

EL PROCEDIMIENTO «PREFERENTE Y SUMARIO» Y EL RECURSO DE AMPARO EN EL ARTICULO 53.2 DE LA CONSTITUCION

POR

VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. *Introducción al tema.*—2. *El artículo 45.2 del «Anteproyecto» de 5 de enero de 1978. La labor del Congreso.*—3. *El (nuevo) artículo 48.2 en el Senado.*—4. *Los votos particulares en el Senado.*—5. *La doctrina sobre el artículo 53.2 de la Constitución.*—6. *El concepto de sumariedad.*

§ 1. Es materia, la constitucional (y la de los recursos contra las constituciones), que puede dar lugar a eventos, desde muy graves, hasta casi chocarreros: desde que una Ley de un Tribunal Constitucional, sea ella misma inconstitucional o «parezca» serlo (1), hasta que «otra» sobre «inconstitucionalidad» de actos—en tiempos en que no había Constitución y sí «constitución», algún «padre de la patria» de estilo guerrera blanca, gorra militar a la Ciano o a la Goebbels o boina roja—en la «discusión» (?) en Comisión (?) de Cortes (?) dijera, al tratar del plazo en que el «recurso de contrafuero» debía ser resuelto por el jefe del Estado: «debemos darle un margen de confianza» (2), en el sentido de *no dar plazo alguno* al citado jefe del Estado para resolver, sino dejar a su arbitrio el hacerlo o acudir a la lamentable idea del «silencio» (esta vez, «constitucional» y no simplemente administrativo).

Pero hallar la «puerta» de un recurso de «amparo constitucional» tan mal calculada, que bien dijérase de un «boquete» o de un sistema calculado para hacer inoperante a dicho recurso, es difícil. Y, sin embargo—aunque la «exclusiva» no la tiene España—, hallamos en

(1) Cfr., p. ej., Tomás VILLARROYA: *El recurso de inconstitucionalidad en el Derecho español (1931-1936)*, en «Revista del Instituto de Ciencias Sociales» de la Diputación provincial de Barcelona, 1968, pp. 11 y ss., *passim*, con bibl. de la época.

(2) No recordamos el nombre del «elegido» que pronunció tales o semejantes palabras. Pero bastará una objeción a su legitimidad para que nos tomemos el trabajo de buscar en los «Boletines Oficiales de las Cortes» su nombre, página y sesión en que se pronunció. Así como su filiación completa.

la Constitución de 1978 algunas normas sobre proceso «preconstitucional» o «constitucional» —no se ve claramente lo que es— insólitas, y que merecen la atención de un procesalista.

Cierto es que una Constitución no debe ser nunca ningún código en particular, no descender a detalles excesivamente técnicos que a éstos corresponden; pero también es inadmisibles que, si desciende a dichos detalles —que son, como veremos, nada menos que «principios políticos del proceso»—, debe hacerlo con amplitud suficiente para que tales códigos —mejor, una categoría de leyes despreciada en nuestra Constitución de 1978, como lo es la de «Leyes constitucionales» (3)— puedan ser proyectados por especialistas en cada materia, con empleo de la adecuada terminología —de grave significado— que los constituyentes no sabían utilizar (o tal demostraron) o que utilizaban teniendo en cuenta su ciencia, derivada de obras defectuosas o unilaterales.

Es siempre idea-clave de la practicabilidad de los recursos por inconstitucionalidad de normas o actos la de hacerlos preceder de una actuación —sea jurisdiccional ordinaria, especial o administrativa— con el fin de depurar al máximo en estas vías ordinarias —que pasan a ser «preconstitucionales»— la materia que el día de mañana puede contribuir a congestionar a un tribunal constitucional, con las gravísimas consecuencias que de ello pueden derivar.

Pero a esta vía previa, que facilite la practicabilidad de un recurso por inconstitucionalidad de normas o de actos, hay que unir la «adecuación» (4) de la misma, que en este caso ha de ponerse de manifiesto mediante la creación o adaptación de un medio procesal ordinario, *plenario y rápido*.

En este sentido, la Constitución de la II República española creaba «Tribunales de Urgencia» (art. 105), a los que concedía «un plazo legal» para resolver; la falta de resolución de dichos Tribunales «dentro de plazo legal» (art. 45, 2.º, de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales de 14 de junio de 1933), o la falta de admisión o el rechazo de la petición de amparo por dichos tribunales, abría

(3) Enmienda número 885 ante la Comisión del Senado, defendida el día 30 de agosto de 1978 por el senador AZCÁRATE FLÓREZ, «DSS», p. 2117.

(4) Las ideas de «adecuación» y «practicabilidad» son bases fundamentales del proceso, que se resumen en la «utilidad» del mismo. Cfr. KLEIN, *Erläuternde Bemerkungen zum Entwurfe eines Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Civilprozessordnung)*, en «Materialien zu den neuen Civilprozessgesetzen», publ. por el k.u.k. Justizministerium, Viena, 1897, t. I., página 190; *Zeit- und Geisteströmungen im Prozesse*, en sus «Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe», Viena, 1927, Librería Manz y de la Universidad, t. I, pp. 117 y ss.

la puerta al amparo constitucional ante el Tribunal de Garantías (artículo 45 cit.).

Pero en el caso presente, la Constitución de 1978, ya he dicho que ese proceso previo—de «procedimiento» habla el artículo 53, 2.º—se ha de basar en «los principios de preferencia y sumariedad», con lo que da pautas directas para el desarrollo de tal norma, y pautas erróneas, como se va a ver, y—lo que no es quizá más grave—no observadas ni por los diputados ni por los senadores en el curso de los debates. Ni por una parte de la escasa doctrina hasta ahora existente sobre la citada Constitución.

§ 2. En el título II, «De los derechos y libertades fundamentales», capítulo IV, «Garantías de los derechos fundamentales», apareció, en el anteproyecto constitucional publicado en el «BOC» del día 5 de enero de 1978, el siguiente artículo 45:

«1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2 del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá desarrollarse el ejercicio de tales derechos y libertades.»

«2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos reconocidos en el capítulo II ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal Constitucional.»

«3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, no podrán ser alegados, directamente, como derechos subjetivos, ante los tribunales.»

Este texto contiene bastantes errores jurídicos, algunos de los cuales fueron puestos de manifiesto por el profesor DE LA OLIVA SANTOS (5).

Por nuestra parte, seguiremos preferentemente el *iter* prelegislativo de este artículo y textos (con modificaciones, pasó a ser el núme-

(5) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS: *La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978* (comunicación a la XIV Reunión de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades del Estado Español —España—, en «Revista de Derecho Procesal Iberoamericana», Madrid, 1978, núms. 2-3, pp. 399 y ss. y esp. 412 y ss. y 427 y ss.)

ro 53 de la Constitución), bien con comentarios a pie de voto particular; enmienda, intervención de diputados o senadores, bien con un comentario final.

Mas ya debemos hacer constar que, hallándose el «procedimiento de *habeas corpus*» en el capítulo II del título II (versión de 5 de enero de 1978), aquí, con ese novísimo «procedimiento basado en los principios de preferencia y *sumariedad*» (?) del artículo 53-2, se halla bien una interferencia, bien una continuación de aquél, lo que ya mueve a cavilaciones.

No se formuló voto particular alguno al texto de 5 de enero (6).

Por el diputado de Alianza Popular CARRO MARTÍNEZ, se propuso una enmienda a dicho texto: «Debe suprimirse todo el párrafo tercero. En el párrafo primero debe suprimirse la frase "que en todo caso deberá respetar su contenido esencial"» (7).

El epígrafe del capítulo IV (en el que se hallaba el art. 45) fue objeto de una enmienda—a muchos artículos—de parte de UCD; se pedía la sustitución del primitivo epígrafe («Garantías de los derechos fundamentales») por la frase «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales» (8); esta enmienda fue aceptada por la ponencia de la Comisión de Constitución (9), y pasó a campear en la Constitución, al frente del capítulo que nos ocupa.

Al apartado 1 del primitivo artículo 45 se opusieron varias enmiendas.

La número 389 (Grupo Socialista del Congreso) decía así:

«Texto que se propone:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá desarrollarse la regulación de tales derechos y libertades.

Motivación.—Las leyes desarrollan la regulación de los derechos, pero no su ejercicio, porque esto compete a sus titulares» (10).

(6) Cfr. los votos particulares al mismo en el «BOC» del mismo día, a partir de la p. 698.

(7) Cfr. vol. de *Enmiendas*, la núm. 2, p. 6.

(8) Cfr. vol. de *Enmiendas*, la núm. 779, p. 366.

(9) Cfr. el «BOC» de 17 de abril de 1978, «Informe de la Ponencia», p. 1549.

(10) Cfr. vol. de *Enmiendas* cit., la núm. 389, p. 176.

Por su parte, UCD propuso la siguiente (juntamente con otras dirigidas al texto del artículo 45):

«1. Los derechos y libertades reconocidos en los capítulos II y III del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, establecer límites a los mismos por motivos de seguridad, salud y moral pública y excluir o limitar el ejercicio de determinadas libertades para ciertas categorías de servidores públicos» (11).

La «justificación» —común a los demás apartados del artículo 45— decía así (12):

«La redacción que se propone se ajusta más a la sistemática correcta del título II, distinguiendo claramente las libertades tutelables a través del recurso de amparo, los derechos protegidos por la jurisdicción ordinaria en la medida en que son incorporados a la legislación por el Tribunal constitucional frente a la acción del propio legislador y los principios rectores, cuya función inspiradora no puede perturbar la imparcialidad de los Tribunales mediante una coloración tuitiva de la justicia.»

El Grupo Parlamentario Mixto, y por medio de su portavoz Raúl Morodo Leoncio, formuló esta otra enmienda:

«Al artículo 45.

Se propone la siguiente redacción:

1. Los derechos y libertades reconocidos en la Constitución vinculan a todos los poderes públicos. La ley desarrollará el ejercicio de tales derechos y libertades, respetando su contenido especial.

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución, mediante el recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, basado en los *principios de preferencia y sumariedad*.

3. Al Tribunal Constitucional, en cuanto garante e intérprete de los derechos y libertades públicas, corres-

(11) Vol. *Enmiendas*, la núm. 779, pp. 371 y ss.

(12) Vol. *Enmiendas*, pp. 371 y ss.

ponde sentar las bases de su adecuación al desarrollo cívico, económico, social y tecnológico.

Motivación.—Se da una formulación más auténtica a los dos primeros apartados de este artículo y se consagra la competencia del Tribunal Constitucional para garantizar e interpretar los derechos y libertades públicas contemplados en este título» (13).

La ponencia del Comité Constitucional informó como sigue al primitivo texto de 5 de enero y a las tres citadas enmiendas:

«Recogiendo la idea contenida en las enmiendas número 389, del Grupo Socialista del Congreso, y número 779, del Grupo de Unión de Centro Democrático, la ponencia precisa la redacción de este apartado, aceptando en parte, y como consecuencia de la nueva sistemática, la enmienda número 497 del Grupo Mixto. La redacción es la siguiente:

"1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades"» (14).

Al apartado 2 del texto de 5 de enero de 1978 se habían opuesto también enmiendas.

Así, la número 779, del Grupo de Unión de Centro Democrático, en lo que respecta a tal apartado (15), decía así (como texto propuesto):

«3. La tutela de los derechos reconocidos en el capítulo III de este título procederá a través del recurso de inconstitucionalidad previsto en el artículo 152, a), de la Constitución y, en todo caso, ante la jurisdicción ordinaria, mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollan.»

(13) Cfr. vol. de *Enmiendas* cit., enmienda núm. 497, pp. 211 y ss.

(14) Cfr. «BOC» de 17 de abril de 1978, *Informe de la ponencia*, pp. 1549 y ss.

(15) Este grupo había incluido en su enmienda núm. 779 un inciso núm. 2 —sin entrecomillarlo— que rezaba así:

2. Sustituir «derecho» por «sus libertades» y «Tribunales ordinarios» por «Tribunales competentes».

Alianza Popular—por medio de su primer firmante, FERNÁNDEZ DE LA MORA—formulaba la enmienda siguiente al artículo 45-2:

«Debe suprimirse el apartado 2, que resulta difícilmente aplicable en cualquier caso, y totalmente inaplicable en los supuestos de los artículos 20, apartado 5; 27, apartado 2; 28, apartados 7 y 9» (16) (17).

No daba ninguna «motivación».

La enmienda al apartado 2 del artículo 45, formulada por el Grupo Mixto (la núm. 497) se reprodujo, *supra*.

La ponencia informó sobre el apartado 2 del artículo 45 (texto de 5 de enero; había pasado a ser el núm. 48) lo que sigue:

«Apartado 2.

Con la aceptación parcial de la enmienda número 779, del Grupo de Unión de Centro Democrático y por mayoría, la Ponencia modifica la redacción de este apartado. No acepta la Ponencia las enmiendas número 63, del señor FERNÁNDEZ DE LA MORA, y 497, del Grupo Mixto, al mantener el criterio de garantizar los derechos y libertades por medio de un recurso ante los Tribunales ordinarios, y no sólo ante el Tribunal Constitucional. Los representantes de los Grupos Socialista y Comunista mantienen el texto del Anteproyecto por lo que se refiere a la inclusión, como objeto de tutela, del contenido del artículo 30-2. La redacción es la siguiente:

”2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13

(16) Cfr. vol. de *Enmiendas*, la núm. 63, al artículo 45, p. 46.

(17) El art. 20, ap. 5, decía así:

•5. Los poderes públicos garantizarán el acceso a los medios de comunicación social de su propiedad o sometidos directamente o indirectamente a su control de los distintos grupos sociales y políticos, respetando el pluralismo de la sociedad y las diversas lenguas de España.»

El art. 27, ap. 2, decía así:

•2. El Derecho civil regulará las formas del matrimonio, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.»

El art. 28, ap. 7, decía:

•7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos.»

Y el apartado 9:

•9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.»

y la sección 1.^a del capítulo II, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de *preferencia y sumariedad* y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional"» (18).

El apartado 3, artículo 45, del texto de 5 de enero de 1978 también fue sujeto a varias enmiendas.

El Grupo de UCD proponía la siguiente:

«4. Los principios reconocidos en el capítulo IV de este título inspirarán la actuación de los poderes públicos y en especial la legislación, pero no generan derechos subjetivos ni dan lugar a pretensión alguna ante los Tribunales» (enmienda núm. 779, vol. de *Enmiendas cit.*, página 371) (19).

El Grupo Parlamentario Socialistas de Catalunya proponía, a su vez, la siguiente:

«Sustituir el texto del apartado 3 por otro del siguiente tenor:

"3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos"» (20).

El Grupo Socialista del Congreso introdujo la siguiente (siempre al apartado 3, art. 45, del texto de 5 de enero de 1978):

«Texto que se propone:

"3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos"» (21).

El Grupo Parlamentario Vasco propuso la siguiente (siempre al artículo 45, apartado 3):

(18) Cfr. «BOC» de 17 de abril de 1978, *Informe de la ponencia*, p. 1550.

(19) Lleva al número «4», pues en el «2» lo que se pretendía era un cambio de expresiones. Cfr. *supra*.

(20) Enmienda núm. 283 del vol. de *Enmiendas*, cit., p. 132.

(21) Enmienda núm. 390 del vol. de *Enmiendas*, p. 176.

«Se propone la supresión de la última frase de este apartado:

“Sin embargo, no podrán ser alegados directamente como derechos subjetivos ante los tribunales.”»

El Grupo Parlamentario Mixto propuso una enmienda a la totalidad del artículo 45 (enmienda núm. 497), de la que nos hemos ocupado, *supra* de la nota número 13 de este trabajo, al mismo tiempo que a su «motivación».

Con respecto a las de las otras cuatro, la 779, del Grupo de UCD, la hemos reproducido, *supra* al tratar del apartado primero del artículo 45; las números 263 —Grupo Socialista de Catalunya— y 390 —Grupo Socialista del Congreso—, si en su redacción eran exactamente iguales, no lo eran menos en sus «motivaciones». Ambas decían así:

«El texto del anteproyecto es redundante, ya que repite lo establecido en el artículo 45, 2, y en el resto del propio artículo 45, 3» (22).

La «justificación» de la enmienda número 618, del Grupo Parlamentario Vasco, era diferente; se proponía —cfr. *supra*— la supresión de la última frase del apartado 3 y explicaba la enmienda diciendo que «propone la supresión de la frase citada (recordémosla: “Sin embargo, no podrán ser alegados, directamente, como derechos subjetivos ante los Tribunales”), ya que, al tratarse de derechos subjetivos fundamentales, pueden y deben ser objeto de alegación ante los tribunales» (23).

A la vista de estas enmiendas, la Ponencia «informó» lo siguiente:

«Apartado 3.

Sobre la base de la enmienda número 779, del Grupo de Unión de Centro Democrático, con la abstención del representante del Grupo de Alianza Popular, la Ponencia modifica el contenido de este apartado, el espíritu de la enmienda número 253, del Grupo Socialista de Catalunya; de la enmienda número 390, del Grupo Socialista del Congreso, y la enmienda número 618, del Grupo Vasco. Considera la Ponencia que la propuesta de la en-

(22) Cfr. vol. de *Enmiendas*, pp. 132 y 176.

(23) Cfr. vol. de *Enmiendas*, cit. al pie de la núm. 618, p. 254.

mienda número 497, del Grupo Vasco (24), se recoge, con carácter general, en el texto de este apartado, sin necesidad de referirse en el mismo al Tribunal Constitucional. La redacción es la siguiente:

"El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen"» (25).

Para evitar al lector innecesarias molestias de hojear este trabajo, buscando una por una las «conclusiones» de la Ponencia, reproducimos aquí el texto completo del artículo 48 (antiguo 45), tal como llegó al Pleno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, el día 17 de abril de 1978:

«Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

Artículo 48.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (26).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 de la sección 1.^a del capítulo II, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los *principios de preferencia y sumariidad* y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (27).

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la

(24) Aquí hay una errata; la enmienda núm. 497 —a la totalidad del art. 45— la propuso el Grupo Parlamentario Mixto y como su portavoz Raúl MORODO LEONCIO. Cfr. el vol. de *Enmiendas* cit., p. 211.

(25) Cfr. vol. de *Enmiendas* cit., p. 1550.

(26) Este apartado, con una frase restrictiva pospuesta, pasó a ser el núm. 1 del art. 53 de la Constitución.

(27) Este apartado, con una expresión de importancia, intercalada, ... «sumariidad y, en su caso, a través...», y una oración pospuesta (referente a la «objeción de conciencia»), pasó a formar parte del apartado 2, art. 53 de la Constitución.

legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen» (28) (29).

La Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas introdujo algunas modificaciones, y en el «BOC» de 1 de julio consta su *Dictamen*. En lo que nos interesa —el art. 48— se redactó con las mismas; y lo importante es que, no habiendo votos particulares a defender el texto del artículo 48, éste pasó a formar parte del «Proyecto de Constitución» publicado en el «BOC» del 24 de julio de 1978, y que fue el remitido al Senado.

Tal texto —tanto el del *Dictamen* del 1 de julio como el definitivo de 24 del mismo mes— es el siguiente:

Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales.

Artículo 48.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 155, 1, a)» (30).

Este apartado pasó a integrar la Constitución; no se alteró sino el número del artículo en que se hallaba —del 48 pasó a ser el 53 de ésta— y el del artículo 155, 1, a), que pasó a ser en la Constitución el número 161, 1, a) —siempre referente al Tribunal Constitucional!.

«2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 13 y la sección 1.ª del capítulo II, ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los *principios de preferencia y sumariedad* y a través del recurso de am-

(28) Este apartado, con una variante (en lugar de «mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen», «ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»), pasó a integrarse como apartado 3 del artículo 53 de la Constitución.

(29) Sobre todo ello cfr. el «BOC» de 17 de abril de 1978, *Anexo al informe*, página 1624.

(30) El texto completo del entonces art. 48 obra en el «BOC» de 1 de julio de 1978, p. 2599, y en el de 24 del mismo mes, p. 2953.

paro ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28.»

Ya se ve que, con excepción de la frase sobre la «objeción de conciencia», este texto es el mismo de la Ponencia, de 17 de abril de 1978.

«3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen.»

Este apartado, sustituyéndose las expresiones «mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen» por las de «de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen», pasó a ser el apartado 3 del artículo 53 de la Constitución.

Así pasó el «Proyecto de Constitución» al Senado.

§ 3. Comenzó la «Comisión de Constitución» del Senado, el examen de lo remitido por el Congreso.

El texto del artículo 48 remitido en el Proyecto del Congreso, provocó numerosas enmiendas, que trataremos de resumir.

La primera en orden, fue la presentada por la Agrupación Independiente; se refería a una serie de derechos y libertades que aparecían como «descolgados» y aparentemente «desamparados», «faltos de protección y de garantía». Si parecía hacerse hincapié en la falta—aparente, en el texto—de tutela jurisdiccional, tampoco hubiera dejado de deber pensarse en la figura del «Defensor del Pueblo», entonces aún no debatida, pero con base en el artículo 49.

En efecto, si éste terminó siendo definido como «designado por las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en este título» (que comprende desde el artículo 10 al propio 54), queda claro que deberá poder «defender»—siempre por medio de «sugerencias», «recomendaciones», «admoniciones», etc.—, y «dando cuenta a las Cortes Generales» (artículo 54 de la Constitución); muy bien podría ser el defensor primario de una serie de derechos citados por la «Agrupación Independiente» en su enmienda número 684 ante el Senado (31); esto

(31) Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, p. 295.

es, los entonces llamados derechos a disfrutar y el deber de preservar el medio ambiente (entonces, art. 1.º, cap. III, título I), el derecho de los particulares a indemnización por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (entonces, art. 99, 2 del tit. IV; en la Constitución, art. 106, 2, título IV); los errores judiciales (32), así como los daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización conforme a la ley a cargo del Estado (entonces, art. 111, tit. VI; en la Constitución, art. 121, tit. VI). Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del Estado (entonces, art. 133, 1.º, tit. VIII; en la Constitución, art. 139, 1, tit. VIII) (33) (34).

La enmienda siguiente, se propuso por el Grupo Parlamentario de Progresistas y Socialistas Independientes; lo era a los tres apartados del artículo 48 y decía así:

«Al artículo 48.

Debe decir:

1. (Se postula la supresión de este número). Y la "Justificación" de esta propuesta, fue la siguiente:

Se postula la supresión de este número por ser reiterativo y, por tanto, innecesario. El único mandato que contiene es el reenvío de la tutela de los derechos y de las libertades del capítulo III de este título al Tribunal de Garantías Constitucionales (35). Pero debe entenderse que el Tribunal de Garantías Constitucionales, en el recurso de inconstitucionalidad, habrá de aplicar el contenido íntegro de la Constitución. En este sentido, ese reenvío, en vez de ser esclarecedor puede constituir un

(32) Los problemas que suscita el actual art. 121 de la Constitución—errores judiciales, daños consecuencia de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, etc.—están siendo objeto de examen y preparación del correspondiente anteproyecto de ley.

(33) Hemos seguido literalmente la sintaxis de la enmienda núm. 295, lo que puede extrañar al lector, en el seno de la nuestra.

(34) Esta enmienda debía ser defendida por el senador OLLERO; ausente éste en la sesión del 30 de agosto de 1978, en que se discutió el art. 48, quedó decaída tal enmienda (o voto particular, como lo calificó el presidente). Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2111).

(35) Nombre oficial del Alto Organismo, según la Constitución republicana de 1931 y Ley correspondiente.

problema interpretativo para el Tribunal Constitucional» (36).

La defensa de la enmienda, a cargo del senador VILLAR ARREGUI, se mantuvo en los términos de la justificación «sin que parezca conveniente que en un texto constitucional se indique que la ley ordinaria habrá de respetar el contenido esencial del derecho tal y como éste viene definido y limitado por la propia Constitución» (37).

Esta parte de la enmienda número 38 fue rechazada (38).

El número 2 de la enmienda que examinamos, se refería a la objeción de la conciencia (39); como ya estaba fijada en el artículo 28 del Proyecto, fue retirada (40); en realidad, estimamos tenía más fondo como lo muestran su propio texto y «Justificación» (41) (42).

El número 3 de la enmienda número 38, de que tratamos, decía así:

«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informarán la legislación positiva, la actuación de los Tribunales y la de los demás poderes públicos» (43).

Y se «justificaba» como sigue:

«La enmienda cobra su mayor importancia al postular la supresión del inciso en el que se limita la posibilidad

(36) Enmienda núm. 38, primera parte, pp. 22 y ss. del vol. de *Enmiendas ante el Senado*.

(37) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2112.

(38) Cfr. «DSS», últ. cit., p. 2120.

(39) Cfr. siempre la enmienda núm. 38 «al número 20», en vol. de *Enmiendas ante el Senado*, p. 23.

(40) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2112.

(41) «2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el art. 13 y en la sección primera del capítulo II, ante la jurisdicción ordinaria, mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; todo ello sin perjuicio de hacerlos valer en los procedimientos ordinarios por razón de la materia.»

(42) «Al número 2. Se suprime el último inciso puesto que el derecho a la objeción de conciencia, en otra enmienda, se integra dentro del artículo que ampara el derecho a la libertad religiosa, a la libertad de creencias y a la objeción de conciencia al servicio militar. Como este artículo está dentro de la sección primera del capítulo II no es necesario reiterar que el amparo de aquel derecho queda también confiado al Tribunal Constitucional» (cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado* cit., pp. 22 y 23).

(43) Estimamos hay un lapsus; el art. 28, en el que se hallaba la «objeción de conciencia», según el texto enviado por el Congreso —«BOC» de 24 de julio de 1978, p. 2950— estaba enmarcado en la sección segunda del capítulo II y no en la primera (anotación del A).

de alegar ante la jurisdicción ordinaria los preceptos constitucionales en los procedimientos que establezcan las leyes que los desarrollen.

El artículo 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena a los jueces la inaplicación de una norma de rango inferior si está en contradicción con otra de superior rango. Es verdad que este criterio ha de ser tenido en cuenta por los Tribunales y por los Juzgados cuando se aleguen ante ellos disposiciones normativas de rango inferior al de ley. Debe quedar claro que si cualquiera de las partes en un litigio invoca un decreto, una orden ministerial o cualquier otra disposición normativa emanada de la Administración, cabrá oponer a la aplicación de esta norma su eventual contradicción con la Constitución (44).

La jurisdicción constitucional debe reservarse, con carácter exclusivo y excluyente, el conocimiento de los recursos de inconstitucionalidad que se entablen contra las leyes en sentido formal» (45).

En su defensa de esta parte de la enmienda 38, el senador VILLAR ARREGUI, tras reproducir el texto de aquélla, dijo: «Entendemos que a expresión utilizada por el Congreso —«práctica judicial»— es análoga en tanto que la actuación de los Tribunales tiene carta de naturaleza en diversas disposiciones, incluso en el actual título preliminar del Código Civil recientemente redactado en virtud de la Ley de Bases de 1974»... (46).

La no muy afortunada expresión «práctica judicial» dio lugar a discusión; en una ocasión —defendiendo una enmienda al apartado 3, que él mismo corrigió, sustituyéndola (47)— el senador ANGULO MONTES, reconocía lo inadecuado de dicha expresión, y proponía el sustituirla por la de «aplicación del Derecho» (48); a favor de la sustitución de «la práctica judicial» estuvo también el senador SÁNCHEZ AGESTA, que solicitó un plazo especial para los portavoces, a fin de estudiar «la posibilidad de sustituirlo» (el término discutido) «porque la práctica judicial no es la jurisprudencia ni la actuación de los Tribunales, es

(44) Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, cit., p. 23.

(45) Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, cit., p. 23.

(46) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2112.

(47) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2118, 1.ª col.

(48) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2118, 2.ª col.

cosa distinta» (49); intervino de nuevo el senador VILLAR ARREGUI, en favor de la expresión de su enmienda —«actuación de los Tribunales» (50)—; rectificó el senador ANGULO MONTES indicando que «la actuación de los Tribunales» era «excesivamente genérica. También los Tribunales hacen otra cosa que aplicar el Derecho, realizan otras actuaciones» (51).

Ahora bien, el tema que aquí interesa fundamentalmente no es —y reconocemos su máxima trascendencia— el de las atribuciones del Tribunal Constitucional, la subsistencia o no del recurso de amparo, etcétera, sino el del significado de ese «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» —ante los tribunales ordinarios; apartado 1, artículo 45, versión del Congreso.

Examinemos las enmiendas que aún no lo han sido aquí.

De las examinadas, la número 38 —en este punto fue retirada— se refería a ese «procedimiento basado en los *principios de preferencia y sumariedad*» —ante la jurisdicción ordinaria— válido para recabar la tutela de los derechos y libertades en el artículo 13 y en la sección primera del capítulo II (52); con motivo de su debate, el senador ANGULO MONTES se remitió al texto en discusión, no haciendo reserva alguna en cuanto a los términos —de profundos *sentidos* (y subrayamos el plural)— «*preferencia y sumariedad*» (53); el senador AZCÁRATE FLÓREZ (enmienda número 686, de la Agrupación Independiente) (54), que en el texto que proponía, *nada observaba* de extraño en el empleo de los términos «*preferencia y sumariedad*», añadiendo es la «*gratuidad*»; en su defensa, volvió a pronunciar dichas palabras —repetimos—, «*preferencia*» y «*sumariedad*» (55); el senador SÁNCHEZ AGESTA, se refirió al «recurso de amparo» y al recurso *sumario* especial que prevé para los Tribunales (56); y finalmente, rechazadas las enmiendas —de las que ninguna tocó este grave tema— el texto que fue aprobado resultaba ser el mismo que venía del Congreso, o sea:

«2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 13 y la sección 1.^a del capítulo II, *ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de prefe-*

(49) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2119.

(50) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2120, col. 1.^a

(51) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2120, col. 2.^a

(52) Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, p. 22 y ss.

(53) Cfr. «DSS» de 24 de agosto de 1978, p. 2115, col. 2.^a

(54) Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, p. 296.

(55) Cfr. «DSS» de 24 de agosto de 1978, p. 2117.

(56) Cfr. «DSS» de 24 de agosto de 1978, p. 2119.

rencia y sumariidad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28» (57).

Mucho más cerca de hacer blanco exacto, estuvo el senador MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, al decir:

«Es obvio que en un sistema de acciones, por mucho que se proclamen los derechos, éstos no tienen eficacia, no tienen posibilidad, aunque también es necesario que exista un equilibrio. Hay un principio de seguridad que exige claridad; hay una exigencia de no diluir, hay una exigencia de concentrar los remedios. Y entonces nos encontramos con que la propia Constitución atribuye una tarea muy importante a tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los *principios de preferencia y sumariidad*, como el propio texto establece.

Habría, por tanto, que exigir muy rigurosamente en estas actuaciones *sumarias*, pero al mismo tiempo garantizadas, y pienso, incluso, que en el programa posconstitucional esto debería formar parte del primer paquete de medidas.

Es obvio que estos sistemas de actuaciones deberían tener preferencia y deberían, desde luego, dotarse de la posibilidad de apelación y, quizá, de la posibilidad de casación, con la particularidad, además, de que, como ya hemos aprobado en el artículo 24, apartado 1, habrá que garantizar el acceso efectivo a los tribunales de justicia, sin inadmisibilidades, sin indefensiones en ningún caso (58).

Si esto es así, ¿sigue teniendo sentido el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional? ¿Sigue justificándose una tercera o cuarta oportunidad de enjuiciamiento para litigios que han sido conocidos por jueces de tribunales independientes? ¿No dejamos muy mal parado al poder judicial, que algún día habrá de ser democrático?...» (59).

(57) Cfr. «DSS» de 24 de agosto de 1978, p. 2121.

(58) Cfr. «DSS» de 24 de agosto de 1978, p. 2113.

(59) Cfr. «DSS» de 24 de agosto de 1978, p. 2113.

Otro momento feliz —relativamente— de la oración de nuestro amigo el profesor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (L.):

«Se ha empleado mucho el margen de conocimiento de lo que pueden abarcar estos tribunales (N. del A.: Se estaba refiriendo a los contencioso-administrativos) y, desde luego, cuando quede aprobada la Constitución, si se consagra como esperamos y es previsible el sistema de cláusula general, las posibilidades de indefensión se habrán erradicado de una manera drástica y rigurosa. Pueden, por tanto, los tribunales ordinarios cubrir con creces este tipo de exigencias, como sucede en otros países, como sucede, por ejemplo, con el que en México se llama recurso de amparo y en otros ordenamientos» (60).

«Acierto», ya que nos da una idea —la suya— de lo que pueden ser esos procedimientos «preferentes y sumarios»; «relativo», ya que el «amparo» —expresión genérica que muy bien puede cubrir a todos los procesos—, se ha complicado hartó, y desempeña toda una serie de funciones, a saber, en México: recurso o proceso por inconstitucionalidad de leyes, otro de amparo de libertades individuales y otro de casación (61) (62).

En otro ángulo de visión, también ANGULO MONTES había comprendido el problema que nos interesa; esto es, el de que «para seguir hablando del mantenimiento del recurso ante la jurisdicción ordinaria y ante el Tribunal de amparo habría que llegar a esa penosa catalogación de qué clase de derechos y libertades deberían ir a una jurisdicción y cuáles a la otra, lo que comportaría hacer un catálogo bastante penoso, sugiero que, pudiendo así mantenerse el doble recurso y sin necesidad de hacer el catálogo, se sustituyan en el párrafo 2 las palabras "y a través del recurso de amparo", que así lo indiscrimina,

(60) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2114.

(61) Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «Unificación de la legislación en México», en *La Justicia*, 1946, repr. en su «Derecho procesal mexicano», Porrúa, México, 1976, T. I., esp., pp. 10 y ss.; «Amparo y casación», en la misma obra y vol., esp., pp. 528 y ss.; *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2.^a ed., México; *Textos universitarios*, UNAM, 1970, pp. 232 y ss.; FIX ZAMUDIO: *El juicio de amparo*, Ed. Porrúa, México, 1964, pp. 171 y ss.; *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1974, esp., pp. 97 y ss.; *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968, esp., pp. 155 y ss.

(62) Cfr. FIX ZAMUDIO: *El juicio de amparo en Latinoamérica*, Ed. de El Colegio Nacional, México, t. VIII, núm. 4, de 1977, pp. 108 y ss.; atribuye ya una estructura con cinco funciones diferentes (pp. 108 y ss.).

poniendo estas otras: "... o bajo elección, mediante", y dejando de esta manera la solución del problema a uno de los dos únicos caminos que tiene».

«El primero es hacer el catálogo, camino penoso que apuntaba el señor MARTÍN-RETORTILLO, y este otro, que parece más sencillo y cumple el mismo fin: *establecer una opción, por la que sea el propio ciudadano que se presume lesionado, según las circunstancias del caso, según la naturaleza del agravio* que le mueven a solicitar el amparo, quien decida acudir al *procedimiento sumario* de la jurisdicción ordinaria o que, por la mayor trascendencia o más acusada condición política del caso, llevar su derecho presumiblemente lesionado al Tribunal Constitucional» (63).

Esta solución, de dejar la «opción» al ciudadano entre las dos vías, no nos parece prudente; provocaría a la larga —o a la corta— divergencias entre los «amparos» cubiertos por los tribunales ordinarios —incluso el de casación— y por el Tribunal Constitucional, lo cual, no es *nada* interesante; el Tribunal Supremo, se convertiría en «otro» Tribunal Constitucional. Y por lo demás, entendemos que la «opción al ciudadano», para evitar el catálogo, se refiere a «las circunstancias del caso», o a «la mayor trascendencia o más acusada condición política del caso»; esto es, a elementos aún más difíciles de «catalogar», so pena de hallarnos ante un caos.

Y recordemos que el senador ANGUULO MONTES, en estos párrafos, también hizo alusión al «procedimiento *sumario* de la jurisdicción ordinaria».

Debemos añadir, que del resto de las enmiendas presentadas, la del Grupo Mixto (núm. 198) a defender por el senador GUTIÉRREZ RUBIO, parecía establecer una «triple opción» diciendo:

«Texto que se propone:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 y la sección primera del capítulo II, *ante los tribunales ordinarios* y según las leyes ordinarias que los reconocen y desarrollan, sin perjuicio del *establecimiento por ley de un proceso basado en los principios de preferencia y sumariidad* y del uso del *recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28» (64).

(63) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2116.

(64) Cfr. la enmienda núm. 198 en el vol. de *Enmiendas ante el Senado*, p. 83.

(Esta enmienda se mantuvo en la Comisión, sin asistencia del senador GUTIÉRREZ RUBIO) (65).

La enmienda del senador XIRINACH (la núm. 481), también utilizaba la expresión «... ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los *principios de preferencia y sumariedad*...» (66); fue retirada (67).

La enmienda de la Agrupación Independiente (la núm. 686) al apartado 2 del artículo 48, también preveía ese «procedimiento sumario basado en los principios de *preferencia y sumariedad y gratuidad*» —ante los Tribunales ordinarios—; daba un nuevo giro al problema de fondo, al decir que «cuando resulte ineficaz la reclamación ante ellos, podrá interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...»

La «justificación» de esta enmienda decía:

«Con relación al apartado 2 del artículo 48 se introducen correcciones de matiz.

En primer lugar, estimamos que existe una contradicción entre lo que establece este *apartado 2 del artículo 48, donde se ofrece* la opción de recurrir bien ante un Tribunal ordinario o bien ante el Tribunal Constitucional, y lo que establece el apartado b, 1), del artículo 155, según el cual el amparo sólo procede "cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otros tribunales". Es sin duda más razonable la propuesta del artículo 155 y así es la que nosotros recogemos en nuestra enmienda. *Recurrir directamente ante el Tribunal Constitucional sin agotar previamente la vía de la jurisdicción ordinaria, llevaría consigo que el Tribunal Constitucional se encontrase con millares de asuntos que no podría resolver*, con el consiguiente desprestigio de la institución (68).

En segundo lugar, conviene indicar que es principio general que *toda actuación judicial referente a medidas de garantía*, promovida por un particular, debe ser gratuita. Por ello, a las notas de "preferencia y sumariedad", recogidas en el apartado 2 para el *procedimiento especial de tutela*, añadimos la de gratuidad» (69).

(65) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, pp. 2112 y 2120.

(66) Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, pp. 204 y ss.

(67) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978. El senador XIRINACHS preveía un «recurso de amparo delante del tribunal correspondiente» y no del Constitucional.

(68) Cfr. enmienda núm. 686, p. 296 del vol. de *Enmiendas ante el Senado*, cit.

(69) Cfr. loc. últ. cit.

La defensa de esta enmienda por el senador AZCÁRATE FLÓREZ, no dio más luz sobre tales textos (70).

La misma Agrupación Independiente proponía otra enmienda, la número 685, así redactada:

«Enmienda a los apartados 1 y 3 del artículo 48, que se unifican en un solo apartado 1, que dirá así:

Al artículo 48:

1. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el título I se regulará por leyes orgánicas o constitucionales en las que se establecerán los procedimientos y formas de su actuación» (71).

Y su «justificación» era la que sigue a la letra:

«Es evidente que no todos los derechos y libertades tienen la misma importancia y que, en consecuencia, cabe perfectamente establecer una escala de los mismos en orden a su protección y garantía. Pero ni puede supeditarse su efectivo ejercicio a un desarrollo legislativo posterior *ni se comprende que la Constitución haga una declaración expresa de que para alegar los principios establecidos en ella ante la jurisdicción ordinaria se requiera la existencia previa de una ley que los desarrolle* (72).

La regulación de ambos apartados es políticamente desafortunada y, además, jurídicamente incorrecta. Proponemos por ello una nueva redacción que refunde ambos apartados, teniendo en cuenta que será en las leyes constitucionales reguladoras de los distintos tipos de derechos donde se establezcan las modalidades de su ejercicio (73).

En relación con el término "leyes constitucionales", véase la justificación del artículo 75» (74).

La enmienda —núm. 697— tiene gran importancia, ya que tendía a diferenciar las «leyes constitucionales» de las simples «leyes orgáni-

(70) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2117.

(71) Cfr. la enmienda núm. 685 en vol. de *Enmiendas al Senado*, cit., p. 295.

(72) La letra cursiva es nuestra, naturalmente.

(73) Cfr. la enmienda cit., núm. 685.

(74) Cfr. la enmienda cit., núm. 685.

cas» (75) en cuanto a su propio contenido y posibilidades de reforma; la propia diferenciación entre «leyes constitucionales» y «leyes orgánicas» —no aceptada finalmente— nos hubiera facilitado mucho la labor —y no sólo a nosotros— en cuanto a la calificación de determinadas figuras que en la Constitución aparecen.

Así, tratándose en el artículo 48, apartado 2 —que pasó finalmente a ser una parte del artículo 53, apartado 2, del texto definitivo de la Constitución—, *de un medio procesal de garantizar* las libertades y derechos, etc., ante los tribunales ordinarios, ya podríamos saber algo más sobre este confuso «procedimiento» —que, por ejemplo, en la enmienda núm. 198 cit., se denominaba «proceso»— del citado artículo y apartado.

Se trataría de un proceso —así, *de un proceso, no de un simple procedimiento* (76), ya que constituiría, bien un «introito» al proceso constitucional propiamente dicho (esto es, ante el Tribunal Constitu-

(75) 1. Son leyes constitucionales —decía— las encargadas de regular el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales comprendidos en el capítulo segundo —luego ese misterioso «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» estaría comprendido en ellas como garantía—, los estados de alarma, de excepción y de sitio, la institución del defensor del pueblo, el Tribunal Constitucional y la prevista en el artículo 64 para el Senado. Asimismo se considerarán como tales las que aprueben los estatutos de autonomía.

2. Son leyes orgánicas las relativas a la organización de las instituciones centrales del Estado, las que aprueben el régimen electoral y las demás previstas en la Constitución.

3. Las leyes constitucionales deberán ser aprobadas, modificadas o derogadas conforme a lo establecido en el artículo 181 —mayoría de tres quintos de votos en cada Cámara y en caso de desacuerdo nombrándose una comisión paritaria de diputados y senadores, que presentaría un texto para ser votado por ambas Cámaras, y de no lograrse la aprobación por tal método, si el texto obtenía una mayoría absoluta, el Congreso, por mayoría absoluta, podría aprobar la reforma.

4. (Continuaba la enmienda núm. 697 de la Agrupación Independiente.) Las leyes orgánicas deberán ser aprobadas, modificadas o derogadas por la mayoría absoluta del Congreso, observándose para las que se refieran a materias que afecten sustancialmente al título VIII lo previsto en los artículos que regulen la intervención del Senado en el proceso legislativo.

(Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, pp. 302 y ss. la núm. 697 y pp. 295 y ss. la núm. 685.)

(76) No podemos aquí lanzar sobre los lectores la abrumadora cantidad de bibliografía existente sobre las diferencias —y conexiones— entre «proceso» y «procedimiento».

Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: *Cuestiones de terminología procesal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1972, pp. 94 y ss., y 139 y ss.; «Evolución de la doctrina procesal», en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, t. II, pp. 303 y ss.; «Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso», en *ob. cit.*, t. I, pp. 403 y ss.; «La teoría general del proceso y la enseñanza del Derecho procesal», en *ob. cit.*, t. I, esp., pp. 560 y ss.; FAIREN GUILLEN: «Ideas para una teoría general del Derecho procesal», en *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. I, pp. 290 y ss.

cional), bien una entidad independiente y decisiva por sí misma sobre el problema de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos (¿o de normas?)—*de tipo constitucional*, y no ordinario, aunque adoptase «formas ordinarias» —el procedimiento.

El Grupo Socialista del Senado propuso la supresión del último inciso, apartado 3, artículo 48 («Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen»), basándose en que «vulnera el carácter básico de los derechos fundamentales como fundamentos del orden público (artículos 1.º y 10), que los hace, por tanto, omnipresentes en todo proceso aplicativo» (77). Esta enmienda, fue retirada en la Comisión (78).

El senador ANGULO MONTES —como se indicó *supra*, sustituyó su enmienda parcialmente por otra *in voce*; aparte lo ya reproducido más arriba— pretendía, en resumen, y para el apartado 3 del artículo 48, el siguiente texto:

«El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios contenidos en el capítulo III informarán la legislación positiva y la actuación de los poderes públicos.

También informará la aplicación del Derecho, sin quebranto de los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria al amparo y mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen.»

Su idea era la de aludir, no sólo a «las leyes adjetivas» —procesales— sino también al Derecho material regulador de los derechos que se suponen lesionados al acudir a estos amparos judiciales (79).

Desechada una serie de enmiendas, el artículo 48, en sus apartados 2 y 3, quedó así:

«2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 13 y la sección primera del capítulo II, ante los tribunales ordinarios, *por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad* y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último re-

(77) Cfr. vol. de *Enmiendas...*, la núm. 1.056, p. 443.

(78) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2117.

(79) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2119.

curso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que los desarrollen» (80).

§ 4. Así llegó el texto —dictamen— de la Comisión de Constitución al Congreso («BOC» de 6 de octubre de 1978, pp. 3423, con ref. al nuevo artículo 52) (ex 45 y ex 48).

Mas el dictamen venía acompañado de varios votos particulares, que procuraremos extractar refiriéndolos a nuestro objetivo, esto es al «procedimiento —ante los tribunales ordinarios— basado en los principios de preferencia y sumariedad» y a su relación con el recurso de amparo —ya ante el Tribunal Constitucional.

La enmienda número 198 —senador JULIO GUTIÉRREZ RUBIO— se mantenía como voto particular al nuevo artículo 52, apartado 1.º; en él se refería a que la regulación de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título, que son vinculantes por su carácter constitucional, «para su ejercicio... necesariamente por una ley, cuyo respeto a su contenido esencial se tutelará de acuerdo con lo previsto en el artículo 155, 1, a)» (81).

Anotamos aquí la falta de diferenciación de «leyes constitucionales», «orgánicas» y «ordinarias»; si el senador GUTIÉRREZ RUBIO lo insinúa, no lo expresa con necesaria claridad; con la que lo hizo la Agrupación Independiente, sobre la enmienda número 697 —defensor, el senador AZCÁRATE (82) (83).

(80) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, pp. 2121 y ss.

(81) Cfr. «BOC» del día 6 de octubre de 1978, p. 3477.

(82) Quienes hicieron como el senador AZCÁRATE se hallaban, a nuestro modo de entender, en lo cierto: «Constitución-Leyes constitucionales-Leyes orgánicas (o no orgánicas)-Leyes ordinarias».

(83) Está clara la expresión española «actuación de los Tribunales» —pese a sus diferentes manifestaciones en las Leyes procesales fundamentales españolas; y, por ejemplo, el título VI, libro I, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y otras—; lamentamos no conocer ningún extremo del título preliminar del Código Civil «recientemente redactado» (palabras del senador VILLAR ARREGUI, «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2112) en el que se haga alusión directa a la «actuación de los Tribunales».

O bien nos disculpamos por ceguera —no hemos leído ni releído en balde el citado «título preliminar del Código Civil»—; sencillamente, publicamos un trabajo sobre él y el *Valor de la Jurisprudencia*, en la «Revista Crítica de Derecho In-

En efecto, de acuerdo con el texto propuesto por el senador GUTIÉRREZ RUBIO, se ofrecerían tres medios de defensa de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 y sección 1.^a del capítulo II; a) «ante los tribunales ordinarios y según las leyes ordinarias que los reconocen y desarrollan», b) «sin perjuicio del establecimiento por ley de un proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad» y c) «el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional» (84). Esta triple vía, la estimamos prevista con excelente intención —la de «armar el ejercicio jurisdiccional y el constitucional de aquellos derechos y libertades ya regulados en la legislación ordinaria o común» (85); pero incidiría en la falta grave de provocar la lentitud, que tanto alarmaba al senador MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (86); y en la posibilidad de que tribunales ordinarios entrasen en conflicto prácticamente con el Tribunal Constitucional o que quedasen totalmente subordinados a él (87)—aun sin haberse utilizado el medio de provocar una «inconstitucionalidad por incidente jurisdiccional», prevista en el entonces artículo 157 (88) (89).

mobiliario», núm. de julio-agosto de 1975, pp. 797 a 873; un largo artículo así titulado: «Notas sobre el valor de la jurisprudencia (en el título preliminar del Código Civil)»; no hallamos allí la expresión «actuaciones de los Tribunales», pero sí un posible conflicto entre la llamada «Jurisprudencia» del Tribunal Supremo español, naturalmente, y la «doctrina legal» del mismo (inexistente en materia penal).

Le fue respondido al senador VILLAR ARREGUI—muy brillante en el resto de las defensas de la enmienda que defendía—que «también los Tribunales hacen otra cosa que aplicar el Derecho, realizan otras actuaciones» (senador ÁNGULO MONTES, «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2120).

(84) Cfr. la enmienda núm. 198, p. 83 del vol. de *Enmiendas ante el Senado*.

(85) Cfr. la «Justificación de esta enmienda», en *loc. cit.*

(86) Cfr. «DSS» del 30 de agosto de 1978, pp. 2113 y ss. También los senadores VALVERDE MAZUELAS—cuya enmienda triunfó—; cfr. «DSS» de 5 de octubre de 1978, pp. 3327 y ss.; VILLAR ARREGUI en «DSS» cit.

(87) Este peligro lo veían venir, entre otros, el senador GUTIÉRREZ RUBIO (enmienda 216, vol. de *Enmiendas ante el Senado*, cit., p. 90); VALVERDE MAZUELAS («DSS» de 5 de octubre de 1978, p. 3328).

(88) (89) El cual contenía—en el texto remitido por el Congreso—un apartado 2, que decía: «Asimismo, por ley se regularán los supuestos de revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad.»

Este peligrosísimo texto provocó varias enmiendas; por el senador PEDROL RIUS se proponía que el Tribunal Supremo revisase de oficio las sentencias en que hubiere condenado penalmente y en que se produjere la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que la provocó (enmienda núm. 193, vol. de *Enmiendas...*, pp. 75 y ss.); por VILLAR ARREGUI se equipararía esa «revisión» a una especie de «casación en interés de la ley» (enmienda núm. 576, p. 243 del vol. de *Enmiendas ante el Senado*); por GUTIÉRREZ RUBIO, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o norma aplicada en un proceso, tendría efectos revisorios para el Tribunal que la dictó (enmienda núm. 216, p. 90 del vol. de *Enmiendas...* cit.), etc.; propusieron simplemente la supresión del párrafo los senadores CACHARRO PARDO (Grupo Mixto, enmienda núm. 194, p. 81 del vol. de *Enmiendas...*), SÁN-

Y en otros defectos, por ejemplo, ¿qué ocurriría si una de las partes —llamemos así a dos o más ciudadanos interesados— acude a la vía de un proceso ordinario, y la otra, simultáneamente, lo hace al célebre «procedimiento preferencial y sumario»? Cuando examinemos el mal uso hecho constantemente de la expresión «sumario», veremos algunas secuencias.

En efecto, el artículo 53 de la Constitución dice así:

«1. Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1.ª del capítulo II (entre los que se halla el *habeas corpus*, interpolamos nosotros) por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto a la protección de los principios reconocidos en el capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la

CHEZ AGESTA (enmienda núm. 359, p. 157 del vol. cit.), UCD (enmienda núm. 762, página 330 del vol. cit.), VALVERDE MAZUELAS (enmienda núm. 984, p. 412 del vol. cit.).

Se hallaba, en general, este apartado, ocasionado a dudas, a crear un estado de sujeción del Tribunal Supremo al Constitucional.

Por fin, este debatido apartado desapareció, pero sin resolverse el problema.

Triunfó la enmienda del senador VALVERDE MAZUELAS, que decía así:

«Art. 162. Cuando un juez o tribunal, de oficio, considere en algún proceso que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley» (cfr. «DSS», sesión plenaria del 5 de octubre de 1978, pp. 3327 y ss.).

En el texto final de la Constitución, el art. 163 quedó redactado así:

«Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.»

§ 5. Para ayudar al lector a comprender lo largo y probablemente enojoso de nuestra labor de copia de enmiendas, votos particulares, etcétera, parlamentario, y antes de seguir adelante, diremos claramente que la expresión del artículo 53-2 de la Constitución «por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» nos parece un error muy grave, derivado de una mala comprensión del término «sumariedad» (mala comprensión desgraciadamente antigua y muy extendida). Y como somos contrarios a este mal uso—introduciendo la expresión «juicios plenarios rápidos» en la familia de los declarativos ordinarios, pero frente a los sumarios—, con esta tarea seguimos.

Mas antes, veamos si la doctrina elaborada en torno a la Constitución sirve en algo a nuestra tesis.

ALZAGA, en su «comentario sistemático a la Constitución», dice con respecto a este punto en concreto:

«Pues bien, quien vea vulnerados algunos de los derechos y libertades reconocidos en tal parte de la Constitución, amén de la posibilidad de interponer un recurso de inconstitucionalidad, si la vulneración deriva de una de las normas que pueden ser objeto del mismo, podrá acudir a los tribunales ordinarios, pero no simplemente por los trámites habituales, por lo general de dilatado seguimiento, sino por "un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad", lo que aparte la pequeña imprecisión técnica que pueda significar hablar de "un procedimiento" en singular, supone la promesa de cauces más expeditivos, que imaginamos del género de los previstos en el Proyecto de Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (90) (91)... Estos procedimientos especiales de carácter sumarísimo, si sirve la expresión (92), pueden ser

(90) La letra cursiva es nuestra.

(91) Ya es ley, la de 26 de diciembre de 1978, publicada en el «BOE» de 3 de enero de 1979, pp. 78 a 78.

(92) Cuantitativamente, por su extensión, no es lo mismo «sumario» que «sumarísimo». Cfr. nuestro trabajo—sobre la legislación argentina— «Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo», en *Temas de Ordenamiento procesal*, cit., tomo II, esp., pp. 823 y ss.

especialmente encomiables para solventar cuestiones que se planteen, por ejemplo, en materia de prohibición de manifestaciones públicas, de atentados contra la honorabilidad de las personas mediante noticias por reportajes escandalosos... en que la *rapidez* con que se actúe por los Tribunales lo es todo, ya que una *sentencia tardia*, por justa que sea, puede convertirse en estos casos en prácticamente inútil» (93).

En resumen: para ALZAGA, quizás lo mismo que para el legislador (?) «sumariedad» equivale a «rapidez». Y lo remacha con el recuerdo del procedimiento civil en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que, o bien toma medidas para «acelerar» los juicios penales y contencioso-administrativos, o bien, en lo civil, se remite al procedimiento incidental, desarrollándolo como *plenario rápido* (94) pero no como un «sumario» con posterioridad al cual cupiese una nueva cognición más amplia (el «plenario») (95).

GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, por su parte, se limita a transcribir la frase de la Constitución («un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad») sin añadir nada (96).

AGÚNDEZ reproduce el artículo 53-2 de la Constitución como una aplicación del principio de seguridad jurídica (97), aclarando su posición al decir que «... del texto del artículo 53-2 de la Constitución les resulta (a los tribunales de la jurisdicción ordinaria) atribuida simultáneamente la protección de los derechos fundamentales de la persona, si bien en el 161, 1, b), la normatividad del recurso de amparo se remite a ley posterior...» (98). También hace una alusión al proyecto (ahora ya ley) sobre Protección Jurídica de los Derechos Fundamentales de la Persona

(93) Cfr. ALZAGA: *La Constitución española de 1978* (comentario sistemático), Q., Madrid, Ed. del Foro, 1978, pp. 348 y ss.

(94) El legislador español ha hecho amplio uso del procedimiento incidental para regular procesos especiales, en lugar de acudir al «juicio de menor cuantía», de mucha mejor factura y aún susceptible de mejoras.

Cfr. sobre estos problemas nuestro libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, ed. Bosch, 1953, esp. pp. 201 y ss., con las citas que hacemos de SENTÍS MELENDO (+), de ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO y GUASP DELGADO.

(95) La cita que hacemos de ALZAGA corresponde a su libro *La Constitución española de 1978* (comentario sistemático), Madrid, 1978, Ediciones del Foro, pp. 348 y siguiente.

(96) Cfr. GÓMEZ-REINO Y CARNOTA: «Las libertades públicas en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1978, t. I, p. 59.

(97) Cfr. AGÚNDEZ: «Repercusiones de la Constitución de 1978 en el Derecho procesal», en *Lecturas*, cit., t. II, esp. pp. 405 y 450.

(98) Cfr. AGÚNDEZ, *ob. cit.*, p. 449.

y a su procedimiento incidental (99); procedimiento plenario y no sumario, como se aprecia por una simple hojeada de tal ley, ya que agota el objeto de la cognición.

Esto es, no se nos explica la naturaleza de esa «sumariedad».

Mucho más acertado está ALMAGRO NOSETE que al aludir al artículo 53-2 de la Constitución y a la frase «el procedimiento se basará en los principios de preferencia y sumariedad» añade entre paréntesis: «(debe entenderse brevedad)» (100).

Aquí, ya se matiza y diferencia entre la «sumariedad» —cognición limitada— y la «brevedad» —cognición completa pero más corta en el tiempo.

DE LA OLIVA SANTOS plantea las dudas (sobre el proyecto de Constitución, pero es lo mismo, ya que el pasaje al cual se refiere y que reproduciremos, no ha cambiado) que suscita el actual artículo 53-2 de aquella.

«Mas comencemos —dice— ya el análisis del artículo 48, 2 (finalmente, es el 53-2, como hemos dicho). La tutela de esas libertades y derechos se encauzará "por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad". ¿Qué es el "principio de preferencia"? No se sabe, ya que no es recogido por los tratadistas al abordar el clásico tema de los principios procesales. Se puede pensar, eso sí, que los ponentes han querido establecer que los procesos ante los tribunales ordinarios para la tutela de los derechos del artículo 13 y de la sección 1.^a del capítulo II se tramitarán con preferencia a cualesquiera otros procesos. Pero ¿qué es el "principio de sumariedad"? Pues consiste (se nos dirá) en que esos procesos para garantía de los derechos fundamentales sean procesos sumarios. Bien está, pero, ¿en qué sentido? ¿Sumarios en el sentido vulgar de rápidos? ¿O sumarios en sentido estricto, es decir, *sin plenitud de conocimiento*, proporcionadores de una rápida tutela jurisdiccional, pero a reserva del replanteamiento del tema, con toda su extensión, en un ulterior proceso plenario, es decir, con plenitud de conocimiento, de posible disceptación y de activi-

(99) Cfr. AGÚNDEZ, *ob. cit.*, p. 450.

(100) Cfr. ALMAGRO NOSETE: «Poder judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución», en *Lecturas*, *cit.*, t. I, esp. p. 324.

dades probatorias? Dar respuesta a estas cuestiones entra de lleno en el terreno de la más difícil conjetura» (101).

Del debate parlamentario se pueden extraer algunas conclusiones de interés para nosotros.

Así, las posibilidades denunciadas por el senador MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; el deber acudir en primer lugar al famoso «procedimiento preferente y sumario», más una apelación y posiblemente una casación, haría ya inútil el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (que constituiría una tercera o cuarta oportunidad de enjuiciamiento para litigios ya conocidos por jueces de tribunales independientes); proponía, en consecuencia, la supresión de ese recurso de amparo y, prácticamente, remitía toda la protección jurídica a la jurisdicción ordinaria (102).

Por su parte, el senador AZCÁRATE deseaba un «iter» aún más largo, integrado por el famoso procedimiento «preferente, sumario y gratuito» ante los Tribunales ordinarios, y finalmente por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (103).

Cierto es que ambos senadores se preocupaban también de una posible acumulación de asuntos ante el Tribunal Constitucional si no se establecía un «filtro» ante los tribunales ordinarios (104).

Evidentemente, el problema era —y es— grave; la solución de «dar opción al ciudadano para escoger entre el "procedimiento sumario" o el "amparo constitucional"» (senador ANGULO MONTES) dejaba una compuerta del «filtro» abierta (105) (106).

Y aún se complicarían más las cosas si la opción dada al ciudadano fuera triple, como proponía el senador GUTIÉRREZ RUBIO, a saber: 1.ª, de acudir a los tribunales ordinarios «según las leyes que los reconocen y desarrollan»; 2.ª, el acudir al «proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad», y 3.ª, acudir al amparo constitucional (107).

Entre ambas soluciones —y hay que unir a ellas el problema de la sujeción o no del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional, también debatido— está la salomónica adoptada en el texto definitivo, con

(101) Cfr. DE LA OLIVA SANTOS: «La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1978, núms. 2-3, pp. 412 y s.

(102) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, pp. 2113 y ss.

(103) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2117.

(104) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, respondiendo al senador ANGULO MONTES, en «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2119.

(105) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, pp. 2115 y ss.

(106) Cfr. «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2119 (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER).

(107) Cfr. enmienda núm. 198, p. 83 del vol. de *Enmiendas cit.*

la introducción, en el artículo 53-2, de las palabras «y, en su caso», a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y en el 161, 1, b), hace que este Tribunal conozca del «recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53-2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca».

De «última instancia» califica ALZAGA al recurso así previsto (108); de «subsidiario» lo hace GÓMEZ-REINO Y CARNOTA (109), para el caso de las pretensiones «desestimadas» —versión del Senado (110)— o «ineficaces» —versión del Congreso (111)— (las reclamaciones ante otros tribunales), aunque ambas expresiones hayan sido evitadas.

Por lo tanto, el problema queda sin resolver.

Ahora bien, se nos plantea el problema de si, por el hecho que desarrolle el recurso de amparo, algunos recursos quedaren fuera del mismo —y recordemos las cautas palabras «y, en su caso»—, ese famoso procedimiento «preferente y sumario». ¿Debería extenderse hasta admitir un recurso de casación, sin tener en cuenta otra causa (por lo que aquí interesa) que la supuesta inconstitucionalidad? Otro grave problema.

La alusión de ALMAGRO NOSETE, ALZAGA y AGÚNDEZ a la «Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas», publicada el 3 de enero de 1979 (112), es en no poca parte acertada, como fuente de inspiración para construir la casación en un «procedimiento» en el que se deniega el recurso constitucional de amparo por la causa —futura— que sea, ya que en la referida ley las sentencias dictadas en primera instancia —procedimiento incidental (113)— son susceptibles de recursos de apelación y casación y aun de demandas de revisión (art. 15, 2).

Cierto es que así el Tribunal Supremo actuaría como Tribunal Constitucional, pero no como en el actual artículo 163 de la Consti-

(108) Cfr. ALZAGA, *ob. cit.*, p. 931.

(109) Cfr. *ob. cit.*, p. 59.

(110) Cfr. esta versión del anterior art. 155, 1, b), en el «DSS» de 6 de octubre de 1978.

(111) Cfr. esta versión en el «BOC» de 24 de julio de 1978.

(112) Cfr. ALMAGRO NOSETE, *ob. cit.*, p. 324; ALZAGA, *ob. cit.*, p. 931; AGÚNDEZ, *ob. cit.*, p. 450.

(113) Aunque con especialidades. No obsta ello a que hubiéramos preferido, por mejor desarrollo —y también introduciendo mejoras— el procedimiento de menor cuantía (un «plenario rápido»). Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO: «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil», en *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, p. 228; GUASP, *Comentarios a la LEC*, Madrid, 1946, vol. I, t. II, p. 830; SENTIS MELENDO, «El juicio de menor cuantía (comentarios a un Decreto)», en *Revista de los Tribunales*, Madrid, 1931, pp. 329 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, cit., pp. 201 y ss.

tución, esto es, limitándose a «plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional» por haber «surgido» en pleno proceso ante el primero la necesidad de aplicar una norma que pueda ser contraria a la Constitución —«inconstitucionalidad incidental»—, sino porque *la misma inconstitucionalidad sería la base de su labor*.

¿Qué va a padecer la economía procesal? Tememos que sí, y mucho. Lo que se «gana» por el «filtro» de la jurisdicción ordinaria «se perderá» con el necesario sistema de recursos de la misma, apoyado además en el artículo 24, apartado 1, de la Constitución, que garantiza el derecho de acceso a los tribunales. Denegar en el «procedimiento preferente y sumario» del artículo 53-2 un recurso de amparo —por la ley futura—, pero, a la vez, denegar un recurso de casación nos parece muy fuerte.

Téngase en cuenta que, además, si el «Defensor del Pueblo» se constituye y funciona debidamente, sus «recomendaciones» a los particulares de no recurrir [podrá hacerlo, según la legitimación que le confiere el art. 162, 1, b)], pueden constituir un buen freno.

En la obra de ALZAGA hemos leído la siguiente frase, dedicada como introducción al estudio del artículo 53 de la Constitución de 1978:

«PRECEDENTES HISTÓRICOS —dice—. No existe en el constitucionalismo histórico español ningún precepto parecido a éste» (114).

Nos parece que este autor olvida algo de bastante importancia: lo sucedido en las Cortes de Cádiz de 1812.

En ellas, y como consecuencia de un supuesto delito de allanamiento de morada denunciado directamente como infracción a la Constitución, la Comisión de Justicia de las Cortes dictaminó en 23 de noviembre de 1912 lo que sigue:

«La Comisión cree que el objeto que se propuso a V. M. al pedir el testimonio (115) fue el de examinar por sí mismo si el Tribunal procedía en esta causa con la brevedad compatible con las leyes y sin las dilaciones de que se lamentaba FITZGERALD —el quejoso—, ejerciendo de este modo la inspección y vigilancia que deben tener las Cortes por la más exacta observancia de la Constitución; por lo demás, *ya otra vez ha dicho la Comisión que el delito de infracción de la Constitución debe juzgarse, esto*

(114) Cfr. ALZAGA, *ob. cit.*, p. 346.

(115) De toda la causa que instruía el Tribunal especial de Guerra y Marina con referencia al «asunto Fitzgerald».

es, averiguarse y castigarse por los jueces competentes, y que nunca pueden serlo las Cortes...» (116).

Y como las dilaciones en el proceso continuaban (117), las Cortes dictaron el decreto de 28 de noviembre de 1912, del siguiente tenor:

«Las Cortes Generales y Extraordinarias, convencidas de la necesidad y utilidad de que los *expedientes sobre infracción de la Constitución* sean terminados con la mayor prontitud, decretan: *Los Tribunales del Reino preferirán a todo otro asunto los relativos a infracción de la Constitución política de la Monarquía.*

Lo tendrá entendido la Regencia del Reino, y dispondrá lo necesario a su cumplimiento, etc.»

Más tarde, y por razones que en mi trabajo citado expongo (118), las Cortes de Cádiz «dieron marcha atrás»; la Comisión de Arreglo de Tribunales, el día 13 de julio de 1813, presentó como proyecto, uno, en el que el tenor general era el siguiente:

Todos los delitos contra la Constitución —y su elenco sería muy grande— serán «*juzgados por la jurisdicción ordinaria*» (art. 28); más los infractores podrán ser acusados no solamente «ante el juez y Tribunal competente, o ante el rey, que los hará juzgar por quien corresponda», sino también «ante las mismas Cortes, conforme al artículo 373 de la Constitución», con lo que se cambiaba radicalmente la anterior interpretación de esta norma (119) (120).

En tal caso, las Cortes habrían de nombrar «una comisión de su seno, ampliamente autorizada» para que «instruya un expediente a fin de apurar la certeza del hecho; y resultando éste en debida forma,

(116) Cfr. nuestro trabajo «Las relaciones entre el Poder Legislativo y el Judicial y las infracciones a la Constitución de 1812 (en torno al caso *Fitzgerald*)», primero en el *Anuario de Derecho penal y de Ciencias Penales*, Madrid, 1957, y ahora en *Temas del Ordenamiento procesal*, cit., Madrid, 1969, esp. pp. 178 y ss.

(117) Cfr. nuestro trabajo, cit., *passim*.

(118) Y que son un tanto complejas. Allí se verá, con todo esmero, la cita de los «*Diarios de Sesiones*» a que corresponde cada una de las actuaciones de las citadas Cortes y de sus Comisiones.

(119) La que determinó el Decreto de 28 de noviembre de 1812.

(120) La importancia de haber exhumado este Decreto —nada de extraño tiene, pues me ocupaba de elaborar un trabajo sobre «La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813)», ahora en *Temas de Ordenamiento procesal*, cit., tomo I, pp. 195 y ss.— la supone el hecho de que la Constitución de Cádiz —y el Decreto desarrollando el art. 373— se hallaron en vigor también en México en dos ocasiones. Cfr. sobre los dos temas conexos FIX ZAMUDIO, *El juicio de amparo* (IV, «Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana»), México, ed. Porrúa, 1964, página 216 y notas núms. 72 a 74.

con audiencia del acusado, declararán, oída la comisión, que en haberse hecho tal cosa se ha infringido tal artículo de la Constitución, o que no hay o ni resulta infracción, si así fuese» (art. 31). Y «declarada la infracción, mandarán las Cortes reponer todo lo obrado contra la Constitución y dictarán los remedios oportunos»; el acusado quedará suspenso y se pasará certificación de la declaración al «*juez o tribunal competente a fin de que sustanciada la causa conforme a derecho para acreditar más completamente quién es el reo, el grado de sus delitos y los perjuicios que haya causado, se imponga al delincuente la pena que merezca por el hecho ya declarado, según las circunstancias más o menos agravantes con que aparezca del juicio, dándose cuenta de las resultas a las Cortes y al Gobierno*» (art. 31). En ello, «*los jueces y tribunales procederán con la mayor actividad, prefiriéndolas (las de la Constitución) a los demás negocios y abreviando los términos cuanto sea posible*» (art. 33) (121).

Que en esta mescolanza no pueda hallarse precepto indirectamente enfocable al actual artículo 53-2 de la Constitución no está tan fuera de dudas; que tiene gran importancia como precedente el Decreto de las Cortes de 28 de noviembre de 1812 no lo dudamos; la defensa de la Constitución se encarga a los tribunales ordinarios.

§ 6. Y vamos a examinar la expresión «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad».

En el repaso hecho de los textos preconstitucionales, de enmiendas, votos particulares, etc., hemos llegado a la consecuencia de que ni diputados ni senadores se daban perfecta cuenta del significado de la expresión «sumariedad». Y si en algún caso atendían a los textos, lo hacían dándole el valor de «celeridad» o «brevedad», *pero no el de conocimiento o cognición parcial de un asunto*. En el mismo error —a nuestro modesto entender— ha caído parte de la doctrina; de lo que hemos leído, deducimos que tan sólo los profesores ALMAGRO NOSETE y DE LA OLIVA SANTOS se han dado cuenta de la importancia del asunto.

Hemos dedicado nuestra atención al mismo en diversas publicaciones (diferencia entre juicios plenarios lentos-juicios plenarios rápidos, de un lado, y juicios sumarios, de otro) (122). Pero vemos que no estará de más recordar un poco lo que decíamos ya hace muchos años,

(121) Cfr. nuestro trabajo cit., *Poder legislativo, etc.*, pp. 191 y ss.

(122) Cfr. nuestro libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, 1953, Barcelona, ed. Bosch, *passim*; *El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios*, en «Revista de Derecho Procesal», Madrid, 1954, y en *Estudios de Derecho Procesal*, cit., 1955, pp. 371 y ss.; *Sugerencias sobre el Anteproyecto de Bases para el Código procesal civil de 1966*, Universidad de Valencia, 1966, p. 77; «Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumarísimo», en *Temas*, cit., t. II, pp. 823 y ss.

aquello en que persistimos y que aún ha sido aceptado por la Comisión General de Codificación («el tipo de expresión de juicios plenarios rápidos») (123).

El juicio declarativo ordinario—el más extenso—se basa y se ha basado siempre en el deseo de acabar definitivamente con un litigio, de manera que la satisfacción (124) sea alcanzada de modo pleno —o semipleno— por una de las partes (o repartida entre las dos); acabar con el litigio de modo judicial, de tal modo que no sea ya posible otro proceso sobre el mismo, como consecuencia de la nota de estabilidad y permanencia de la satisfacción, asegurada por la cosa juzgada material (con excepción del llamado «recurso de revisión»).

Por dicho motivo, es necesario que en él se dé toda su extensión en materia de excepciones, medios de ataque y de defensa, medios probatorios, etc. E igualmente el sistema de recursos debe ser el más completo de todos. Por todo ello se precisa el otorgamiento de plazos largos y aun de facilidades para su prórroga, plazos extraordinarios, etcétera. El conjunto «justifica parcialmente» —parcialmente sólo, por su arcaísmo procedimental— una copiosa serie de preclusiones, resoluciones, judiciales interlocutorias, incidentes formales o de fondo que se presentan paulatinamente, etc. (125).

Es evidente que el desarrollo de este tipo procesal lleva consigo mucho tiempo, trabajo y, como consecuencia, antieconomía. Por ello, desde muy antiguo se pensó y se puso en práctica que tal *specimen* de juicio—el *solemnis ordo iudicarius* medieval—no respondía a determinadas finalidades que mediante el proceso declarativo se pretenden obtener; y de ahí la aparición histórica de bastantes procesos especiales.

El clásico autor procesalista MITTERMAIER decía (126) que existen casos en que un peligro jurídico (127) es inminente y entonces se ha

(123) Así, en el texto adoptado por el Pleno de la Comisión General de Codificación en julio de 1970, y por dos veces, en su «Exposición» aludía expresamente a los «juicios plenarios rápidos».

(124) Cfr. FAIRÉN GUILLÉN: «El proceso como función de satisfacción jurídica», discurso inaugural del V Congreso Nacional de Derecho procesal argentino (Salta, 15 de julio de 1968), en *La Ley*, Buenos Aires, 5 de agosto de 1968; *in extenso*, en la *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1969, I, *passim*, y en *Temas del Ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, t. I, pp. 353 y ss.

(125) Nos estamos ateniendo fundamentalmente a lo que ya dijimos en nuestros trabajos citados en la nota 122, *supra*.

(126) Cfr. MITTERMAIER: *Die summarischen Verfahrensarten des gemeinen deutschen bürgerlichen Processes*, Bonn, 1840, pp. 47 y ss.

(127) Naturalmente, no nos referimos aquí al *periculum in mora* característico de los procesos cautelares; éstos se diferencian de los declarativos sumarios en ser

de dar a los interesados un medio procesal de evitarlo y aun de suprimirlo con la rapidez requerida. En tales casos, una de las soluciones estriba en que, en vez de plantear en juicio *todas* las cuestiones jurídicas que surjan o puedan surgir en torno a ese peligro (128)—esto es, en lugar de plantear el litigio con todas sus extensas posibilidades—, se le haya de enfocar procesalmente, tan sólo con respecto al punto peligroso («que ha hecho crisis», podría decirse), con abstracción de los demás, de tal modo que en el juicio tan sólo se discuta y resuelva sobre dicho punto. En tales casos, el proceso no agotará el litigio en total, sino tan sólo uno de sus fragmentos.

Corolario de esta requerida necesidad de rapidez para proveer a conjurar rápidamente el peligro es la de no hacer admisibles ciertas alegaciones y ciertos medios de prueba. La limitación de plazos, la oposición a los intentos de alargar el procedimiento son consecuencias de lo expuesto.

Aquí tenemos a los juicios sumarios. Conocimiento limitado; luego, cosa juzgada limitada a lo conocido; luego, posibilidad abierta para las partes, a fin de acudir a un proceso extenso—el plenario—en el cual se discutirá todo el conjunto del campo litigioso.

Estas son las características de los juicios sumarios. No habiendo sido la cognición completa, la cosa juzgada tampoco puede serlo; el litigio tan sólo se resolvió en un plano o aspecto limitado. Y por lo tanto, preciso es que las leyes creen un vehículo procesal—esta vez no marcado por la excesiva urgencia—para que las partes puedan atacar y defenderse con toda la holgura que estimen del caso (salvo abusos, naturalmente); así aparece el juicio plenario, que desborda de los cauces de sumario, y que, al abordar el *thema procedendi* en toda su amplitud, puede también desbordar los límites de la cosa juzgada aparecida en el anterior juicio sumario.

E históricamente apareció un tipo de procesos que, apartándose, por su excesiva extensión, complicación y carestía, del «plenario ordinario», contenía una cognición o conocimiento *plenos*, pero conseguida a través de un procedimiento más breve. Así aparecieron los *juicios plenarios rápidos*. Siendo «plenarios», no cabía volver sobre ellos (el caso contrario a los sumarios); siendo «rápidos», esquivaban los

simplemente instrumentales, en tanto que los sumarios resuelven una parte del fondo del asunto. Cfr., por todos, CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padua, CEDAM, 1936, pp. 12 y ss.

(128) Cfr. la nota anterior.

errores formalistas que con razón se imputaban a los «plenarios ordinarios» (129).

Ahora bien, con respecto a la «sumariedad», hay dos tendencias: la del profesor GUASP, diversificando entre «sumariedad por razones cuantitativas», esto es, persiguiéndose en ellos la misma finalidad que la del proceso común, pero mediante un aligeramiento o simplificación de trámites (130)—son los que nosotros llamamos «plenarios rápidos»—, y «sumariedad por razones cualitativas», de tramitación también más ligera y abreviada, pero especialmente con posible *limitación de la cognición judicial* (131) (a éstos los llamamos nosotros «sumarios»).

La clasificación de GUASP, muy aleccionadora, es, quizás, muy rígida; *se basa mejor en la «forma» de los procedimientos*—tanto en los plenarios rápidos como en los sumarios se tiende, naturalmente, a la aceleración—*que en el ámbito del conocimiento*. En los primeros, «completo» y sin posibilidad de plantearlo otra vez (ya que se ha escogido el juicio más amplio y la cosa juzgada todo lo abarca); en los segundos, «incompleto», «parcial» (dirigido a sofocar una necesidad o un peligro urgentes), y, por tanto, susceptibles sus sentencias no ya del lógico sistema de recursos (132), sino aún de que se plantee todo el asunto litigioso en un segundo proceso mucho más amplio, el «plenario» (y éste puede ser rápido o más lento).

En resumen, las pautas de diferenciación de los juicios simplemente acelerados (que llamamos «plenarios rápidos»), con respecto al «plenario ordinario», reside tan sólo en su forma, en tanto que su diferencia de los «sumarios» reside en su contenido (133).

Este ubicuo carácter del vocablo «sumario» ha sido y es causa de no pocos errores (al confundirse con lo «rápido», «breve», acelerado, pero de cognición general). Y en este error han caído los autores de la Constitución.

(129) Sobre esta evolución histórica, perturbada en España por una serie de concausas, cfr. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Tauchnitz, Leipzig, 1959, pp. 12 y ss., *passim*. y la abundante bibl. cit. en nuestro libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*.

(130) Cfr. GUASP: «Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales», Ponencia leída por el A. en el I Congreso Internacional de Derecho procesal civil (Florenia, septiembre-octubre 1950) y en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1951, abril-junio, esp. pp. 419 y ss.

(131) Cfr. GUASP, *ob. cit.*, p. 420.

(132) Por ejemplo, en el llamado «Procedimiento de apremio en negocios de comercio» (en realidad, se trata de un juicio sumario) no hay recursos, pero sí la posibilidad de plantear un juicio plenario (art. 1.558 de la LEC).

(133) Cfr. BRIEGLEB, *ob. cit.*, pp. 12 y ss. y nuestro libro cit. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, *passim*.

En efecto, escrutando —ya lo dijimos— textos prelegislativos e intervenciones de diputados y senadores, lo que apreciamos es que *confunden lo «sumario» con lo «rápido»*; no hemos visto ninguna alusión a un «juicio plenario» posterior —que no hubiera hecho sino complicar aún más las cosas, haciendo del recurso de amparo una entelequia—; pero sí a la brevedad de ese famoso «juicio preferencial y sumario».

Por ejemplo, al senador MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, le preocupaba —justamente— que «estos sistemas de actuaciones deberían tener preferencia y deberían, desde luego, dotarse de la posibilidad de apelación y, quizás, de la posibilidad de casación»; su preocupación por estas «tres oportunidades de enjuiciamiento» le llevaba a pedir la supresión del amparo constitucional. Y, en el fondo, latía la idea de la «falta de celeridad del proceso»; semejante preocupación abrigaba el senador ANGULO MONTES (134).

Estimamos que, desde que en el texto preconstitucional de 5 de enero de 1978, en el entonces artículo 45-2, se utilizó la frase «... ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad...», tanto en el Congreso como en el Senado, faltaron quienes debían haber formulado las siguientes —o análogas— preguntas:

«La expresión "sumariedad", que desde hace siglos tiene dos acepciones (135), ¿se utiliza como "cognición limitada" o como equivalente a "brevedad"?» (136).

Y si se trata del primer caso, ¿dónde está regulado el juicio plenario consecuente?

Si se contestase a esta última pregunta: «Está en el propio proceso constitucional de amparo», la réplica no se haría esperar; una «superposición de dos clases de jurisdicciones que, por su naturaleza y composición, por su estructura y funcionamiento, son tan enteramente heterogéneas (137)...», que no cabe semejante salto.

Sin embargo, hemos de confesar que la desaparición de las expresiones

(134) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, intervención, en «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2113; ANGULO MONTES, en el mismo «DSS», p. 2115.

(135) Cfr. BRIEGLER, *ob. cit.*, *passim*, y por lo menos, desde el cisma jurídico organizado por la *Clem. Saepe contigit* y otras normas; nuestros modestos trabajos de diferenciación de *El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios; El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, etc.

(136) La pregunta también se la ha formulado el profesor DE LA OLIVA SANTOS, en *ob. cit.*, pp. 412 y ss.

(137) Cfr. el senador ANGULO MONTES, en «DSS» de 30 de agosto de 1978, p. 2115.

siones «ineficaz la reclamación ante otros tribunales» o «desestimada la reclamación ante otros tribunales» nos causó alivio, pese a que el actual artículo 161, 1, b), no hace sino diferir la solución del problema («en los casos y formas que la ley establezca»).

Sigamos en la suposición—hasta que la despreciemos, no quedaremos tranquilos—de que—pese a no haberse nombrado la «sumariedad» como cognición limitada—ese «procedimiento preferente y sumario» del artículo 53-2 es realmente un *sumario* (cognición limitada, pero limitada ¿a qué? Otro problema.

Recordemos que el senador MARTÍN-RETORTILLO BAQUER se inquietaba—justamente—de la «posibilidad de apelación y, quizá, de la posibilidad de casación» (138) en tal procedimiento.

Pues bien, en la hipótesis formulada por el senador MARTÍN-RETORTILLO se nos volvería a plantear el problema derivado de una falsa concepción de la «sumariedad».

En efecto, es justo—y así lo informaba el citado senador—que en estos procedimientos «sumarios» haya «apelación» y quizás «casación»; pero, aun después de haber terminado con esta casación, podría volver a instarse el asunto con toda su extensión—de modo *plenario*, expresión muy antigua, pero que tampoco parece haber calado muy hondo—en Primera y Segunda Instancia y «quizás» en casación... Este será el resultado de comprender en su sentido propio y único la expresión «sumariedad».

Pero como los legisladores no «vieron» este aspecto, y sí sólo el de la «brevedad», «rapidez», etc.—esto se llama «plenariedad» rápida—, debemos pensar en suposición tan poco agradable a la economía procesal.

De la escasa doctrina elaborada sobre la base de la Constitución o de sus proyectos ya vimos que el profesor DE LA OLIVA SANTOS se había planteado el problema de la doble acepción procesal de la «sumariedad» (139), y que el profesor ALMAGRO NOSETE igualaba «suma-

(138) ¿Y por qué no? la LEC admite el recurso de casación por quebratamiento de forma en los verdaderos juicios sumarios (juicios ejecutivos, posesorios) y lo admite de infracción de ley para dichos juicios sumarios—el sumario ejecutivo, los interdictos posesorios— en ciertos casos (art. 1.694).

Exceptúa del recurso de casación por infracción de ley... a los demás en que después de terminados pueda promoverse otro juicio sobre el mismo objeto. He ahí una buena definición de sumariedad que parece no haber calado aún.

(139) Cfr. ob. cit., pp. 412 y ss.

riedad» —la del art. 53-2— a «brevedad» (140). Y ésta es la acepción tomada por los legisladores.

Habría que preguntar a los legisladores —con el debido respeto—: «¿Por qué habéis utilizado *ab initio* la expresión "sumariedad", que tiene dos acepciones (141) muy diferentes y que la hacen equívoca y ocasionada a confusiones?»

Pero aún hay otros problemas que deben ser resueltos.

Existe la posibilidad de que la norma posiblemente vulnerada, según el artículo 161, 1, b), en relación con el 53-2, no sea de orden civil, sino penal, laboral o administrativa; se hace evidente que el famoso «procedimiento basado en la preferencia y equidad» debe diferenciarse, según la supuesta norma violada de que arranque. ¿Será la solución, la de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona? (Esto es, el tal «procedimiento preferente y sumario» sería uno penal, laboral, contencioso-administrativo: *plenarios rápidos*.) ¿O se crearán nuevos procedimientos? El acudir a la citada Ley supondrá que el legislador confiesa haber errado en su calificación de «sumario» al tal procedimiento previo al de amparo, ya que los tres que figuran en la mencionada Ley son *plenarios*.

Y el inconveniente de remitirse al «procedimiento incidental», también utilizado como plenario y muy inferior en técnica al juicio de menor cuantía, como ya dijimos.

Y, aun así, será necesario que exista el correspondiente sistema de recursos (como existe en la repetida Ley), que, aun previsto su carácter «urgente» y «preferente», producirán un considerable consumo de tiempo.

Y nos hallamos con la expresión «preferencia».

Ya vimos cómo esta expresión se utilizó por las Cortes de Cádiz en su Decreto de 28 de noviembre de 1812, que confiaba la custodia de la Constitución a «los Tribunales del Reino». Desde allí hasta ahora se ha utilizado muchas veces. Por ejemplo: en el Real Decreto-ley de 1 de julio de 1978, sobre terrorismo, a las causas que por dichos delitos se instruyan se les da la calidad de «absoluta preferencia»; en la repetida Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (de 28 de diciembre de 1978), a los procesos penales de

(140) Cfr. *ob. cit.*, p. 324.

(141) Aún hay más: el «Sumario» de la LECRIM no es sumario; lo que tiene de proceso es *plenario*, aunque con una serie de caracteres que pueden mover a error; los Consejos de Guerra no son «sumarios», ni «sumarísimos», sino «rápidos» o «rapidísimos»; el «plenario» opuesto al «sumario» del Código de Justicia Militar es un grave error de arrastre de materiales históricos.

que en la misma se trata se les da carácter «urgente y preferente»; a los contencioso-administrativos, el de «urgente» (y, por cierto, la «absoluta preferencia» de los procesos por razón de delitos de terrorismo —Real Decreto-ley de 1 de julio de 1978—, como muestra de su «absoluta preferencia», nos dice que, «si por de la penalidad asignada al delito, se siguiera el procedimiento ordinario, desde la presentación del último escrito de calificación hasta la vista no transcurrirán más de tres meses»). Ahora, el artículo 53-2 de la Constitución también habla del principio de «preferencia».

Siendo, como es, una norma de rango superior, deroga a las demás en lo que la contraríen. Pero, por ejemplo, en el caso de que, según el Real Decreto-ley de 26 de enero de 1979 («BOE» de 1 de febrero), sobre protección de la seguridad ciudadana, haya un sujeto en situación de «prisión provisional incondicional», y que en el procedimiento se trate de su «agilización procesal mediante la generalización del procedimiento de urgencia...», ¿será siempre preferente el constitucional «procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», o procederá, al menos, seguir lo más rápidamente posible los procesos en que «haya preso preventivo incondicional»?

Son muchas las «preferencias» que recaen sobre los «tribunales ordinarios» y nacionales —y recordemos la alusión que la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de las Personas hace en su «disposición adicional» al futuro desarrollo del «amparo», a cuya «entrada» se halla nuestro «procedimiento preferente y sumario».

Recordemos que esta Ley fija, para protección de las «garantías jurisdiccionales penales», «cuando el conocimiento y fallo corresponda a la Audiencia Provincial», «el trámite (se podía haber utilizado un término menos tosco; v. gr., el "procedimiento")... será el que dispone el capítulo III del título III del libro IV de dicha Ley de Enjuiciamiento criminal»..., «con las siguientes modificaciones» (142).

Pues bien, el procedimiento adoptado, ya de por sí, se halla bajo el título «Del procedimiento de urgencia para determinados delitos», pero además es calificado, por la Ley de 26 de diciembre de 1978,

(142) Estas modificaciones son gravísimas; v. gr., «el plazo para instrucción y calificación que concede el artículo 797 de la LECRIM se entenderá común, y de cinco días, para todas las partes acusadoras, y también común, y de la misma duración, para las partes acusadas» (art. 2.º-tres-segunda de la Ley de 26 de diciembre de 1978).

Esta «comunidad de plazos» —enemiga o amiga mortal de extraños litisconsorcios— dará que hablar, que protestar y que escribir.

de «urgente y preferente». Dos veces «urgencia», si tenemos en cuenta el gravísimo Real Decreto-ley de 30 junio de 1978 («absoluta preferencia», artículo 5.º, «procurándose además la *agilización* (143) de los trámites procesales...»). Y dos veces preferencia, si nos remitimos al artículo 53-2 de la Constitución, para el específico «procedimiento» (?) clave del amparo constitucional.

Prescindamos de los defectos muy graves que cabe imputar a los procedimientos escogidos por la Ley de 28 de diciembre de 1978—sólo su examen ya ha provocado y provocará la aparición de bibliografía crítica, que deseamos sea profunda y feraz—y terminemos por ahora con el hilo de este discurso (144).

Para fijar un sistema de prioridades entre tanta «preferencia», hubiera sido muy útil que en la Constitución se distinguieran las «leyes constitucionales» y las «orgánicas» (amén de las «ordinarias»), tal como se pedía en las enmiendas números 685 y 697 de la Agrupación Independiente (145).

Pero, a falta de ello, hemos de contentarnos, por el momento, con la idea de «celeridad»—falsamente llamada «sumariedad» en el artículo 153-2—, con el deseo, explicitado oralmente y por escrito, de que

(143) Un nuevo principio del proceso y del procedimiento, o más bien resucitado: el de la «agilización». No se pierde de vista el *kurz, nervöse und deutlich* de la *Jüngste Reichsabschied* de 1654. Cfr. sobre ella BRIEGLEB, *ob. cit.*, pp. 199 y ss.; FAIREN GUILLEN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, *cit.*, pp. 59 y ss.

(144) El Real Decreto de 20 de febrero de 1979 («BOE» del 27) no entra en cuestión que nos interese, aunque anuncia «la elaboración de la definitiva regulación legal del procedimiento de amparo o tutela de los derechos reconocidos en la Constitución», lo cual debe entrañar una clarificación del problema que aquí planteamos (mejor dicho, que nos plantearon los autores del art. 53-2 de la Constitución).

Desde tiempo casi inmemorial se vienen reiterando en España (en todo el mundo civilizado) leyes, decretos, fueros, pragmáticas, instrucciones, etc., destinados a la aceleración del proceso. Sin ir más lejos, en las Cortes de Cádiz, el día 19 de abril de 1911, se examinaba «un proyecto de reglamento para que las causas criminales tengan un curso más expedito» (cfr. el «Boletín de las Cortes Generales y Extraordinarias» núm. 200, de la fecha citada, pp. 894 y ss.).

Por cierto, que es de alabar la prudencia de ALZAGA cuando dice: «Realmente, el procedimiento de *habeas corpus* nunca tuvo vigencia en nuestra patria» (*ob. cit.*, página 204); no tuvo vigencia, pero hubo intentos de introducirlo.

Y exactamente en el «Boletín de las Cortes Generales y Extraordinarias» de Cádiz, de 19 de abril de 1911, en el dictamen de la Comisión de Justicia se hace constar que se basaba en un proyecto de don MANUEL DE LLANO «para establecer la ley de *habeas corpus*...».

Posiblemente le ocurría a don MANUEL DE LLANO lo mismo que actualmente ha mostrado ALZAGA que le ocurre: «que no conocía la «Manifestación», al contrario que los ilustres redactores del «Discurso preliminar» de la citada Constitución de 1812.

(145) Cfr. vol. de *Enmiendas ante el Senado*, pp. 285 y 302 y ss.

se provea pronto al desarrollo de dicha y defectuosa —pero fundamental— norma de «apertura» o «no apertura» del recurso de amparo (146), y de que nuestros legisladores «pisen fuertemente la tierra» sin fantasías, pero... previa una excursión informativa al mundo de los buenos conceptos, acreditados por la Historia (147).

Madrid, mayo de 1979.

(146) Cfr. las palabras del senador L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en la sesión de la Comisión del Senado de 30 de agosto de 1978, «DSS» del mismo día, p. 2113, primera columna, a.f., y segunda, a.p.

(147) Hemos pretendido en nuestro libro *El juicio ordinario y los plenarios rápidos* que hoy día los procesos civiles «ordinarios» no son ni más ni menos que un producto del desarrollo de los «plenarios rápidos», que dominaron la escena por sus ventajas sobre los viejos juicios plenarios ordinarios (*solemnis ordo iudiciarius*), excepto en España, en donde por una complicada serie de concausas malhadada sigue siendo el juicio arquetípico civil el de «mayor cuantía», descendiente de los del *solemnis ordo iudiciarius* y no de los plenarios rápidos, que también tuvieron su entrada y evolución en España, plasmándose en los de menor cuantía y después, y mejor, en el llamado «de cognición» o de pequeña cuantía. Cfr. dicho libro, *passim*.

En el resto de Europa, la vieja *solemnis ordo iudiciarius* fue paulatinamente barrida y sustituido el juicio ordinario, rituario en exceso, complicado y antieconómico, por los otros tipos de «plenario rápido» que ocuparon su lugar. Cfr. dicho libro, *passim*.

