión al Tribunal Constitucional «para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de (...) un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE» (FJ 2º)³³.

2. *Que el Tribunal Constitucional haya desestimado recursos con el mismo objeto*

Al valorar la efectividad de un recurso a efectos del artículo 35 CEDH es necesario considerar las posibilidades que dicho recurso ofrecen al demandante de obtener una resolución favorable. La existencia de meras dudas sobre las perspectivas de éxito de un recurso concreto que no es evidentemente inútil no constituye *per se* una razón válida para no agotar los recursos internos. Sin embargo, si el recurso está claramente condenado al fracaso el demandante no tendrá que agotarlo. La determi-

33. Para otro supuesto en que no existe plena coincidencia entre los contenidos de los derechos constitucionales y convencionales, véase la STC 186/2013 y la sucesiva decisión del TEDH *G.V.A. c. España*, de 17 de marzo de 2015. En su sentencia, el TC señalaba que «el “derecho a la vida familiar” derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar *ex art.* 18.1 CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE), cuya efectividad, como se desprende del art. 53.2 CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el artículo 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del artículo 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo». (FJ 7º). Interpuesta demanda ante el TEDH, ésta fue finalmente archivada mediante decisión del TEDH de 17 de marzo de 2015 al haber alcanzado las partes un acuerdo amistoso. El Gobierno reconoció una vulneración de los artículos 8 y 13 del Convenio, se obligó a compensar a la víctima y se comprometió a dejar sin efecto la orden de expulsión de la misma del territorio nacional. A los efectos que más nos interesan en este momento, el Gobierno afirmó que «en el futuro, la interpretación del artículo 57.2 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se hará en combinación con los criterios recogidos en el artículo 57.5.b) de esa misma ley orgánica, de acuerdo con el artículo 8 del Convenio bajo la supervisión efectiva de los jueces ordinarios, lo que el Tribunal Constitucional ha ordenado también en su sentencia 186/2013, emitida en el recurso de amparo relativo a este caso». Así pues, parece que en casos de expulsión con una dimensión familiar como el resuelto en el caso de *G.V.A.* no será preciso acudir al TC, sino que agotados los recursos ante los tribunales ordinarios, la presunta víctima podrá acudir al TEDH. Esto será así salvo si se interpretara que, a estos efectos, la queja debiera vehicularse previamente a través del artículo 24 CE por motivación insuficiente o irrazonable.

nación de este extremo debe valorarse a la luz de datos objetivos y no en función de la opinión personal del demandante, y teniendo en cuenta la necesidad, en los ordenamientos que tienen previsto un control de constitucionalidad de poner a prueba el alcance de la protección otorgada por los derechos concretos y en los ordenamientos de *common law* de ofrecer a los tribunales internos la posibilidad de desarrollarlos por vía interpretativa³⁴.

Las perspectivas de éxito de un recurso deben ser valoradas a la luz de la jurisprudencia de los tribunales nacionales. Como ha señalado algún autor, citando la decisión *Daddi c. Italia*, de 2 de junio de 2009, «al demandante no le está permitido especular sobre el éxito de un recurso cuando no existan precedentes jurisprudenciales, especialmente si subsisten márgenes de aplicación e interpretación conformes al Convenio»³⁵. Tampoco parece que le esté permitido especular cuando no existe una línea jurisprudencial inequívoca. Ahora bien, cuando exista una jurisprudencia consolidada a nivel nacional que le sea claramente desfavorable, no parece que pueda exigírsele al demandante acudir a un recurso que en ningún caso le podría ofrecer satisfacción. «No puede considerarse que un demandante no haya agotado las vías de recurso internas si puede demostrar, presentando decisiones internas u otras pruebas pertinentes, que un recurso disponible que ha dejado de ejercitar estaba condenado al fracaso» (*Kleyn y otros c. Países Bajos* [GS], 6 de mayo de 2003, párrafo 156).

En esta línea, podría afirmarse para el caso español que a los demandantes no se les debería exigir que acudieran al recurso de amparo si existiera una jurisprudencia consolidada e inflexible del Tribunal Constitucional que condenara su recurso al fracaso. En este sentido resulta conveniente señalar, tal y como lo hizo el Gobierno en sus alegaciones en el caso *Arribas Antón*, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es abundante –más de 30 años de jurisprudencia– y que en relación con algunos derechos fundamentales puede considerarse muy asentada³⁶.

La interposición de un recurso de amparo sería todavía menos exigible en los casos, raros seguramente a causa del artículo 10.2 CE, en que la jurisprudencia constitucional se apartara abiertamente de la del Tribunal Europeo, y ello a pesar de que el demandante, a través de su recurso, pudiera hacer reflexionar al Tribunal Constitucional sobre un cambio de jurisprudencia a la luz de la doctrina del TEDH³⁷.

34. Véase PITEA, C., *op. cit.*, p. 666 y jurisprudencia allí citada.

35. PITEA, C., *op. cit.*, p. 666.

36. El Gobierno afirma, quizás exageradamente, «que existe una jurisprudencia constitucional abundante y *perfectamente clara* en materia de derechos». Se añade cursiva.

37. Véase, *mutatis mutandis*, FJ 2 de la STC 155/2009. Entre los casos con especial trascendencia constitucional se cuentan aquellos que den ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia, entre otras cosas, de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE. Obsérvese que dicha redacción presupone la inexistencia de conflicto entre las interpretaciones de los derechos realizadas por el TEDH y el TC.

Aunque todo dependería de las circunstancias, y del alcance que quisiera darse a la subsidiariedad, creemos que en línea de principio sería desproporcionado obligar al recurrente a acudir a un recurso de amparo que, a la luz de datos objetivos, estaría abocado al fracaso. En todo caso, es apropiado subrayar aquí que correspondería al demandante demostrar la práctica inexistencia de perspectivas de éxito para su recurso de amparo, por ejemplo, como hemos visto más arriba, mediante la presentación de resoluciones judiciales apropiadas.

3. *Que el recurso de amparo no sea un mecanismo adecuado para reparar el derecho fundamental vulnerado*

Tampoco será procedente la interposición del recurso de amparo en aquellos casos en los que dicho instrumento no pueda ofrecer al recurrente una correcta reparación de sus derechos.

Las resoluciones del TEDH referidas al derecho a la duración razonable de los procesos en relación con Alemania y la República Checa son especialmente reveladoras en este sentido. En la sentencia *Sürmeli c. Alemania*, el Tribunal determinó que dados los escasos poderes del Tribunal Constitucional Federal alemán para obligar a los jueces inferiores a acelerar los procedimientos y su incapacidad para otorgar una compensación económica a los recurrentes tras la constatación de dilaciones excesivas, al demandante «no le era exigido plantear ante dicho tribunal su queja relativa a la duración del procedimiento»³⁸. En igual sentido, en su sentencia *Hartman c. República Checa*, el Tribunal concluyó que la queja ante el Tribunal Constitucional no constituía una vía de recurso adecuada y efectiva que los demandantes hubieran debido agotar para proteger el derecho a un proceso en un plazo razonable antes de acudir a la protección internacional. Y ello porque el Tribunal Constitucional checo, aunque podía ordenar al juez o tribunal responsable del retraso la aceleración del proceso, carecía de competencia para sancionarlo si éste desatendía sus órdenes, ni tampoco tenía capacidad para darle instrucciones concretas que pudieran poner fin a la dilación ni podía otorgar indemnizaciones por los retrasos ya producidos.

A diferencia de lo sostenido con respecto a la queja constitucional alemana y checa, el Tribunal ha considerado que el amparo español reúne las notas necesarias para ser un recurso eficaz a efectos de reparar las vulneraciones del derecho a la tramitación de los procesos en plazos razonables. El Tribunal ha hecho hincapié en que

38. Resulta interesante referir aquí que, en la audiencia pública ante el Tribunal, el Gobierno le solicitó que, en caso de concluir que la queja constitucional no constituía un recurso efectivo bajo el artículo 13, sostuviera sin embargo, que los demandantes debían hacer uso del mismo a efectos de agotar los recursos internos en cumplimiento del artículo 35 del Convenio. De otro modo, defendía el Gobierno, el Tribunal estaría dejando abierta a los litigantes la posibilidad de solicitar directamente su protección en relación con la duración del procedimiento sin tener que pasar previamente por el Tribunal Constitucional Federal, el cual desarrollaba una función de filtraje a este respecto. Éste no podía ni debía ser, según el Gobierno, el propósito del artículo 13 y dicha conclusión conduciría a un incremento de casos presentados ante el Tribunal Europeo.

el Tribunal Constitucional español, a diferencia del alemán y del checo, puede dar instrucciones precisas al órgano judicial responsable de las dilaciones para que acelere el proceso cuando la parte perjudicada por dichas dilaciones ha interpuesto un recurso de amparo quejándose de las mismas. Ahora bien, dicha eficacia se predica del amparo sólo cuando el procedimiento judicial está todavía en fase de tramitación o pendiente de resolución³⁹. Una vez que el procedimiento principal ha finalizado, el recurso de amparo ya no es eficaz para reparar los retrasos injustificados porque el Tribunal Constitucional, como es evidente, ya no podría ordenar la aceleración del procedimiento y, además, porque ha entendido que entre sus facultades no está la de otorgar indemnizaciones⁴⁰.

Así pues, la conclusión que puede extraerse de lo anterior es que el amparo no es un recurso efectivo que deba ser agotado para reparar dilaciones cuando el proceso principal ya ha finalizado. El demandante debería acudir, según la jurisprudencia coincidente del TC y del TEDH, a la vía de los artículos 292 y ss. LOPJ⁴¹.

El recurso de amparo también podría resultar un mecanismo ineficaz en aquellos casos en los que la única forma de reparación del derecho fundamental vulnerado fuera el otorgamiento de una compensación indemnizatoria por el Tribunal Constitucional, pues éste ha insistido en su jurisprudencia sobre el hecho de que su ley reguladora no le concede facultades para establecer y otorgar indemnizaciones. Una ocasión en la que el TEDH ha tenido la oportunidad de constatar la ineficacia del amparo y de un posterior incidente de ejecución de la sentencia dictada en dicho amparo por carecer el Tribunal Constitucional de esta facultad, lo constituye la sentencia *García Mateos c. España*, de 19 de febrero de 2013. En efecto, en dicho caso, la única manera de reparar el derecho vulnerado consistía,

39. Véase, entre otras, la STC 178/2007.

40. El amparo carece de eficacia también en los casos en que el proceso judicial principal termina antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre las dilaciones indebidas, pues en estos casos el Tribunal Constitucional se limita a dictar una sentencia declarativa y no otorga indemnización. Véanse las SSTC 89/2014 y 99/2014. Nos parece que el amparo en estos casos más que funcionar como un mecanismo de garantía de derechos subjetivos, se utiliza por el Tribunal Constitucional para realizar llamadas de atención a los poderes públicos, incluido el legislador, a fin de que éstos arbitren medidas para corregir el problema estructural de dilaciones indebidas. A la luz de esta jurisprudencia, es posible cuestionarse si el demandante podría acudir directamente al TEDH en el caso en que el procedimiento principal finalizara antes de que el TC se hubiera pronunciado sobre las dilaciones indebidas en el marco del recurso de amparo planteado por éste. Téngase en cuenta que es reiterada jurisprudencia del TEDH que los derechos garantizados en el Convenio no son ilusorios sino reales y efectivos y que, por tanto, sería contrario al espíritu y finalidad del Convenio obligar al recurrente a esperar la resolución del Tribunal Constitucional sufriendo como consecuencia mayores dilaciones sabiendo de antemano que en el mejor de los casos obtendrá del TC una sentencia declarativa de violación del derecho a no sufrir dilaciones indebidas, pero en ningún caso la reparación de la vulneración sufrida.

41. Véase, entre otras, STC 146/2002; TEDH *Puchol Oliver c. España*, de 25 de enero de 2005.

dadas las circunstancias, en una indemnización económica. Sin embargo, el Tribunal Constitucional se limitó a declarar la vulneración del derecho y a anular la sentencia del juez *a quo* sin más pronunciamientos tendentes a la reparación del derecho⁴². Una resolución meramente declarativa como ésta no es suficiente para considerar que el demandante ha sido reparado en su derecho y, por tanto, el recurso de amparo debe considerarse ineficaz en estos casos.

A la luz de esta sentencia creemos que es posible afirmar, aunque con las necesarias cautelas, que el recurso de amparo es ineficaz en los casos en que el único modo de reparación del derecho fundamental vulnerado lo constituya una indemnización y que, por lo tanto, no sería necesario agotarlo. Otra cosa es que el TEDH pueda exigir el agotamiento de la vía del artículo 292 LOPJ antes de que el demandante pueda impetrar la protección internacional. Pero tal posibilidad, tal y como se deriva de *García Mateos c. España*, sería exigible solo si dicho cauce hubiera resultado idóneo en supuestos similares.

V. LA INADMISIÓN DEL RECURSO DE AMPARO POR AUSENCIA DE ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL O DE SU JUSTIFICACIÓN: ¿CAUSAS IMPEDITIVAS DE ACCESO AL TEDH?

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, el artículo 35.1 CEDH condiciona la admisibilidad de la demanda ante el TEDH a que el recurrente haya agotado las vías de recursos internas. Este requisito de accesibilidad se entenderá satisfecho si los demandantes han dado ocasión a los Estados de prevenir o reparar la lesión de los derechos convencionales. Para que esta posibilidad reparadora o preventiva pueda llevarse a efecto por los Estados no solo es necesario transitar por esos recursos, sino también hacerlo respetando las formalidades y plazos exigidos por el Derecho interno e invocando el derecho compelido en forma o en sustancia⁴³.

En el caso *Arribas Antón* el TC había declarado inadmisibile el recurso de amparo por no haber cumplido el demandante la exigencia prevista en el artículo 49.1 *in fine* LOTC que ordena, *en todo caso*, la justificación en la demanda de amparo de la especial trascendencia constitucional del asunto. Ante esta circunstancia, el Estado podría haber alegado en sus observaciones la falta de agotamiento de los recursos internos al no haber presentado el demandante su recurso

42. Respecto a la posibilidad de que el TC pueda otorgar indemnizaciones con el objeto de reparar a los recurrentes en la integridad de sus derechos, es jurisprudencia reiterada del TC que carece de tal facultad. Véase en este sentido el ATC 1/2009. Dicho Auto cuenta con un voto particular que invita al TC a apartarse de esta línea jurisprudencial con base en lo previsto en el art. 55.1 LOTC. Algunos autores también se han mostrado partidarios de que el Tribunal Constitucional pueda conceder indemnizaciones en aquellos casos en los que no hay otra manera de restituir al demandante en la integridad de su derecho. Véase, entre otros, I. BORRAJO INIESTA, «Indemnización constitucional. A propósito de la Sentencia Bivens del Tribunal Supremo de Estados Unidos», *Revista de Administración Pública*, nº 103, enero-abril 1984.

43. Sentencia *Cardot c. Francia*, de 19 de marzo de 1991, párrafo 34, entre muchas otras.

cumpliendo todos los requisitos de admisibilidad del amparo⁴⁴. Sin embargo, no lo hizo. Quizá la explicación se encuentre en que el Estado era consciente de que dicha excepción no hubiera prosperado al constituir ésta fundamento de la queja presentada por el demandante bajo el artículo 6.1 CEDH⁴⁵. En otras palabras, que la excepción hubiera estado tan íntimamente ligada al fondo que el Tribunal hubiera optado en todo caso por unir el examen de la excepción de admisibilidad al enjuiciamiento del fondo del asunto⁴⁶.

Este *modus operandi*, esto es, el de unir el examen de una excepción de inadmisibilidad al fondo, ya la había utilizado el Tribunal en casos anteriores relativos a España, en los que el Tribunal Constitucional había declarado el amparo inadmisibile. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia *Rodríguez Valín c. España*, de 11 de octubre de 2001, en la que, también bajo el artículo 6.1 CEDH, se planteó si podía considerarse contraria al derecho a un tribunal la inadmisión de un recurso de amparo remitido por correo postal con el argumento de que el mismo no había tenido entrada en la sede del Tribunal Constitucional hasta el día siguiente al de finalización del plazo. El TEDH llegó a la conclusión de que la interpretación del TC no vulneraba tal derecho en atención a las circunstancias que concurrían en el caso: el plazo era suficientemente amplio y el recurrente contaba con asistencia letrada.

En la sentencia objeto de examen en este trabajo, el TEDH analizó si la carga impuesta en el inciso final del artículo 49.1 LOTC y la forma en que ésta había sido interpretada por el Tribunal Constitucional era contraria al artículo 6.1 del Convenio. El TEDH, como ya se ha dicho, concluyó que el establecimiento de dicha carga era legítimo y proporcionado en términos generales. Si el Tribunal se hubiera quedado en dicha afirmación, hubiera sido posible entender que, a futuro, los demandantes que dejaran de cumplir con dicho requisito quedarían privados de la tutela internacional dispensada por el Tribunal por falta de agotamiento *correcto* de los recursos internos y el Estado, por su parte, quedaría facul-

44. Es preciso advertir que el Estado, tal y como consta en el párrafo 25 de la sentencia, alega que el demandante no cumplió con la obligación prevista en el art. 49.1 LOTC, pero no extrajo de dicha conclusión ninguna consecuencia en orden a interesar su inadmisión.

45. Resulta ilustrativa en este sentido la sentencia *Ferré Gisbert c. España*, de 13 de octubre de 2009. En dicha sentencia el TEDH decidió unir la excepción de no agotamiento planteada por el Estado con el examen de fondo de la queja formulada bajo los artículos 6.1 y 13 CEDH al considerar que dicha excepción coincidía con el motivo que había justificado la comunicación del caso al Estado, esto es, la inadmisión de un recurso de amparo por extemporáneo (párrafo 20 de la sentencia).

46. En el mismo sentido PITEA, C., *op. cit.*, p. 669, señala: «Infine, quando una questione di accessibilità e adeguatezza di un ricorso sia strettamente legata a una doglianza relativa alla violazione di obblighi procedurali ai sensi degli artt. 2 e 3 CEDU, alla violazione dell' art. 6 CEDU, specialmente sotto il profilo dell'accesso a un tribunale, o dell'art. 13 CEDU, essa è di norma reunita al merito (*M.S.S., cit.*, §§284-285; *Guadagnino, cit.*, §§ 35-42; *C.edu, Matsyuk c. Ucraina*, 10.12.2009, §25; *Scoppola, cit.*, §126; *Opuz, cit.*, § 116; *Sürmeli, cit.*, § 78). Las negritas son del original.

tado para alegar esta excepción. Sin embargo, no fue así. El TEDH no se limitó a afirmar que dicho requisito era proporcionado, sino que señaló expresamente que la falta de cumplimiento de tal exigencia no sería óbice para, en su caso, poder admitir demandas y examinar su fondo. En palabras del propio Tribunal (párrafo 50):

«... el Tribunal quiere subrayar⁴⁷ que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado un recurso de amparo inadmisibles por falta de especial trascendencia constitucional o, en su caso, porque el recurrente no haya justificado la existencia de dicha trascendencia no impide al Tribunal pronunciarse sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le haya presentado (véanse, entre otras, *Del Río Prada c. Espagne* [GC], nº 42750/09, CEDH 2013, *Varela Geis c. Espagne*, nº 61005/09, 5 de marzo de 2013, *Manzanas Martín c. Espagne*, nº 17966/10, 3 de abril de 2012, y *R.M.S. c. Espagne*, nº 28775/12, 18 de junio de 2013, Sentencias emitidas por el Tribunal tras autos de inadmisión de recursos de amparo por el Tribunal Constitucional español)».

El énfasis puesto en este párrafo por el Tribunal demuestra que la afirmación en él contenida no se realiza *ad passim*, sino que es contenido nuclear de la sentencia. Y ello a pesar de que el argumento contenido en el mismo resultaba innecesario para resolver el caso concreto, y además podría considerarse contradictorio con las afirmaciones precedentes en las que el Tribunal sostiene la adecuación al Convenio de la carga impuesta a los demandantes en amparo de justificar la especial trascendencia constitucional de su recurso.

El Tribunal podría haber optado por diferenciar la causa de inadmisión relativa a la *falta de justificación* de la especial trascendencia constitucional por parte del demandante de la causa de inadmisión relativa a la *no apreciación* de la especial trascendencia constitucional por parte del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como se ha visto, el Tribunal optó por considerar irrelevante esta diferencia a efectos del juicio de admisibilidad de las posibles demandas que se le pudieran presentar en un futuro. En nuestra opinión, sin embargo, ambas causas de inadmisión del recurso de amparo no son equiparables, y ello porque en los supuestos en los que el Tribunal Constitucional declara la inadmisibilidad del recurso por carecer de especial trascendencia constitucional se está presuponiendo que el demandante ha cumplido con el requisito que le obliga a demostrar su concurrencia, mientras que en los casos en los que el Tribunal Constitucional inadmite la demanda con base en que no se ha cumplido con la obligación de justificar la especial trascendencia constitucional, se está poniendo de manifiesto un defecto en la forma en que el demandante agotó las vías de recurso internas. Esta afirmación realizada por el Tribunal contiene un mensaje a futuros demandantes y al propio Estado. A los primeros, les hace saber que la no apreciación e incluso la no justificación de la especial trascendencia constitucional de su recurso no va

47. El original en francés es enfático: *elle tient à souligner*.

a impedirle al Tribunal admitir eventualmente su demanda y examinar el fondo. Y al Estado le advierte de que una eventual excepción por falta de agotamiento ante la no justificación de la especial trascendencia por el demandante no va a prosperar.

Nos parece, no obstante, que dicha afirmación responde también a otras consideraciones de índole institucional y de política judicial. El hecho de que el TEDH considere irrelevante el agotamiento correcto de los recursos en este caso se debe, nos parece, a una voluntad de asegurar su autonomía para afirmar su competencia en el examen de los casos que se sometan a su jurisdicción. Desarrollamos estas ideas en los siguientes apartados.

A. LA NATURALEZA DEL REQUISITO DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO DE AMPARO: ¿PROCEDIMENTAL O SUSTANTIVA?

Aunque ni las partes en sus alegaciones ni el Tribunal Europeo se pronuncian sobre la naturaleza del requisito de la especial trascendencia constitucional y, en consecuencia, la sentencia no contiene ningún razonamiento al respecto, es probable, sin embargo, que la causa que conduce al Tribunal a no considerar inadmisibles *pro futuro* las demandas inadmitidas por el TC por falta de justificación de la especial trascendencia constitucional del amparo, responda a la naturaleza jurídica de este requisito. Quizá el Tribunal haya considerado, en línea con el Tribunal Constitucional, que el requisito de explicitar la especial trascendencia constitucional no es de carácter meramente «procedimental», sino de carácter sustantivo o material. En este orden de consideraciones, el Tribunal Constitucional ha reiterado en varias resoluciones que se trata de «una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada con un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007» (ATC 188/2008)⁴⁸. Por ello, dicha obligación no es equiparable, según el Tribunal Constitucional, a otros requisitos formales «como por ejemplo la aportación de documentos o la consignación de determinados datos» y, por ello, a diferencia de éstos, no es subsanable. El requisito de argumentar la especial trascendencia está ligado a la naturaleza jurídica del recurso de amparo y a la nueva función que le atribuye el legislador tras la reforma de 2007⁴⁹.

Desde esta perspectiva, no es irrazonable que el TEDH no permita que tal requisito, en cuanto vinculado con la nueva naturaleza del amparo, module o afecte a su competencia para determinar qué asuntos pueden quedar bajo su jurisdicción. La sobrecarga de asuntos y los problemas derivados de ésta constituyen un desafío para

48. Resulta llamativo que aunque la STEDH reproduzca diversos párrafos significativos de este Auto, sin embargo, no incluya el contenido que trascibimos en el texto principal.

49. Tal forma de razonar está implícita en el párrafo 50 de la sentencia, que se refiere a la especificidad del papel que desarrolla el Tribunal Constitucional en tanto que jurisdicción de protección última de los derechos fundamentales.

ambas jurisdicciones. En el caso europeo, aunque se han adoptado medidas desde el propio TEDH⁵⁰ y como consecuencia de la modificación de los Tratados⁵¹, para solucionar el problema de la sobrecarga de demandas, éstas han sido de distinta naturaleza a las adoptadas por el legislador español que ha procedido a la objetivación del recurso de amparo a través de la concurrencia de la especial trascendencia constitucional. Si el TEDH hubiera admitido que el no cumplimiento de este requisito por los demandantes condujera inexorablemente al cierre de la vía jurisdiccional prevista en el CEDH hubiera supuesto, para las demandas presentadas por las vulneraciones presuntamente cometidas por España, una suerte de traslación de estas medidas de admisibilidad de carácter sustantivo o material al sistema del Convenio. Parece lógico que el TEDH rechace esta posibilidad a la luz no solo del contenido actual del Convenio, sino también de las reformas que se pretenden introducir con los protocolos números 15 y 16, todavía pendientes de entrar en vigor, pues éstas no van en la línea de objetivar el sistema de demandas individuales ante el Tribunal Europeo en el modo en que lo ha hecho el legislador español⁵². Las políticas asumidas a este respecto en el sistema europeo no coinciden con las adoptadas a nivel interno. Mientras que en el ámbito interno la gravedad de la lesión constituye, en principio, un criterio ajeno a la especial trascendencia constitucional, en el sistema europeo el criterio de la gravedad tiene gran importancia. De hecho, una demanda podría ser inadmitida si el perjuicio sufrido por el recurrente no fuera importante, salvo que «el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse

50. En este sentido véase la regulación de las sentencias piloto en el art. 61 del Reglamento del TEDH, que recoge un modelo que se había iniciado por vía pretoriana con la STEDH [GS] *Broniowski c. Polonia*, de 22 de junio de 2004. Véase asimismo la reciente modificación de 6 de mayo de 2013 del art. 47 del Reglamento del TEDH (Contenidos de una demanda individual), incrementando el formalismo en la presentación de demandas para que éstas sean examinadas.

51. El Protocolo nº 14, entre otras cosas, introdujo la figura del Juez Único con competencia para inadmitir demandas (art. 27 CEDH); atribuyó a los Comités de tres jueces competencia para dictar sentencia sobre el fondo en determinados casos (art. 28.1.b) CEDH); incluyó una nueva causa de inadmisión en el art. 35.3 b) CEDH, que prevé como causa de inadmisibilidad de una demanda que el demandante no haya sufrido un perjuicio importante, con dos salvedades importantes: (i) que el asunto exija un examen de fondo de demanda para garantizar el respeto de los derechos convencionales y (ii) que el asunto no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional. Esta última salvedad será suprimida con la entrada en vigor del Protocolo 15.

52. Véase, en este sentido, LÓPEZ GUERRA, L., «Los Protocolos de reforma nº 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *REDE*, nº 49, 2014, pp. 11-29; MONTESINOS PADILLA, C., «La evolución del TEDH: ¿Hacia dónde se dirige el modelo convencional de tutela de los derechos humanos?», *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, QUERALT JIMÉNEZ, A. (Coord.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional»⁵³.

La consecuencia que deriva de todo lo anterior es que el incumplimiento por los demandantes de la obligación prevista en el artículo 49.1 *in fine* LOTC no les impedirá instar la tutela de sus derechos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues éste no inadmitirá sus demandas por falta de agotamiento, pudiendo entrar en el fondo de no apreciar ninguna otra causa de inadmisión. Y ello aunque el Estado hubiera presentado una excepción de falta de agotamiento de las vías de recurso internas⁵⁴.

Va de suyo que esta jurisprudencia es aplicable también en las inadmisiones por justificación *insuficiente* de la especial trascendencia constitucional así como en los casos, que no constituyen una excepción, en los que el Tribunal aprecia la causa de inadmisión contenida en el artículo 50.1 a) LOTC por considerar que no se aprecia lesión del derecho fundamental cuya tutela de impetra⁵⁵.

B. ¿UN CAMBIO SUSTANCIAL EN EL ENTENDIMIENTO DEL ARTÍCULO 35 CEDH POR PARTE DEL TEDH?

Más allá de que las conclusiones alcanzadas en el apartado anterior sean acertadas, nos resulta patente que la decisión del TEDH de admitir demandas que han resultado inadmitidas en la vía interna por un tribunal cúspide en materia de derechos fundamentales por no cumplir las exigencias previstas en las leyes procesales, supone excepcionar de alguna manera lo dispuesto en el artículo 35 CEDH.

Dicho precepto, hasta ahora, solo había permitido que el TEDH admitiera demandas en casos en los que, aun siendo exigible, *prima facie*, interponer un determinado recurso en la vía interna, el demandante podía justificar que no lo había interpuesto por una causa justificada –por sus circunstancias personales, porque el recurso no era capaz de reparar el derecho en el caso concreto, etc.–.

En *Arribas Antón* el Tribunal parece separarse de esta línea jurisprudencial. La conclusión alcanzada por el TEDH en *Arribas Antón* no se compece bien con el razonamiento que el Tribunal había venido aplicando al criterio del no agotamiento en los casos en los que éste se había producido de forma incorrecta por no respetar

53. Este último inciso («y con la condición...») desaparecerá con la entrada en vigor del Protocolo nº 15 al Convenio.

54. Antes de *Arribas Antón* el TEDH había conocido casos en los que la inadmisión por parte del TC se había basado en la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional. El Estado nunca presentó una excepción por falta de agotamiento. Sin embargo, a la luz de esta jurisprudencia, tal motivo no hubiera podido erigirse en motivo de inadmisión. Véase, por ejemplo, STEDH Gran Sala *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013.

55. Con esta jurisprudencia se ha evitado que el TEDH tuviera que examinar caso por caso a la luz del art. 6 CEDH si la decisión de inadmisión por insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional era o no excesivamente formalista y por tanto vulneradora del derecho de acceso a un tribunal.

el demandante las exigencias previstas legalmente. En estos supuestos se abrían dos opciones: bien que el Tribunal considerara inadmisibles las demandas porque la exigencia prevista por el ordenamiento interno no ofrecía problemas de incompatibilidad con el Convenio, bien que ante la posibilidad de que el requisito impuesto por el Derecho interno pudiera contradecir el artículo 6.1 CEDH, el Tribunal la admitiera y examinara el asunto como problema de fondo a la luz del art. 6.1 CEDH. Salvo error por nuestra parte, el Tribunal no había flexibilizado hasta el momento el artículo 35 ante un agotamiento incorrecto por incumplimiento de las condiciones de procedibilidad cuando éstas se habían considerado conformes al artículo 6.1 CEDH. La ausencia de citas jurisprudenciales en este sentido en la sentencia *Arribas Antón* nos resulta francamente reveladora.

Pero es que además, hay otro argumento que puede explicar la decisión del TEDH, a saber: Desde el punto de vista del artículo 35, el TEDH ha considerado que para tener por cumplido el requisito de la invocación previa, bastaba con haber planteado la cuestión en sustancia, permitiendo a las autoridades nacionales la reparación del derecho vulnerado⁵⁶. Aceptar que la falta de justificación por parte del demandante de la especial trascendencia constitucional pudiera impedir el conocimiento de un asunto por parte del TEDH, supondría dejar sin efecto la doctrina flexible del TEDH relativa a la invocación en sustancia, formalizando en exceso el requisito del agotamiento en relación con la invocación previa del derecho.

VI. EPÍLOGO: ARGUMENTOS INSTITUCIONALES PARA QUE EL RECURSO DE AMPARO DEBA AGOTARSE ANTES DE IMPETRAR LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL

Es una realidad aceptada por todos los operadores jurídicos el hecho de que el Tribunal Constitucional lleva demasiado tiempo recibiendo una avalancha de recursos de amparo y que esto pone en peligro su funcionalidad y eficacia para cumplir con las altas funciones que tiene encomendadas. Medidas para atajar esta situación fueron adoptadas en la LO 6/2007 que, desde su entrada en vigor, ha permitido al Tribunal Constitucional aliviar el trámite de admisión y resolver buena parte del *backlog* de asuntos que hasta entonces tenía pendientes⁵⁷.

En nuestra opinión, hubiera resultado inadecuado e inconveniente equiparar la objetivación del recurso de amparo con la pérdida generalizada de su eficacia para la protección de los derechos fundamentales. Las posibles consecuencias positivas que esta equiparación hubiera podido tener –ahorrar tiempo a los litigantes y reducir el número de recursos de amparo– no hubieran compensado sus graves incon-

56. Véase, entre otras, *Castells c. España*, de 23 de marzo de 1992. El TEDH declaró la queja admisible a pesar de que, tratándose de un derecho amparable e invocándose en sustancia, éste no pudo ser objeto de conocimiento por el TC a causa de las limitaciones a las que está sometida su jurisdicción.

57. Si en 2006 el número total de recursos de amparo pendientes de admisión era 13.883, en 2013 dicho número había disminuido a 3.738. Fuente: *Memorias del Tribunal Constitucional*.

venientes. Por un lado, el de trasladar a una instancia internacional –de carácter *subsidiario*, no lo olvidemos– el problema de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional, lo que redundaría en un perjuicio añadido para los litigantes y en el exacerbamiento de los problemas de gestión de casos que ya tiene el TEDH. Y por otro, inconvenientes de orden institucional, vinculados con el papel que, desde nuestro punto de vista, el Tribunal Constitucional debe desempeñar en relación con otras instancias de garantía de derechos. De seguirse el razonamiento antes apuntado, el Tribunal Constitucional podría verse privado no solo de establecer su propio canon de control, sino también de participar activamente y al más alto nivel institucional en el diálogo entre tribunales que ya existe en Europa. Cada vez que una demanda llegara *per saltum* al TEDH, el Tribunal Constitucional habría perdido la oportunidad de pronunciarse sobre el asunto y establecer su propia lectura de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Nos referiremos brevemente a continuación a estos inconvenientes de orden institucional.

Los Tribunales Constitucionales ya no son *de facto* los últimos intérpretes auténticos y definitivos en materia de derechos fundamentales. La incorporación del TEDH, desde hace décadas, y del TJUE, más recientemente, al entramado institucional de garantía de los derechos fundamentales ha propiciado, junto a un replanteamiento del papel de los Tribunales Constitucionales, un diálogo continuado entre tribunales sobre el contenido y alcance de los derechos⁵⁸. No es necesario insistir demasiado en que este diálogo no ha sido siempre armónico, pero es una realidad sin marcha atrás con respecto a la que los tribunales nacionales, especialmente los de orden constitucional, no pueden ni deben quedarse al margen.

Así, el hecho de que los ciudadanos no cuenten con un recurso directo ante el TJUE convierte a los tribunales nacionales en los garantes del Derecho de la Unión, sobre el que, en ocasiones, pueden plantearse dudas acerca de su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones nacionales tal y como han sido éstos interpretados por sus tribunales. Asimismo, y por lo que se refiere al TEDH, la entrada en vigor del Protocolo nº 16 posibilitará que los tribunales superiores de los distintos países miembros del Consejo de Europa puedan dialogar directamente con el TEDH a través de solicitudes de «opiniones consultivas» acerca del contenido y alcance de los derechos del Convenio.

El hecho de que los estándares del TEDH constituyan un «*mínimo común*» para los Estados sometidos a su jurisdicción y que la jurisprudencia del TJUE haya sido en algunos aspectos criticada por interpretar «a la baja» los derechos fundamenta-

58. Sobre el diálogo entre tribunales, véase DE VERGOTTINI, G., «El diálogo entre Tribunales», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 20, 2011, pp. 337-352; GARCÍA ROCA, J., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012, pp. 183-224; BUSTOS GIBERT, R., «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 95, 2012, pp. 13-63; LÓPEZ GUERRA, L., «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias», *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 32, 2013, pp. 139-158.

les⁵⁹ es motivo suficiente para requerir de los tribunales constitucionales una actitud de sólido compromiso con los derechos fundamentales a fin de que éstos no sean relegados y continúen siendo pilar y parámetro esencial de los ordenamientos jurídicos. En este sentido, Ricardo Alonso García ha augurado recientemente un posible resurgimiento de la doctrina de los contra-límites al Derecho a la Unión, elaborada en su momento por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano, si llegara a confirmarse una interpretación «a la baja» de los derechos fundamentales por parte del TJUE, una de cuyas manifestaciones más significativas es la que se produjo en el caso *G. y R.*, STJ (Sala Segunda), de 10 de septiembre de 2013 (C-383/13), relativa al derecho a ser oído⁶⁰.

Consideramos para el caso español que nuestro Tribunal Constitucional *debe* participar activamente en este diálogo mediante el establecimiento de cánones propios.

La única manera de asegurar estos cánones es proveer de casos al Tribunal Constitucional para que éste pueda «decidir decidir». De otro modo, el Tribunal Constitucional estaría optando por un papel secundario, de mero receptor, en el diálogo entre tribunales al que venimos haciendo referencia.

59. Cfr. ALONSO GARCÍA, R., *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales*, Cuadernos Civitas, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 52-62.

60. ALONSO GARCÍA, R., *op. cit.*, p. 62.