

TRIBUNA ABIERTA

EL RECURSO DE AMPARO Y EL RECURSO ANTE EL TEDH: PAUTAS DE INTERACCIÓN

FRANCISCO PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Catedrático. Presidente Emérito del Tribunal Constitucional

El recurso de amparo y el recurso ante el TEDH: pautas de interacción

La reforma del recurso de amparo llevada a cabo por la Ley de reforma de la LOTC cambió sustancialmente el modo en el que este recurso interactúa con el previsto en el Convenio de Roma para proteger los derechos que reconoce ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El propósito de estas páginas es el de examinar las pautas que rigen ahora esa interacción, pues a nadie se le oculta que deben tenerse bien presentes al concebir cualquier estrategia de defensa en materia de derechos humanos, pese a lo cual, sorprendentemente, la cuestión no ha merecido la atención que hubiera requerido.

PALABRAS CLAVE

Recurso de amparo, Especial transcendencia constitucional, Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derechos fundamentales.

Constitutional appeal and appeal before the European Court of Human Rights: Standards underpinning their interaction

The reform of the Constitutional appeal resulting from the amendment of the LOTC significantly modified the manner in which this specific type of appeal interacts with the process established under the Rome Convention to protect the rights under the Convention before the European Court of Human Rights. This article examines the standards underpinning that interaction given the necessity of taking them into consideration in order to design any defensive strategy in connection with human rights — an area that, surprisingly, has not attracted as much attention as it should merit.

KEY WORDS

Constitutional appeal, Special constitutional importance, Constitutional Court, European Court of Human Rights, Fundamental rights.

Fecha de recepción: 30-10-2017

Fecha de aceptación: 4-11-2017

1 · INTRODUCCIÓN

La reforma del recurso de amparo llevada a cabo por la Ley de reforma de la LOTC cambió sustancialmente el modo en el que este recurso interactúa con el previsto en el Convenio de Roma para proteger los derechos que reconoce ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El propósito de estas páginas es el de examinar las pautas que rigen ahora esa interacción, pues a nadie se le oculta que éstas deben tenerse bien presentes al concebir cualquier estrategia de defensa en materia de derechos humanos, pese a lo cual, sorprendentemente, la cuestión no ha merecido la atención que hubiera requerido.

2 · EL NUEVO AMPARO EN LA REFORMA DE LA LOTC

Como es sabido, la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LO 2/1979, de 3 de octubre, de reforma del Tribunal Constitucional, vino a dar respuesta a la situación de desbordamiento que éste padecía como consecuencia de la ingente cantidad de demandas de amparo que se interponían ante el Tribunal. Una situación que estaba teniendo, además, el pernicioso efecto de afectar negativamente a otras funciones de control de constitucionalidad que, a diferencia de la protección de los derechos fundamentales, sólo el Tribunal Constitucional podía y puede desempeñar.

En palabras del propio legislador, en la exposición de motivos de la norma, «el elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarro-

llo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución».

A tal efecto, el legislador, amén de otras reformas, modificó sustancialmente el trámite de admisión del recurso de amparo, modificación que vino a suponer, como ha sido destacado, una verdadera reconfiguración de éste. La principal novedad a la que nos referimos fue, como es sabido, la exigencia, para su admisibilidad, de que el recurso de amparo presente «especial trascendencia constitucional» (art. 50. 1 LOTC), imponiendo, en todo caso, al demandante la carga de justificar «la especial trascendencia constitucional del recurso» (art. 49. 1 LOTC). Exigencia que en el art. 50.1.b) de la Ley se explicita en los siguientes términos: «Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

La introducción de este nuevo requisito de admisibilidad supuso un cambio sustancial en la concepción del amparo, por cuanto éste dejó de ser un recurso eminentemente subjetivo, destinado a proteger los derechos y libertades de los ciudadanos que hubieran sufrido una lesión, para objetivarse, esto es, para convertirse en una vía a través de la cual, tutelando a los demandantes de amparo frente a las lesiones padecidas en sus derechos fundamentales, interpreta y define el contenido de éstos. El propio Tribunal Constitucional ha reflexionado sobre la modificación legal en estos términos. En su Auto 29/2011, de 17 de marzo, concretamente afirmó: «La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007 en la regulación del recurso de amparo ha eliminado la dimensión subjetiva del recurso de amparo para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo. De este modo, como se ha dicho, “la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso” (STC 155/2009, FJ. 2). Para que este Tribunal

pueda admitir el recurso de amparo y, en su caso, otorgar la tutela del derecho fundamental que se estima vulnerado, ya no basta (frente a lo que sucedía con anterioridad a la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007) que se haya producido lesión subjetiva del derecho fundamental».

La interpretación que el Tribunal hizo de inmediato de la reforma de su Ley Orgánica reforzó este giro (vid Auto 188/2008, de 21 de junio, y Auto 289/2008, de 22 de septiembre), pues leyó el nuevo requisito en los siguientes términos:

1.º) «El recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el art. 50. 1 a) LOTC, no puede en adelante ser admitido a trámite si el recurrente no cumple la ineludible exigencia impuesta por el art. 49. 1 in fine LOTC de justificar de manera expresa en la demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso», de inequívoca naturaleza sustantiva como refleja la expresión «en todo caso» empleada por el precepto. Para cumplimentar este nuevo requisito, «aunque resulte imprescindible no basta con la mención en la demanda de amparo de esta expresión legal, dedicando a la misma una argumentación específica, pues una vez verificada la constancia procederá» la apreciación por el Tribunal Constitucional «de sí, cumplida aquella exigencia por el recurrente, el recurso de amparo reviste efectivamente una especial trascendencia constitucional que justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional».

2.º) «La carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental». «La argumentación sobre la concurrencia de la lesión de un derecho fundamental por la resolución impugnada es un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo, (...) pero además en todo caso el recurrente habrá de justificar expresamente en su demanda de amparo la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda al Tribunal Constitucional reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto».

3.º) La exigencia de que la demanda de amparo justifique en todo caso la especial trascendencia constitucional del recurso «es, además, un requisito insubsanable», por tanto, su no cumplimentación «conduce a su inadmisión a limine». En

efecto, «habida cuenta de que la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49. 1 in fine LOTC) es una inexcusable exigencia argumental para el recurrente, vinculada a un requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007, no cabe admitir que el incumplimiento de esta carga en la demanda de amparo constituya un defecto subsanable, no siendo, en consecuencia precedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC (ni tampoco, obviamente, la subsanación por propia iniciativa del recurrente)». «Entender lo contrario —concluye el Tribunal—, supondría, además, desconocer que la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos».

Este cambio sustancial en la configuración del amparo estaba llamado a producir significativos efectos sobre el sistema europeo de protección de los derechos humanos en los que el amparo se inserta, unos efectos sobre los que, sin embargo, no parece que el legislador haya reparado y reflexionado al pergeñar la reforma. En efecto, al reducirse el ámbito de protección del amparo y desaparecer la bastante aproximada correspondencia existente hasta entonces entre el ámbito de protección del amparo y el del recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la relación de vasos comunicantes que existía entre ambos recursos no pudo sino verse alterada, circunstancia que obliga a preguntarse sobre cómo interactúan ahora ambos recursos.

3 · LA ADECUACIÓN DEL NUEVO AMPARO AL CEDH

Antes de entrar en este punto, conviene recordar, sin embargo, que la reforma misma del recurso de amparo llevada a cabo por la Ley 6/2007 ha debido ser enjuiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto Arribas Antón c. España, que dio lugar a la importante sentencia de 20 de enero de 2015, que merece una atención siquiera sumaria.

Como es sabido, la demanda que dio lugar al dictado de esta sentencia, la plantea el Sr. Arribas Antón precisamente porque el Tribunal le había inadmitido un recurso de amparo al considerar que su

demanda no había cumplido con la exigencia de demostrar la «especial trascendencia constitucional» de su recurso. El demandante consideró que tal inadmisión constituía una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, por entender que el motivo de la misma, su falta de justificación de la especial trascendencia, era en exceso formal y que la interpretación que había hecho el Tribunal Constitucional vulneraba los arts. 6.1 (proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio.

Siguiendo sus habituales pautas, la sentencia del Tribunal, tras sintetizar los hechos del caso, y dar cuenta del derecho y la práctica internos aplicables, apartado en el que, amén de los nuevos preceptos de la LOTC, se da cumplida cuenta de los Autos del Tribunal Constitucional reseñados más arriba, así como de la STC 155/2009 en la que el Tribunal Constitucional enumeró, de manera no exhaustiva, los supuestos en los que concurriría la especial relevancia constitucional del asunto, entra al fondo del asunto, enjuiciando por separado las presuntas violaciones de los arts. 6.1 y 13 del Convenio.

Sobre la primera violación alegada, que es el verdadero eje del debate, tras dar cuenta de las posiciones de las partes, es decir, del Gobierno y del demandante, el Tribunal trae a colación la doctrina aplicable al caso. Parte el Tribunal de la consideración de «que «el derecho a un Tribunal», del cual el derecho de acceso constituye un aspecto, no es absoluto y se presta a unas limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de un recurso, ya que requiere, por su misma naturaleza, una normativa por parte del Estado, quien goza, a este respecto, de un cierto margen de apreciación». Estas limitaciones, sin embargo, «no deben restringir el acceso abierto al individuo hasta un punto tal que este derecho se vulnerara en su sustancia misma. Además, se compaginan con el artículo 6.1 del Convenio sólo si persiguen un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido».

Desde estos presupuestos, el Tribunal recuerda «que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear jurisdicciones de apelación o de casación y, aún menos jurisdicciones competentes en materia de amparo». No obstante lo cual, sostiene que «un Estado que se dota de jurisdicciones de esta naturaleza, tiene la obligación de velar por que los justiciables gocen, ante ellas, de las garantías fundamentales del artículo 6». Para determinar si estas se cumplen, el Tribunal remite a un análisis de «las

particularidades del procedimiento en cuestión»: «conviene tomar en cuenta el conjunto del proceso llevado a cabo en el orden jurídico interno y el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional, pudiendo ser, sin embargo, los requisitos de admisibilidad para un recurso de amparo más rigurosos que para un recurso ordinario».

A continuación, el Tribunal aplica estos principios al caso. Tras constatar que la inadmisión estaba fundada en la inobservancia por el demandante del requisito de la justificación de la especial trascendencia constitucional del art. 50.1 b), tal y como el Tribunal Constitucional ha interpretado la reforma de su Ley reguladora, el Tribunal de Estrasburgo recuerda *«que no le incumbe valorar la procedencia de las elecciones de política jurisprudencial operadas por las jurisdicciones internas, y que su papel se limita a comprobar la conformidad al Convenio de los efectos de dichas elecciones».* *«Recuerda asimismo que no tiene como función sustituir a las jurisdicciones internas y que es, en primer lugar, a las Autoridades nacionales, y especialmente a los Jueces y Tribunales a quien incumbe interpretar la legislación interna. Esto es particularmente cierto cuando se trata de la interpretación, por parte de los Tribunales, de las normas de naturaleza procedimental...».*

Entrando ya a enjuiciar el caso, el Tribunal sostiene básicamente tres cosas:

1.º) La legitimidad de la reforma legal. Para el TEDH *«el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo: en efecto, tal como menciona el Gobierno, este cambio persigue mejorar el funcionamiento del Tribunal y reforzar la protección de los derechos fundamentales, y esto para evitar una saturación excesiva de la función del Tribunal Constitucional para asuntos de menor importancia».*

2.º) La razonabilidad de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin deseado. Admitiendo que el nuevo procedimiento lleva aparejado mayor formalismo, el Tribunal *«estima que el hecho de subordinar la admisibilidad de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por parte del recurrente, siendo estos criterios previstos por la Ley e interpretados por la jurisprudencia constitucional -tales como la trascendencia de la causa para la interpretación, la aplicación o la eficacia general de la Constitución o para determinar el contenido y alcance de los derechos- no es, como tal, desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional».* El Tribunal pondera asimis-

mo la flexibilidad con la que el Tribunal Constitucional viene aplicando el nuevo criterio en cuestión y el hecho de que, en el caso concreto, el procedimiento ante éste era consecutivo al enjuiciamiento de la causa del demandante por parte de dos instancias judiciales ante las cuales había podido defenderse y que se pronunciaron en sendas decisiones motivadas y no arbitrarias.

3.º) La adecuación al convenio de la práctica del Tribunal Constitucional de inadmitir el recurso con una mera referencia a los preceptos legales que han sido inobservados. *«El TEDH recuerda al respecto que no puede ir contra el Convenio el que una jurisdicción superior rechace un recurso limitándose a citar las disposiciones legales previstas en tal procedimiento, en tanto los problemas planteados por el recurso no revistan una trascendencia especial o si el recurso no tuviera suficientes visos de prosperar».* Añade, además, que ya ha rechazado en el pasado que la inadmisión de un amparo siguiendo esta práctica constituya violación alguna del artículo 6 por falta de motivación de la resolución.

A la luz de estas consideraciones el Tribunal concluye que *«al demandante no se le ha privado de la sustancia de su derecho a la tutela judicial efectiva»*, pues la reforma respondió a un fin legítimo y su aplicación al caso ha sido razonable y proporcionada.

Sobre la alegada violación del artículo 13 del Convenio, el TEDH observa que la queja planteada atañe a los mismos hechos ya examinados desde la perspectiva del artículo 6.1, que contiene exigencias más estrictas que las que derivan del artículo 13, que constituye la *lex specialis* aplicable.

Como *obiter dictum* el Tribunal manifiesta en su sentencia dos exigencias referidas a la aplicación de la reforma legal, derivadas del principio de seguridad jurídica, a las que el Tribunal Constitucional ha sido sensible, pues han modificado su *modus operandi*. Me refiero al siguiente párrafo: *«La normativa referente a las formalidades y plazos a respetar para interponer un recurso tiene como objeto asegurar, especialmente, el respeto al principio de seguridad jurídica. Este principio exige, por una parte, que el Tribunal Constitucional defina el contenido y el alcance del criterio de especial trascendencia constitucional, lo que se empeña en hacer desde la modificación de su Ley Orgánica en 2007, y, por otra parte, que explicita su aplicación en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de justicia».*

Los interesados deben poder contar con que las decisiones tomadas a este respecto por el Tribunal Constitucional sean aplicadas».

El Tribunal Constitucional, en efecto, haciendo gala de una gran sensibilidad hacia la doctrina estrasburguesa, ha hecho suyas las dos indicaciones contenidas en la sentencia. La primera —la necesidad de que el Tribunal defina el contenido y alcance de la especial trascendencia constitucional— estaba debidamente cumplida ya desde la STC 155/2009, de 25 de junio, a la que el propio Tribunal alude en su resolución, señalando que en ella se identificaron, sin carácter exhaustivo, los supuestos idóneos para la apreciación de la especial trascendencia constitucional. La segunda indicación, es decir, la explicitación de la especial trascendencia constitucional apreciada en cada uno de los recursos admitidos a trámite, que no formaba parte de la praxis del Tribunal Constitucional, ha pasado a integrarla. Desde un acuerdo del Pleno de fecha 5 de febrero de 2015, las providencias de admisión a trámite de los recursos de amparo dictadas por las Salas o las Secciones del Tribunal han pasado a contener la alusión a cuál o cuáles de los supuestos enunciados en la STC 155/2009 son los apreciados en el caso concreto. Y, además, para que adquiriera la necesaria difusión, para que los interesados conozcan y tengan en cuenta la doctrina del Tribunal, esa apreciación se ha trasladado a los «antecedentes de hecho» de las sentencias o, en su caso, a los fundamentos jurídicos.

Hay, por fin, en la sentencia otro párrafo, que constituye en la economía de la decisión judicial un argumento a mayor abundamiento, que enlaza directamente con el tema que nos ocupa y que puede resultar problemático. Nos referimos a aquel en el que *«hace hincapié en subrayar que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibile un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia constitucional, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto».* Nada que objetar a que la inadmisión del amparo por no concurrir la especial trascendencia constitucional franquee el paso al recurso ante el TEDH. El demandante que presenta el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y ve inadmitida su demanda por carecer aquél de especial trascendencia constitucional, sin duda ha agotado la vía judicial previa y, en el supuesto de que el amparo se refiera a alguno de los derechos protegidos por el

Convenio de Roma, puede acudir a reclamar del Tribunal de Estrasburgo su protección. Mas, cuando la demanda es inadmitida, como sucedía en el caso Arribas Antón, por no haber justificado el demandante el requisito de la especial trascendencia constitucional, ¿puede concluirse que éste ha agotado adecuadamente la vía jurisdiccional previa? Así parece deducirse de los términos reproducidos de la sentencia analizada, pero las cosas no son tan simples. Volveremos sobre el particular.

4 · PAUTAS DE INTERACCIÓN ENTRE EL AMPARO Y EL RECURSO ANTE EL TEDH

Desde la premisa de la adecuación del nuevo recurso de amparo al Convenio de Roma, se entra ahora a analizar el modo en el que ambos recursos vienen a interactuar. A tal efecto, es necesario partir de la previsión del Convenio de Roma del necesario agotamiento de las vías de recurso internas para poder plantear un recurso ante el TEDH y de la jurisprudencia dictada en torno a este requisito.

Como es sabido, el art. 35 del Convenio de Roma, que se refiere a las condiciones de admisibilidad de las demandas presentadas ante el Tribunal de Estrasburgo, dice en su apartado primero lo siguiente: *«Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva».*

Esta exigencia de agotamiento de las vías de recurso internas, habitual como el propio Convenio señala en el derecho internacional, es en el Convenio de Roma consecuencia y manifestación del principio de subsidiariedad, que preside y anima el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Si, de acuerdo con el art. 13 del propio Convenio, *«toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales»*, previsión de la cual deriva la exigencia para el Estado de establecer ese recurso efectivo, lógico es exigir que sea éste quien primero pueda dispensar la protección requerida, y sólo cuando el sistema de protección interno se muestre insuficiente para salvaguardar los derechos reconocidos en el Convenio, se abra paso al sistema de protección europeo. En palabras del propio Tribunal Europeo, *«los Estados sólo tie-*

nen que responder de sus actos ante un organismo internacional tras haber agotado la posibilidad de corregir la situación en su orden jurídico interno. Esta regla se funda en la hipótesis, objeto del artículo 13 del Convenio —y con el que presenta estrechas afinidades— de que el orden interno ofrece un recurso efectivo en cuanto a la vulneración alegada. Por ello constituye un aspecto importante del principio según el cual el mecanismo de salvaguardia instaurado por el Convenio debe revestir un carácter subsidiario con respecto a los sistemas nacionales de protección de derechos humanos. Así el agravio que se plantea ante el Tribunal debe haber sido antes sometido, al menos en sustancia y respetando las formalidades y plazos prescritos por el Derecho interno, ante las jurisdicciones nacionales apropiadas» (ST Selmouni c. Francia, de 28 de julio de 1999, par. 74).

La interpretación de esta previsión convencional, que al decir de la jurisprudencia constituye un auténtico principio general del mecanismo de protección instaurado por el convenio (ST D. Demopoulos c. Turquía, GS, de 1 de marzo de 2010, par. 69 y 97), ha provocado una rica casuística a la que el Tribunal ha dado oportuna respuesta. De esta doctrina conviene retener lo siguiente:

- El agotamiento de las vías internas de recurso debe referirse a cada una de las lesiones alegadas en la demanda ante Estrasburgo. Es necesario que el juez nacional haya podido conocer «en sustancia», respetando las reglas procesales nacionales establecidas al efecto, y reparar la lesión que luego se pretende que conozca y repare el Tribunal Europeo (ST Karapanagiotou y otros c. Grecia, de 28 de octubre de 2010, párr. 29).
- La exigencia convencional se predica respecto de los recursos normales y útiles que el ordenamiento tiene a disposición de los ciudadanos. La previsión de la vía del recurso debe estar clara y suficientemente consolidada en la práctica del ordenamiento interno (ST Di sante c. Italia, de 27 de abril de 2017, par. 22). No se exige, sin embargo, al demandante que formule vías de recurso extraordinarias, como el recurso de revisión, aleatorias —de inviabilidad probable—, o ineficaces e inadecuadas (ST Deweer c. Bélgica, de 27 de febrero de 1980, par. 48). Cuando existan varias vías de recurso posible, no es necesario que el demandante las practique todas, sino que basta con que siga aquella que considere más efectiva.
- A la hora de formular la estrategia procesal, es necesario tener muy en cuenta la doctrina del Tribunal Europeo, por cuanto si el recurso interno interpuesto resulta inapropiado su tramitación puede hacer que transcurra el plazo máximo de seis meses previsto en el Convenio para la interposición de las demandas y la demanda sea inadmitida por extemporánea (D. Rezgui c. Francia).
- En el supuesto de que un recurso interno no haya sido admitido por no haberse observado por parte del demandante las reglas y procedimientos previstos en el ordenamiento interno, el Tribunal no considera cumplido el requisito de agotamiento de las vías de recurso interno. No obstante, cuando un tribunal de apelación entra a examinar un recurso aunque luego lo declare inadmisibile, el Tribunal Europeo entiende cumplido el art. 35. 1 CEDH (ST. Voggenreiter c. Alemania).
- Aunque el Tribunal puede controlar la observancia de este requisito de oficio, son por lo general los Estados demandados los que, a través de una «excepción preliminar», normalmente planteada en su escrito de observaciones sobre la admisibilidad de la demanda, solicitan que se declare la inadmisión. Para fundamentar la excepción, el Estado deberá acreditar la existencia de una vía de recurso interna, eficaz y accesible que el demandante ha obviado. Al efecto, es aconsejable esgrimir ejemplos de la jurisprudencia nacional con los que persuadir al Tribunal. A estas alegaciones deberá responder la parte actora poniendo de manifiesto, bien que el recurso había sido utilizado, bien que no era eficaz o adecuado en los términos aludidos, bien que concurría alguna de las «circunstancias particulares» (p. ej., situación de conflicto civil, pasividad de las autoridades nacionales) que han llevado al Tribunal a dispensar del requisito del agotamiento de recursos internos.
- La jurisprudencia de Estrasburgo hace una lectura flexible y no automática ni absoluta de este requisito, en la que además considera el contexto jurídico y político y la situación personal del demandante (ST. Selmouni c. Francia, de 28 de julio de 1999, par. 77).
- La inadmisión de la demanda por falta de agotamiento de los recursos internos no obsta a su presentación posterior, una vez que éstos hayan sido efectivamente agotados, dentro siempre del plazo de seis meses previstos al efecto en el Convenio.

Como apuntábamos más arriba, hasta la entrada en vigor de la reforma del 2007, existía una correspondencia de base entre el ámbito de protección del CEDH y el del amparo, de suerte que, con algunas salvedades, pues hay derechos protegibles ante Estrasburgo que no son susceptibles de amparo — la propiedad es el caso más evidente—, para acudir ante el Tribunal Europeo y acreditar el agotamiento de la vía jurisdiccional previa era necesario previamente haber planteado el recurso de amparo. La introducción en la reforma del 2007, como nuevo requisito para la admisibilidad del amparo de la acreditación de la especial trascendencia constitucional, al objetivar el recurso y romper esa básica correspondencia a la que aludíamos, ha venido a complicar las cosas. Una situación sobre la que el legislador orgánico no parece haber reparado, pero que al alterar inevitablemente las relaciones entre el amparo y el recurso europeo, sin prever en paralelo pautas claras al respecto, merma la seguridad jurídica de los operadores.

A nuestro juicio, para dar cuenta del modo en el que hoy se engarzan el amparo y el recurso individual ante el TEDH, es necesario dar respuesta a dos cuestiones interrelacionadas: primero, en qué supuestos sería factible el que el recurrente ante el TEDH acudiese directamente a éste sin interponer recurso de amparo; y, segundo, tras la introducción de la exigencia de acreditación de la especial trascendencia constitucional del recurso, qué causas de inadmisión del amparo vendrían a suponer una falta de agotamiento a efectos de la admisión del recurso individual ante el TEDH. Vayamos por partes.

Sobre la primera cuestión, a la vista de las estadísticas relativas a la admisión del amparo, según las cuales se inadmite el noventa y nueve por ciento de las demandas presentadas y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reseñada, se hace difícil concluir que, con carácter general sea necesario, para acudir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, haber agotado previamente la vía del recurso de amparo. Si la existencia previa de derechos susceptibles de recurso europeo no protegibles por amparo ya suponía una excepción a la obligatoriedad del amparo, la nueva regulación de las condiciones de admisibilidad de éste abunda en la misma dirección.

En efecto, la primera distinción que el demandante debe plantearse a la hora de cumplimentar el requisito del agotamiento previo de las vías de recurso internas para recurrir ante Estrasburgo es la de si el

derecho cuya tutela pretende, y que es objeto de protección por el Convenio de Roma y sus Protocolos adicionales en términos vinculantes para España, es susceptible de amparo. Porque si se trata de un derecho no susceptible de amparo el recurrente no está obviamente obligado a intentar éste. Es el caso paradigmático del derecho de propiedad al que aludíamos más arriba, que está protegido por el art. 1 del Protocolo 1.º del Convenio de Roma, pero que, por su ubicación en el art. 33.1 de la Constitución española, entre los llamados derechos y deberes de los ciudadanos, no son susceptibles de amparo. Pero es también, por ejemplo, el caso que recientemente ha merecido una condena a España (vid. ST ND y NT c España de 3 de octubre de 2017) de la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, contemplada en el art. 4 del Protocolo 4.º del Convenio, que no tiene correspondencia en nuestra declaración constitucional de derechos.

Por consiguiente, cuando no haya correspondencia entre el Convenio y la Constitución y aquel contemple algún derecho que esta no contenga, no es necesario pasar por el amparo para ir a Estrasburgo.

¿Pero qué ocurre cuando esa correspondencia sí se da y estamos ante un derecho protegido por el Convenio también protegido por la Constitución y susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional? A la luz de los datos de inadmisión del amparo y de la lectura que el Tribunal hace del requisito de la especial trascendencia constitucional, ¿resulta necesario, en estos supuestos de correspondencia, pasar necesariamente por el amparo (presumiblemente, por una providencia de inadmisión del mismo)?

Vaya por delante que, a mi entender, en la situación actual y para evitar que pueda ser alegada y prosperar la falta de agotamiento, lo cabal es formular siempre el amparo y tal sería mi consejo a cualquier letrado que debiera enfrentarse al dilema. Hoy por hoy, en efecto, la no formulación del amparo podría llevar al planteamiento por parte del Estado de la excepción de no agotamiento de los recursos internos y a su eventual aceptación por Estrasburgo.

Ahora bien, no creo que ni de la interpretación que el TEDH ha hecho del requisito del agotamiento previo, que excluye los recursos de inviabilidad probable, ni de las estadísticas disponibles sobre la admisibilidad del amparo, ni, en fin, de la lectura que el Tribunal Constitucional ha hecho del requi-

sito de la especial trascendencia, deba necesariamente concluirse en tal sentido.

Por lo que a las primeras vertientes del problema se refiere, recuérdese que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo exige que para que una vía interna sea exigible ésta deba ser «efectiva y admisible» (ST Dalia c Francia, par. 38). Según el TEDH, «el carácter admisible de una vía de recurso de esta naturaleza debe ser suficientemente segura en derecho y en la práctica» (ST Vernillo c Francia) (ECHR, *Guía práctica sobre la admisibilidad*, Consejo de Europa, 2014, pág. 27). Pues bien, de acuerdo con las estadísticas del Tribunal Constitucional español, éste viene admitiendo en torno al uno por ciento de los recursos de amparo que se le presentan (Tribunal Constitucional, *Memoria 2016*, págs. 13 y 215 y ss.). ¿Con tal nivel de admisibilidad puede sin más concluirse que el amparo es un recurso generalmente efectivo por el que con carácter general es necesario pasar para presentar un recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

En lo atañadero a la segunda vertiente del asunto, de la lectura que el Tribunal Constitucional ha hecho del requisito de la especial trascendencia constitucional y de la aplicación de la misma, y la referencia a la estadística no es de nuevo ociosa, parece sensato concluir que no deben ser escasos los supuestos en los que concurriendo la lesión de un derecho fundamental pueda, sin embargo, solventemente afirmarse que no concurre la nueva exigencia requerida para formular el amparo. A mi entender, hay al menos dos supuestos en los que el recurrente podría entender y acreditar llegado el caso ante Estrasburgo que el recurso de amparo no era efectivo en orden a la protección de su derecho, razón por la cual no le era exigible su formulación previa:

1º) En primer lugar, cuando de las resoluciones de inadmisión del propio Tribunal pueda desprenderse que el Tribunal ha sostenido ya que un determinado asunto, por ejemplo por existir doctrina consolidada al respecto y por no ser necesaria su reconsideración, carece de especial trascendencia constitucional, razón que haría ocioso el planteamiento del amparo. Aunque el hecho de que no se publiquen las providencias de inadmisión dificulta esta prueba, casos hay en la jurisprudencia del Tribunal en los que éste ha rechazado la trascendencia constitucional de determinados asuntos mediante autos motivados.

2º) En segundo lugar, aquellas lesiones de derechos y libertades susceptibles de amparo que, sin embargo, no sean reconducibles a ninguno de los supuestos que en la STC 155/2009, de 25 de junio, fueron identificados por el Tribunal como de «especial trascendencia constitucional». Desglosando los diversos supuestos de la sentencia, serían los siguientes: 1) El recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del Tribunal Constitucional (STC 155/2009, FJ 2,a); 2) El recurso pueda dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna (STC 155/2009, FJ 2, b); 3) El recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales (STC 155/2009, FJ 2, b); 4) El recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental (STC 155/2009, FJ 2, b); 5) El recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 (STC 155/2009, FJ 2, b); 6) La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera provenir de la ley o de otra disposición de carácter general (STC 155/2009, FJ 2, c); 7) La posible vulneración del derecho fundamental que se denuncia pudiera traer causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal pudiera considerar lesiva de un derecho fundamental (STC 155/2009, FJ 2, d); 8) La doctrina del Tribunal sobre el derecho fundamental alegado podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisprudencia ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental (STC 155/2009, FJ 2, e); 9) El órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 155/2009, FJ 2, f); 10) El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica (STC 155/2009, FJ 2, g); y 11) El asunto suscitado trasciende del caso concreto porque pudiera tener unas consecuencias políticas generales (STC 155/2009, FJ 2, g).

Aunque el elenco de la STC 155/2009 no es cerrado y la formulación de los diversos apartados es suficientemente amplia como para dar cobijo a muchos supuestos y muy dispares, es perfectamente factible que el demandante no pueda encajar su caso en ninguno de los diferentes apartados en los que el Tribunal clasificó la especial trascendencia constitucional y no pueda en consecuencia acreditarla para interponer el amparo, supuesto en el que tendría franqueada la vía para acudir a Estrasburgo.

En el contexto actual, a nadie se le oculta —creo— lo arriesgado de practicar estas vías sobre las que falta certidumbre, pero de alguna forma debiera ésta conseguirse porque la trascendencia de la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la necesaria coordinación de los distintos instrumentos que conforman el sistema europeo de protección de los derechos humanos así lo exige. A mi entender, una clarificación de aquellos supuestos en los que es innecesario formular el amparo para recurrir ante Estrasburgo beneficiaría desde luego al ciudadano, que sabría a qué atenerse y no vería innecesariamente dilatado su proceso; beneficiaría al Tribunal Constitucional, que podría ver reducido el volumen todavía ingente de recursos sobre cuya admisión debe pronunciarse, y beneficiaría asimismo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que dispondría de elementos de clarificación para saber cuándo el amparo era un recurso efectivo y, por tanto, exigible para agotar la vía judicial interna previa y cuándo no. Al efecto, una previsión *ad hoc* en la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional podría ser a medio plazo lo más adecuado, pero quizás en el momento actual instrumentos de *soft law*, como podía ser una guía de admisibilidad del amparo aprobada por el propio Tribunal Constitucional, similar a la que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podrían ser los más adecuados.

Estrechamente ligada con la cuestión recién abordada está la segunda que nos planteábamos, relativa también a la interacción amparo-recurso individual europeo. Se trata de saber qué causas de inadmisión del recurso de amparo, tras la reforma de éste, pondrían de manifiesto una falta de agotamiento y, por tanto, deberían comportar la inadmisión de los recursos planteados ante Estrasburgo. Recuérdese que, de acuerdo con la jurisprudencia estrasburguesa, cuando un recurso interno no ha sido admitido por no haber observado el demandante las reglas y procedimientos previstos en el ordenamiento interno, el TEDH no considera cumplido el requisito de agotamiento de las vías de

recurso interno. Está claro, como hemos señalado más arriba, que una providencia del Tribunal Constitucional que inadmita el amparo por no concurrir la especial trascendencia constitucional del asunto agota adecuadamente la vía interna, pero ¿qué ocurre en aquellos supuestos en los que el demandante no ha justificado la especial trascendencia constitucional del amparo o lo ha hecho de forma insuficiente?

De acuerdo con el *obiter dictum* de la ST Arribas Antón aludido más arriba («*el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibile un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia constitucional, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto*»), el Tribunal Europeo parece asimilar a los supuestos de inexistencia de la especial trascendencia los casos en los que el demandante no ha hecho el esfuerzo que la ley le requiere, como requisito de admisibilidad del amparo, de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Pero en estos supuestos estamos ante uno de los casos de inobservancia de las reglas y procedimientos internos a los que alude Estrasburgo y, por tanto, de inadecuado agotamiento de la vía de recurso interna. En efecto, como dice la *Guía Práctica sobre admisibilidad del TEDH*, «*los demandantes deben... observar las reglas y los procedimientos aplicables en derecho interno, ya que su demanda corre el riesgo de ser inadmitida por no haber satisfecho el requisito del art. 35*», que «*no se considera cumplido si un recurso no es admitido a causa de un error procesal imputable al demandante*» (Gäfgen c. Alemania (GS), parr 143)» (*op. cit.*, pág 24).

Quiere decirse, por consiguiente, que en aquellos supuestos en los que el amparo haya sido inadmitido por no haber el demandante justificado la especial trascendencia constitucional del recurso —lo que, de acuerdo con la *Memoria del TC del 2016*, sucede en el 16 % de los casos— y en aquellos otros en los que la causa de la inadmisión es la insuficiente justificación de la especial trascendencia —lo que ocurre en el 39,15 % de los casos—, nos encontramos ante defectos procesales en la formulación de la demanda de amparo, similares en su naturaleza por ejemplo a la falta de denuncia de la vulneración del derecho fundamental, la falta de agotamiento de la vía judicial previa o la extemporaneidad del recurso, que a efectos del recurso individual ante Estrasburgo deben ser considerados

como supuestos de falta de agotamiento de las vías de recurso internas y de incumplimiento del art. 35 del Convenio.

A tal efecto, normalmente será el planteamiento de una «excepción de no agotamiento», por parte de la representación de España frente a la admisión de un asunto previamente recurrido en amparo e inadmitido por ausencia de justificación o insuficiente justificación de la especial trascendencia constitucional del asunto, lo que obligará al Tribunal Europeo a plantearse y resolver la cuestión. Una cuestión importante y grave en la que presumiblemente la principal dificultad para el Tribunal Europeo vendrá dada por la sutil y socorrida, pero seguramente poco operativa distinción, que el Tribunal

Constitucional realiza entre la inexistencia y la insuficiencia de la justificación de la trascendencia constitucional del recurso, pues lo relevante es, al cabo, que se haya cumplido con la exigencia procesal de la justificación o no.

De acuerdo con la jurisprudencia estrasburguesa, hay un supuesto en el que, aunque la demanda sea inadmitida por no justificar la especial trascendencia constitucional del asunto, el Tribunal Europeo considerará agotada la vía judicial previa. Es supuesto en el que la inadmisión se decida en auto o sentencia, es decir, habiendo conocido el Tribunal el fondo del asunto. En tal caso, el requisito se tiene por cumplido (ST Voggenreiter c Alemania).