

NOTA SOBRE LA DUALIDAD DE VÍA (ALTERNATIVIDAD) PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Por M.^a LUZ MARTÍNEZ ALARCÓN

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DUALIDAD DE VÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ES PROVISIONAL Y DERIVA DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA PROVOCÓ PROBLEMAS EN LA ARTICULACIÓN DE LA DOBLE VÍA.—IV. LA SITUACIÓN DE LA DUALIDAD DE VÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya es sobradamente conocido, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha venido a derogar expresamente los artículos sexto a décimo —ambos inclusive— de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (1).

Ahora bien, a nuestro juicio, la provisionalidad con que nació la Ley de 26 de diciembre de 1978 no se ha visto superada de forma definitiva, para el contencioso-administrativo, por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales que incorpora el Capítulo I del Título V de la Ley 29/1998. El legislador, al contrario de lo que podría haberse esperado de él y después de algo más de veinte años desde que vio la luz la Ley de 1978, se ha limitado a trasladar el contenido de la Sección segunda de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrati-

(1) A través de su Disposición derogatoria 2.^a

va, «innovando» (2) esta última a través de aquello que ya se había visto consolidado desde el punto de vista jurisprudencial, haciendo caso omiso, por tanto, de las voces que repetidamente le habían pedido que realizara una regulación definitiva del amparo judicial del artículo 53.2 de la Constitución española (3).

II. LA DUALIDAD DE VÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ES PROVISIONAL Y DERIVA DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA DE LA LOTC

Tres posturas podemos diferenciar en torno al tema relativo al origen de la dualidad de vía para la protección de los derechos fundamentales:

— Una primera, defendida por el profesor Marc Carrillo (4), consistiría en afirmar que la posibilidad del recurrente para optar por el contencioso-administrativo

(2) Como señala L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «La respuesta que ahora se ofrece tiene poco de original, poco se han esforzado para innovar sus autores...»; «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», en el número monográfico *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, octubre-diciembre 1998, pág. 805. Para F. PERA VERDAGUER, «no se trata, en lo esencial, más que de una transcripción de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre...»; *Comentarios a la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Ley 29/1998, de 13 de julio*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 759. Según R. HERRERA ABIÁN, «El proceso especial que recoge la nueva Ley no difiere en lo esencial del previsto en la Ley 62/1978, a lo que cabe añadir que algunas de las incorporaciones que en él se han hecho, tampoco suponen novedad ya que se venían aplicando por la jurisprudencia, como es el caso del trámite de admisión», «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, dirigidos por JESÚS MARÍA SANTOS VIJANDE, ed. Edersa, Madrid, 1999, pág. 892.

(3) M.^a L. BALAGUER CALLEJÓN, afirmó la necesidad de una ley de protección de los derechos fundamentales que partiera directamente de la Constitución española, en «La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales», *X Jornadas de estudio: Introducción a los derechos fundamentales*, vol. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, pág. 1385. Para DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE, «resulta evidente que el procedimiento regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, no es el previsto en el art. 53.2 CE, el cual está pendiente de desarrollarse»; «El amparo judicial en lo contencioso-administrativo», «Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional práctica: laboral, penal, civil y contencioso-administrativa», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVII, Madrid, pág. 272. El profesor S. MUÑOZ MACHADO, en un tono mucho más crítico, afirma que el procedimiento regulado por la Ley 62/1978 ha muerto y que hay que sustituirlo por otro eminentemente oral; «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, coord. ALFONSO PÉREZ MORENO, ed. Aranzadi, Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995, pág. 244.

(4) M. CARRILLO: *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios. (La aplicación de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 60-62. En el mismo sentido considera J. TORNOS MÁS, después de citar los artículos 24 y 53.2 CE, que «La Constitución parte de la presunción de que la tutela judicial de estos derechos no será efectiva si se limita a la protección ordinaria, por lo que prevé la existencia de un doble sistema de protección complementaria: la tutela a través

ordinario o por el amparo judicial para la defensa de sus derechos fundamentales derivaría directamente del texto constitucional. Considera el autor que dicha opción, en tanto en cuanto garantiza de forma más eficaz el derecho a la tutela judicial efectiva, es una manifestación del artículo 24.1 CE; en concreto, del derecho de acceso a la jurisdicción.

Además, a su juicio, el artículo 53.2 del mismo texto atribuye al recurrente una segunda opción para la protección de sus derechos fundamentales frente a una primera primera ejercitable a través de las vías jurisdiccionales ordinarias, afirmando que «Cualquier ciudadano *podrá* recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo 2.º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...» (5).

— Una segunda posición sería considerar, «que el procedimiento preferente y sumario configurado en el artículo 53.2 de la Constitución, y regulado provisionalmente por la LPJ es de utilización preceptiva si el *petitum* de la demanda tiene por objeto la protección de derechos fundamentales» (6). Por lo tanto, se excluiría aquí la posibilidad de que el recurrente acudiera, para la defensa de los derechos fundamentales del artículo 53.2 de la Carta Magna, a los procedimientos ordinarios de las diferentes ramas jurisdiccionales. Habría que acudir necesariamente, cuando de la vulneración de derechos fundamentales se trata, al amparo judicial —ordinario y subsidiariamente constitucional— del art. 53.2 CE.

— Pero entre ambas posturas doctrinales aún cabría una tercera interpretación, desde nuestro punto de vista la más acertada, que consistiría en afirmar que de la Constitución, en concreto de los artículos 24.1 y 53.2 de dicho texto, no se pueden extraer elementos suficientes para afirmar que la misma impone la doble vía, pero tampoco para mantener la necesidad de una única vía para la defensa de los derechos fundamentales: el amparo judicial del artículo 53.2.

La tutela judicial efectiva ha sido el derecho fundamental más invocado en sede constitucional a través del mecanismo de amparo y ello ha posibilitado a nuestro Alto Tribunal la delimitación de aquel núcleo básico del derecho fundamental que el legislador no podrá soslayar. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha repetido en diferentes ocasiones que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que engloba los derechos de acceso a la jurisdicción, a obtener una resolución fundada en derecho y, finalmente, a la ejecución de esta última (7).

de un procedimiento “preferente y sumario” en la vía jurisdiccional ordinaria, y un ulterior recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional»; «Procedimientos especiales», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, dirigidos por JESÚS LEGUINA VILLA, ed. Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 507.

(5) La cursiva es nuestra.

(6) M. CARRILLO: *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios...* ob. cit., pág. 61.

(7) Entre otras, las SSTC 32/1982, de 7 de julio, FJ 2.º y 26/1983, de 13 de abril, FJ 2.º

Ahora bien, siendo el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, su ejercicio y prestación estarán supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (8). Ello no significa que el legislativo pueda regular dicho derecho de cualquier forma pues, en todo caso, habrá de respetar el contenido esencial del artículo 53.1 CE.

Sobre la vertiente del acceso a la jurisdicción, el Tribunal Constitucional ya señaló en su día que la misma «*se concreta en el derecho de que, para el sostenimiento de los intereses legítimos se abra y sustancie un proceso, y un proceso en el que se cumplan y observen las garantías que el propio precepto enumeró*» (9). La dualidad de vía para la protección de los derechos fundamentales no es, por tanto, un elemento del contenido esencial del derecho de acceso a la jurisdicción y, en definitiva, sería perfectamente imaginable que el legislador prescindiera de ella, estableciendo un único proceso —eso sí, con todas las garantías y especialidades que para ellos reclama el artículo 53.2 CE— para la defensa de los derechos fundamentales.

Tampoco podemos compartir con el profesor Marc Carrillo su afirmación en torno al hecho de que el artículo 53.2 CE establece necesariamente la dualidad de vía. De la utilización del término «podrá» en este precepto no podemos extraer dicha conclusión. La Constitución sólo afirma que el ciudadano (10) podrá interponer, si así lo considera conveniente, dicho recurso, cuya preferencia y sumariedad deriva del objeto de su conocimiento: el derecho fundamental. Pero no afirma que podrá interponerlo como opción alternativa al recurso contencioso-administrativo ordinario.

En definitiva, que no podemos derivar de la Constitución la obligatoriedad de la dualidad de vía para la protección de los derechos fundamentales en el contencioso-administrativo, ni tampoco la obligatoriedad de la existencia de un único mecanismo para su protección: el amparo judicial. Será por tanto el legislador el que tendrá que decidir qué mecanismo de acceso a la jurisdicción garantiza de forma más eficaz el derecho de configuración legal a la tutela judicial efectiva en el ámbito de los derechos fundamentales, respetándose en todo caso el límite del contenido esencial de los mismos que recoge la Carta Magna en su artículo 53.1.

De esta forma podemos afirmar que no fue la Constitución española, sino la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la que dio la posibilidad al recurrente de optar, para la protección de sus derechos fun-

(8) STC 145/1998, de 30 de junio, FJ 2.º Esta sentencia recoge la jurisprudencia ya establecida en las SSTC 69/1984, 6/1986, 100/1986, 55/1987, 57/1988, 124/1988 y 42/1992.

(9) STC 22/1982, de 12 de mayo, FJ 1.º

(10) Como ya señaló el profesor J. GARCÍA MORILLO, en su día, la expresión utilizada en el artículo 53.2 CE —«cualquier ciudadano»— es una expresión meramente accidental a través de la cual la Constitución española no regula la legitimación activa del recurso de amparo ordinario, posponiéndose por tanto esta tarea para el futuro desarrollo legal; en *La protección judicial de los derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 61.

damentales en la jurisdicción ordinaria, por la vía especial recogida en la Sección segunda de la Ley 62/1978 o bien, por la vía del recurso contencioso-administrativo ordinario (11). Dicha disposición, y por tanto dicha dualidad de vía, como ya hemos apuntado, nació con una vocación de provisionalidad —de ahí la sede transitoria de su regulación— que se mantendría hasta tanto no se desarrollara de forma definitiva el amparo judicial del artículo 53.2 de la Constitución española (12).

III. LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA PROVOCÓ PROBLEMAS EN LA ARTICULACIÓN DE LA DOBLE VÍA

La alternatividad introducida por la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, antes que un mecanismo adecuado para garantizar de forma eficaz el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se ha venido a constituir en un instrumento complejo para el recurrente y que ha planteado graves problemas de articulación entre las posibles vías (13).

En efecto, ante la vacuidad de la regulación realizada por el legislador en la materia, fue el Tribunal Constitucional el encargado de ir respondiendo a los problemas que estaba planteando la articulación de la doble vía, situándose en una posición similar a la del legislador positivo que no le corresponde (14). La jurisprudencia del

(11) La Disposición Transitoria segunda de la LO 2/1979 estableció que «En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53,2, de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección 2.ª de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53.2, de la Constitución».

(12) «... hasta tanto no se desarrolle la protección frente a las lesiones de los derechos fundamentales causadas por la Administración se articula en el orden contencioso-administrativo por una doble vía judicial previa al recurso de amparo: el procedimiento ordinario, o el procedimiento especial previsto en la Ley 62/78, de 26 de diciembre»; D. CORDOVA CASTROVERDE, «El amparo judicial en lo contencioso-administrativo», *Amparo judicial. Jurisprudencia constitucional...*, ob. cit., pág. 272.

(13) El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1994 afirmaba que «La existencia de la doble vía no presenta ninguna ventaja, razón por la cual debe procederse a su supresión, optando de una forma contundente por su regulación en las leyes procesales correspondientes o por una regulación autónoma que suponga el desarrollo del artículo 53.2 CE», citado por F. CORDÓN MORENO, *El Proceso Contencioso-Administrativo. Conforme a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ed. Aranzadi, Madrid, 1999, pág. 279.

(14) Como muy acertadamente expuso el profesor FRITZ OSSENBÜHL en su día, el alcance del derecho judicial depende también de en qué estado se encuentran los otros poderes, en especial el legislativo. El equilibrio de fuerzas constitucionales no sólo supone que las diferentes funciones estatales están divididas entre los diferentes órganos, sino también que cada órgano cumpla como es debido las funciones que le corresponden; en *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Bouvier Verlag Grundmann, Bonn 1988, pág. 19. En el presente supuesto podríamos hacer referencia, más bien, a una dejación de funciones

Tribunal Constitucional ha ido buscando, por tanto, la solución adecuada *ad casum* con el consiguiente problema para la seguridad jurídica, elemento también básico para poder hablar de una garantía eficaz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (15). Ahora bien, las respuestas dadas no han contribuido a poner orden en la escena y muchas de las cuestiones permanecen todavía hoy en día abiertas.

A nuestro juicio, el argumento fundamental que vendría a justificar una solución legislativa en el sentido de suprimir el mecanismo de la doble vía, sería el de que la dualidad de recursos para la defensa de los derechos fundamentales —el contencioso-administrativo ordinario y el amparo judicial ordinario—, ideada en definitiva para conseguir un mismo fin, no es un instrumento en absoluto más adecuado para garantizar la tutela judicial efectiva y ello debido a la falta de simplicidad de un mecanismo que, lejos de hacer más fácil la vida al recurrente, ha venido a complicársela. Y no sólo a él, también a los propios tribunales. Con la dualidad de vías sufre el derecho fundamental del artículo 24.1 CE y podemos afirmar que la sencillez de un único procedimiento para la tutela de los derechos fundamentales —revestido de una correcta regulación— sería más efectiva que la actual doble vía que únicamente ha servido para complicar el estado de la cuestión y que, tal y como ya hemos apuntado, *no constituye un instrumento que incremente la defensa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*

El único argumento mínimamente razonable que se nos ocurre que podría haber impulsado al legislador a introducir la Disposición Transitoria segunda en la Ley Orgánica 2/1979, es la de que el mismo pretendía, a través de este mecanismo, salvar el escollo que se había introducido para el recurrente en el artículo 8.1 de la Ley 62/78 (16), que reducía el plazo general más amplio para la interposición del recurso contencioso-administrativo ordinario al de diez días para el amparo judicial de forma totalmente arbitraria (17). Ahora bien, realmente lo que el legislador estaba ha-

por parte del Poder Legislativo y no tanto a un ejercicio irresponsable de la actividad por parte del Tribunal Constitucional.

(15) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 30/1984, de 6 de marzo, FJ 3.º, establece que la tutela judicial, para ser efectiva, *«ha de ser explícita y fácilmente determinable, y no se puede obligar a un litigante a que averigüe y casi adivine en el conjunto del complejo ordenamiento procesal qué medios tiene para obtener la protección de sus derechos e intereses legítimos».*

(16) El art. 8.1 de la Ley 62/1978 establecía que «El recurso contencioso-administrativo se interpondrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto impugnado, si fuere expreso. En caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos 20 días desde la solicitud del interesado ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora».

(17) El artículo 115.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no ha modificado el plazo de diez días establecido en el artículo 8.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, y ello a pesar de las críticas —con las que coincidimos plenamente— acerca de la exigüidad de dichos plazos los cuales jugarían, en todo caso, en perjuicio del recurrente. Al respecto véase F. GARRIDO FALLA, «El artículo 53 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, abril-junio 1979, pág. 182; L. FRIGAL FERNÁNDEZ-VILLAVARDE: *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 268; J. GARCÍA MORILLO: *La protección judicial...*, ob. cit.,

ciendo a través de la Disposición Transitoria segunda de la LOTC era poner un parche a una regulación defectuosa en este sentido y dilatar todavía más el momento en el que realizar el tan ansiado desarrollo definitivo del artículo 53.2 de la Carta Magna.

En definitiva, lo que se necesita es un amparo judicial claro, sencillo y con las suficientes garantías, en el que se conozca sobre la *afectación* (18) de los derechos fundamentales que son objeto de su protección y de las cuestiones de legalidad vinculadas de alguna manera a esa *percusión* del derecho fundamental (19).

pág. 117; M. CLAVERO ARÉVALO: «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», *La reforma del proceso contencioso...* ob. cit., pág. 245; L. PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, ed. Debate, Madrid, 1990, nota a pie de página núm. 36, pág. 230; P. SAAVEDRA GALLO: «Ámbito objetivo y plazo de interposición. (Proceso de Protección de los Derechos Fundamentales de la Ley 62/1978)», «Incidencia de la constitución en los procesos contencioso-administrativos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, Madrid, 1992, pág. 250; R. HERRERA ABIÁN: «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (Ley 29/1998...)*, ob. cit., pág. 898.

(18) Como ya apuntó en su día el profesor J. L. MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑOZ: la *afectación o percusión* en los derechos fundamentales sería el presupuesto procesal necesario para poder admitir a trámite un recurso de amparo ordinario. Posteriormente, en el momento de la resolución sobre el fondo del asunto, tendrá que decidirse sobre si esa afectación por parte de la Administración Pública constituye o no violación del derecho fundamental de que se trate; «*Cuestión de fondo y presupuestos procesales en el recurso especial de amparo* ("afectación" y "lesión" a derechos fundamentales y libertades públicas)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 36, enero-marzo 1983, págs. 46 y ss.

(19) El artículo 121.2 de la Ley 29/1998 pretende, a pesar de los confusos términos en los que aparece redactado el mismo, dar respuesta a uno de los más graves problemas que se había planteado en el sistema de protección ideado por la Ley 62/1978 y que ya había sido apuntado por una parte de la doctrina: la imposibilidad o cuando menos grave dificultad para discernir dónde terminaba la infracción genérica del ordenamiento jurídico y dónde comenzaba la estricta violación del derecho fundamental, único objeto del mecanismo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre. Entre otros, L. PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos...* ob. cit., pág. 228; F. FERNÁNDEZ SEGADO: «Los sistemas de garantías jurisdiccionales de los derechos», en *Manuel Fraga. Homenaje Académico I*. Fundación «Cánovas del Castillo», Madrid, 1997, pág. 509; D. CÓRDOBA CASTROVERDE: «El amparo judicial en el contencioso-administrativo», *Amparo judicial, jurisprudencia constitucional práctica...* ob. cit., pág. 276; I. BORRAJO INIESTA: «El amparo judicial: la innecesaria e inconveniencia de encauzarlo mediante procedimientos específicos, y de confiárselo a órganos especializados», *Amparo judicial, jurisprudencia constitucional práctica...* ob. cit., pág. 80. A nuestro juicio, lo acertado sería interpretar el artículo 121.2 de la Ley 29/1998 en el sentido de posibilitar que los jueces y tribunales conozcan, a través del amparo judicial, también de aquellas cuestiones de legalidad ordinaria que estén conectadas con la afectación de los derechos fundamentales que son objeto de este procedimiento especial.

IV. LA SITUACIÓN DE LA DUALIDAD DE VÍA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Como señaló el profesor Prieto Sanchís en su día, «La disposición transitoria segunda de la LOTC establece que provisionalmente, mientras no se desarrolle el art. 53,2, se entenderá que la vía previa es la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección 2.ª de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. *Pero nada impide que en el futuro esa subsidiariedad se articule de otro modo*» (20).

La pregunta que se plantea, una vez producida la entrada en vigor de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, es la de si el nuevo procedimiento de amparo ordinario para la protección de los derechos fundamentales se puede considerar como el desarrollo y la regulación definitiva del mecanismo de protección jurisdiccional reforzada de los derechos fundamentales del artículo 53.2 de la Carta Magna.

Si la respuesta a este interrogante fuese afirmativa (21), no sólo habría que considerar derogada la Sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre ya que así lo señala expresamente la Ley 29/1998, sino que se podría interpretar que la provisionalidad de la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional también ha sido superada, aunque esta vez de forma implícita, por la nueva regulación. En efecto, si los artículos 114-122 de la Ley 29/1998 constituyen la regulación definitiva del amparo judicial del artículo 53.2 CE; y de la Disposición Transitoria segunda de la LOTC se deduce que la misma estará vigente hasta tanto en cuanto no se regule de forma definitiva el amparo judicial, entonces habrá que entender que dicha disposición habrá sido superada por la regulación definitiva de la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ello significaría que, ante la violación de uno de los derechos fundamentales de los susceptibles de amparo en el contencioso-administrativo, la única posibilidad para agotar la vía previa antes de

(20) L. PRIETO SANCHÍS: *Estudios sobre derechos...*, ob. cit., pág. 224. La cursiva es nuestra. Sin embargo, para MARC CARRILLO, el mecanismo de la dualidad de vías, que considera como el más adecuado para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de acceso a la jurisdicción, se deduce de forma imperativa de la propia Constitución. Extraemos, por tanto, que para el autor dicha alternatividad sería indisponible para el legislador; *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales...*, ob. cit., págs. 60-62.

(21) Como así parece que piensan J. TORNOS MÁS: «Procedimientos especiales», *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso...*, ob. cit., pág. 509; F. CORDÓN MORENO: *El Proceso Contencioso-Administrativo. Conforme a la Ley 29/1998...*, ob. cit., pág. 278; A. DEL CACHO FRAGO y L. VACAS GARCÍA-ALÓS: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1998, pág. 227; R. HERRERA ABIÁN: «Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (arts. 114-122)», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. (Ley 29/1998..)*, ob. cit., pág. 891.

llegar al amparo constitucional sería la interposición del recurso de amparo judicial de los artículos 114-122 de la Ley 29/1998.

Ahora bien, nos resulta difícil afirmar que el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales constituya la regulación definitiva del artículo 53.2 CE y ello a pesar de la referencia que hace el legislador en el artículo 114.1 de la Ley 29/1998 al art. 53.2 CE y, en la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, a las «importantes variaciones» que los artículos 114 a 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introducen respecto de la Sección segunda de la Ley 62/1978, variaciones que a nuestro juicio no han sido tales, en tanto en cuanto el legislador se ha limitado a recoger aquello que, ante su inactividad, se había visto obligado a clarificar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (22).

En efecto, si considerásemos la regulación como definitiva no tendríamos más remedio que considerarla también inconstitucional y ello por la sencilla razón de que la regulación definitiva del artículo 53.2 CE no se puede realizar a través de una ley ordinaria. Ha de ser el legislador orgánico, en todo caso, el que desempeñe dicha tarea en un futuro. Como por todos es conocido, el artículo 81.1 de la Carta Magna reserva la regulación del desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas al legislador orgánico y, desde luego, entendemos que la regulación de la garantía jurisdiccional reforzada de los derechos fundamentales del 53.2 CE entra dentro del concepto de «desarrollo» que emplea el artículo 81.1 del mismo texto (23).

Ahora bien, podríamos también afirmar que, en cualquier caso, no es el hecho de que estemos ante una regulación definitiva o no lo que hace necesaria la presencia de ley orgánica en su regulación, sino que, efectivamente, se esté desarrollando una materia relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas. Realmente esto es cierto y por ello entendemos que la constitucionalidad del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales solamente se puede salvar si interpretamos que el mismo, lo único que ha hecho, ha sido transplantar el contenido de la Sección segunda de la Ley 62/1978 a los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998 incorporando aquello que ya había resultado acuñado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No estaríamos en cualquier caso ante

(22) En efecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no introduce sustanciales cambios a lo ya establecido en la Sección segunda de la Ley 62/1978 y, sobre todo, al desarrollo jurisprudencial producido a raíz de la misma. Se dedica más bien a recoger en su articulado, desconociendo en ocasiones las más elementales reglas de técnica legislativa, casi todo aquello que por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional había resultado acuñado ya con anterioridad —el recurso administrativo previo con carácter *potestativo*, el *trámite de admisión*, la necesidad de *superar la rigida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales*, la segunda instancia en todo caso cuando de derechos fundamentales se trata...

(23) Aunque, tal y como señala el profesor MARC CARRILLO, no toda ley procesal que incida sobre el ejercicio de derechos fundamentales debe tener naturaleza orgánica nos encontramos, sin embargo, con que «en el supuesto del procedimiento previsto en el artículo 53.2 se contienen elementos que integran el contenido del derecho y *coadyuvan a definir su contenido*» y que implicarían su regulación por ley orgánica; en *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales...*, ob. cit., págs. 47-48.

una nueva regulación sino ante un mero cambio de sede normativa. Una interpretación ciertamente forzada pero que ha sido la única que hemos encontrado adecuada para poder salvar una inconstitucionalidad difícilmente salvable.

Como no hay regulación definitiva del artículo 53.2 CE —desde nuestro punto de vista, ni siquiera hay verdadera regulación—, no hay superación de la provisionalidad de la dualidad de vía de la Disposición Transitoria segunda de la LOTC que permanecerá vigente hasta tanto en cuanto no se produzca dicho desarrollo definitivo. Y ello con independencia de que nuestra opinión acerca de la actuación realizada por el legislador en el desarrollo del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales y de la alternatividad que introdujo la Disposición Transitoria segunda de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sea desfavorable. Ya hemos hecho referencia a nuestra oposición respecto del sistema de la dualidad de vía y, por supuesto, también consideramos que, una vez más, el legislador ha dejado pasar una oportunidad de oro para reforzar la legitimidad democrática del sistema regulando, de una vez por todas, el amparo judicial del artículo 53.2 CE.