

rativo de derechos para los aspirantes que habían superado las pruebas; en aquél la recurrente impugnó la resolución final del proceso selectivo precisamente porque se fundaba en una aplicación discriminatoria de las bases de la convocatoria, mostrando su disconformidad con que el órgano de selección utilizara dos medidas diferentes en el seno mismo del procedimiento administrativo» (FJ 4).

Por su parte, en relación con la queja sobre la quiebra alegada del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) afirmamos en la Sentencia a la que nos remitimos que tal derecho «no se vulnera cuando ante una determinada controversia un órgano judicial da respuesta diferente a la de otro (STC 189/1993, de 14 de junio, FJ 4, entre otras muchas). Hemos dicho con reiteración que la independencia judicial (art. 117 CE) permite que los órganos inferiores discrepen del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la Ley (STC 165/1999, de 27 de septiembre, FJ 6), lo que, con mayor razón excluye la vulneración constitucional denunciada en este caso, en el que la discrepancia se produjo entre órganos de la misma jerarquía» (FJ 5).

b) En cuanto a la pretendida incongruencia omisiva, la STC 87/2008 estableció que la Sentencia en cuestión –de contenido igual en lo esencial a la ahora recurrida– «expresa una razón para no aplicar al demandante la nulidad de las bases declarada en la previa Sentencia del Tribunal de Navarra: el demandante, que “persigue que se le apliquen los efectos que entiende se derivan de la misma”... “no fue parte” en los recursos contencioso-administrativos en ella resueltos. La Sentencia impugnada suministra también la razón por la que la Administración no estaba obligada a volver sobre el acto resolutorio del proceso selectivo: “el actor, a diferencia del recurrente en Navarra, no impugnó la declaración de no haber superado las correspondientes pruebas, acto que por lo tanto quedó firme y consentido”» (FJ 5).

4. En suma, por los razonamientos expuestos en la citada STC 87/2008, ha de concluirse que la Resolución del Subsecretario de Defensa de 15 de febrero de 2002 no lesionó el derecho del recurrente de acceder en condiciones de igualdad a cargos y funciones públicas (art. 23. 2 CE) y que las resoluciones judiciales del Tribunal Superior de Justicia de Madrid aquí impugnadas no vulneraron ni el principio de igualdad en la aplicación de la Ley ni el derecho a la tutela judicial efectiva por haber incurrido en incongruencia omisiva, por lo que, como en aquel caso, procede la entera desestimación del recurso de amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Juan Ordóñez Gómez.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de octubre de dos mil ocho.–María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio.–Manuel Aragón Reyes.–Firmado y rubricado.

17416 *Sala Segunda. Auto 289/2008, de 22 de septiembre de 2008. Inadmite a trámite el recurso de amparo 5715-2007, promovido por don Emilio Fariña Bóveda en causa por delito contra la salud pública. Voto particular.*

Tribunal Constitucional. Sala Segunda.

Excmos. Sres. Jiménez Sánchez, Conde Martín de Hijas, Pérez Vera, Gay Montalvo, Rodríguez Arribas y Sala Sánchez.

Núm. de registro: 5715-2007.

Asunto: Recurso de amparo interpuesto por don Emilio Fariña Bóveda.

Sobre: Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2007, desestimatoria de recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 27 de junio de 2006, condenando por delito contra la salud pública.

AUTO

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 25 de junio de 2007 el Procurador de los Tribunales don Luis Alfaro Rodríguez, actuando en nombre y representación de don Emilio Fariña Bóveda, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 27 de junio de 2006, así como contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 4 de mayo de 2007, que resultó confirmatoria de aquella en casación.

2. Los antecedentes de hecho del presente recurso de amparo, sucintamente expuestos, son los siguientes:

a) Por Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Sección Cuarta, de 27 de junio de 2006, se condenó a un total de once acusados por la comisión de un delito contra la salud pública, entre ellos al aquí recurrente, a quien en concreto se le impuso una pena de 14 años de prisión, inhabilitación absoluta y multa de 200 millones de euros, así como la condena al pago de una duodécima parte de las costas procesales.

b) Contra dicha Sentencia se interpusieron recursos de casación por varios de los condenados, en lo que aquí importa también por la representación del recurrente don Emilio Fariña, aduciendo como motivos de casación: Primero: infracción de Ley, al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Segundo: Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim), por no calificarse alternativamente los hechos como tentativa de delito del art. 373 del Código penal (CP) o como cómplice. Tercero: Infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 370 CP, al no concurrir los requisitos que configuran la circunstancia agravante descrita en dicho precepto.

c) Tras sustanciarse todo el procedimiento la Sala Segunda del Tribunal Supremo dictó Sentencia el 4 de mayo de 2007, desestimando el citado recurso de casación, y confirmando así la Sentencia de instancia.

d) Notificada la Sentencia de casación, por la misma parte se promueve el presente recurso.

3. La demanda de amparo empieza por anunciar tres bloques distintos de quejas, en función de los derechos fundamentales supuestamente infringidos por las Sentencias recurridas: 1) La violación del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, (art. 18 CE), en

relación con el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, (art. 24.2 CE), el derecho a la defensa –tutela judicial efectiva– (art. 24.1 CE), la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE); 2) De manera exclusiva, presunta vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), y 3) Presunta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la motivación de las sentencias (art. 24.1 CE, en relación con el art. 120.3 CE).

Sin embargo y tras este pórtico, al abordar la exposición de los hechos y consiguiente argumentación jurídica, la demanda de amparo se limita a desarrollar una sola de las quejas enunciadas: la de la presunta vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), omitiendo toda consideración sobre las demás. Así, sostiene el recurrente que ha sido condenado sin pruebas incriminatorias, ni directas ni presuntivas, pues no lo es el mero hecho de haber participado en viajes y reuniones con algunos de los acusados, sin que en ningún momento se hayan grabado conversaciones telefónicas donde se le pueda relacionar con el alijo de droga intervenido en altamar. Sostiene que la Sentencia se ha limitado a dar por buenos unos informes de la U.S. Drug Enforcement Administration (DEA) donde se habla de un tal «Emilio», sin más, cuyos autores no fueron llamados a declarar en la vista oral ni a esos informes se le dio la pertinente lectura en la vista, para poderlos tener como prueba documental de cargo. De otro lado los registros domiciliarios practicados a otros acusados tampoco arrojaron ninguna relación del recurrente con ellos, y, por lo que se refiere al registro efectuado en su propio domicilio, nada incriminatorio se descubrió en él, pues no tiene este carácter la servilleta en la que se hallaban apuntados unos códigos alfanuméricos, que no tienen relación con el barco que transportaba la droga aprehendida. En definitiva, se insiste en que la Sentencia de la Audiencia Nacional le ha condenado sin pruebas, únicamente sobre la base de meras conjeturas que no han logrado demostrar su participación en el hecho concreto que se le imputa, y que por ello mismo no ha logrado desvirtuar legítimamente su estatuto de inocencia *ex art. 24.2 CE*; lesión ésta que no ha sido reparada en casación al desestimar su recurso la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

II. Fundamentos jurídicos

1. Procede pronunciarnos sobre la admisión a trámite del recurso interpuesto, a cuyos efectos corresponde verificar la concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 50.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, en la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. A este respecto debe tenerse en cuenta, como señala la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 6/2007, que el control de admisión pasa, de sustentarse en un sistema de «causas de inadmisión tasadas», a otro en que «el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución»; trayendo así consigo, en definitiva, una inversión del juicio de admisibilidad, ya que «se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado». De este modo el examen de admisión comporta «la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso».

De una interpretación literal del art. 50 LOTC y disposiciones concordantes a que éste se refiere resultan ser dos los aspectos principales a verificar en este trámite:

a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 de la misma Ley Orgánica [art. 50.1.a) LOTC], lo que implica la invocación por el recurrente de la lesión de un derecho fundamental tutelable en amparo *ex arts. 53.2 y 161.1.b) CE*, y art. 41 LOTC, que sea debida a una actuación imputable a los poderes públicos, y en el caso concreto de un órgano judicial, como aquí sucede, se requiere también haber agotado la vía judicial establecida por ley [art. 44.1.a) LOTC] y haber denunciado la lesión tan pronto como ésta se hubiere manifestado [art. 44.1.c) LOTC], siempre interponiéndose la demanda dentro del plazo fijado (aquí, de treinta días conforme al art. 44.2 LOTC).

b) Que la demanda de amparo satisfaga los requisitos de contenido y forma del art. 49 LOTC: esto es, en primer lugar, la debida fundamentación de la queja o quejas presentadas [art. 49.1 LOTC en relación con el art. 50.1.a)]; en segundo lugar, la justificación expresa de la especial trascendencia constitucional del recurso [arts. 49.1 *in fine* y 50.1.a) LOTC], presupuesto necesario para su examen preliminar de fondo en este mismo trámite [art. 50.1.b) LOTC]; y, por último, que a dicho escrito se acompañen los documentos y copias exigidos por los arts. 49.2 y 3 LOTC.

2. Por lo que respecta al novedoso requisito de tener que acreditarse la especial trascendencia constitucional del recurso, introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, hemos dicho recientemente en Auto 188/2008, de 21 de julio, dictado por la Sala Primera de este Tribunal, FJ 1, que el mismo configura una ineludible exigencia impuesta por el art. 49.1 *in fine* LOTC, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión «en todo caso» empleada por el precepto. Que, sin embargo, aunque 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 su constancia procederá «la apreciación por parte de este Tribunal, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTC acerca de si, 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».

Se trata, además, de un requisito que no cabe confundir con el de la propia fundamentación de la lesión constitucional denunciada, de modo que «la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental por la resolución impugnada». Esta última, ya antes de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, implicaba y sigue implicando hoy «un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo y a esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49.1 LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos, fijando con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2). Lo que, insistimos, resulta distinto a tener que justificar expresamente la especial trascendencia constitucional del recurso, «sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2).

3. Importa asimismo considerar que el incumplimiento de la exigencia a la que ahora nos referimos vicia a la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión *a limine*. La propia naturaleza y la función que cumple la carga establecida en el inciso

final del art. 49.1 LOTC impide considerar la falta de justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso dentro de los supuestos de subsanabilidad del art. 49.4 LOTC. En tal sentido este Tribunal Constitucional «ha reiterado en múltiples ocasiones la importancia que tiene la demanda de amparo como escrito rector para acotar, definir y delimitar la pretensión y, por tanto, la resolución del recurso de amparo (por todas, STC 7/2008, de 21 de enero, FJ 1). En relación con ello, por un lado, y en referencia a las exigencias de precisión y claridad contenidas en el primer inciso del art. 49.1 LOTC, se ha destacado que no cabe considerar que representen meros formalismos, ya que están justificadas por la necesidad de ‘proporcionar los elementos necesarios para la formulación del juicio que corresponde hacer a este Tribunal’ (STC 82/1995, de 5 de junio, FJ 5); y, por otro, se ha advertido reiteradamente que no puede exigirse de este Tribunal que integre los defectos argumentales de la demanda de amparo (por todas, STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 5), ‘toda vez que quien impetra el amparo constitucional no solamente ha de abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución que se aleguen, sino que además ha de proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente cabe esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la jurisdicción constitucional, sin que le corresponda a este Tribunal suplir los razonamientos de las partes, ni reconstruir la demanda de oficio cuando el demandante ha desatendido la carga de argumentación que pesa sobre él’ (STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 5)» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

Tratándose así de una exigencia inexcusable, en cuanto «requisito de orden sustantivo cuyo cabal cumplimiento se conecta con la mejor ordenación, en su conjunto, del recurso de amparo tal como resulta de la reforma introducida por Ley Orgánica 6/2007» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3), la omisión de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso se traduce en defecto insubsanable de la demanda, lo que impide la apertura del trámite de subsanación del art. 49.4 LOTC o la subsanación por propia iniciativa del recurrente. «Entender lo contrario supondría, además, desconocer que la interposición del recurso de amparo está sujeta a plazos de caducidad preclusivos, que no pueden ser reabiertos para dar cumplimiento a un requisito que afecta directamente a la determinación misma de la pretensión deducida en el recurso de amparo» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

La subsanabilidad del art. 49.4 LOTC se conecta más bien a requisitos formales como la falta de aportación de documentos o de consignación de determinados datos en la demanda de amparo, pero «no es posible extenderla al contenido de las alegaciones que sustentan aquella pretensión, porque constituyen su sustrato material y ello trastocaría los principios generales del proceso y las garantías de su seguridad jurídica, que quedarían gravemente dañados si se abriera la posibilidad de que las argumentaciones que habían de conducir a la misma admisión a trámite pudieran ser introducidas *ex novo* posteriormente a la presentación de la demanda. Y ello aún con mayor motivo en el actual recurso de amparo dados el significado y cometido que le otorga la nueva regulación legal, que tiene como característica más distintiva la necesidad de que exista una ‘especial trascendencia constitucional’ en el asunto planteado para que este Tribunal pueda conocer del mismo» (ATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 3).

4. Sentado lo que antecede, al acometer el examen de la demanda de amparo aquí presentada se constata, en primer lugar y como ya advertimos en la relación fáctica de este mismo Auto, que de todos los derechos fundamentales invocados como vulnerados en aquel escrito, únicamente se expone argumentalmente una sola de las

quejas, la relativa a la supuesta conculcación del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Lo que impide, ya de entrada, que puedan considerarse deducidas las demás, so pena de llevar a cabo una reconstrucción de oficio de la demanda de amparo que nos está vedada, cual se acaba de explicar en el anterior fundamento jurídico.

Constreñida la pretensión del recurrente en amparo, pues, a la queja de inexistencia de prueba de cargo en su contra, aparece de inmediato sin embargo un obstáculo formal insalvable, que no es otro que la falta absoluta de mención en el escrito de demanda del requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso interpuesto (art. 49.1 *in fine* LOTC), en cualquiera de los tres ámbitos señalados en la ley (importancia de una Sentencia de fondo que pudiera dictarse por este Tribunal en el caso, para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución: [art. 50.1.b) LOTC], ninguno de los cuales ha sido argumentado.

Ello representa, tal como se ha dicho, un vicio insubsanable que trae consigo inexorablemente la inadmisión del recurso interpuesto [art. 50.1.a) LOTC], impidiendo así entrar en el estudio preliminar a efectos de admisión del recurso, no solo de la concurrencia material –y ya no sólo formal– del mencionado requisito de la especial trascendencia, sino del propio contenido constitucional de la queja deducida, una vez rechazada ya dicha admisión, insistimos, en virtud de la falta de aquel requisito.

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, veintidós de septiembre de dos mil ocho.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas. Elisa Pérez Vera.–Eugení Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Eugení Gay Montalvo respecto del Auto dictado por la Sala Segunda de este Tribunal dictado en el recurso núm. 5715-2007

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en el Auto y de acuerdo con la opinión discrepante que defendí en la deliberación, me siento en la obligación de ejercitar la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC a fin de ser coherente con mi opinión discrepante y la posición mantenida.

1. Considero oportuno comenzar recordando que la Constitución española concibe la dignidad de la persona humana como un valor jurídico fundamental (art. 10.1), «germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes» y, por tanto, inviolables (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3). Al elevar la dignidad de la persona a valor jurídico fundamental, la Constitución se alinea con los países de nuestro entorno; y así, como recordaba la STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, «se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de los derechos humanos (preámbulo, párr. 1) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párr. 4)».

En este marco general es en el que debe situarse la jurisdicción de amparo, que la CE concibe como un mecanismo para la reparación de los derechos fundamentales. En efecto, de acuerdo con el artículo 53.2 CE, cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos y libertades (reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitu-

ción) «ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». El artículo 41 LOTC, por su parte, afirma que tales derechos «serán susceptibles de amparo constitucional». Y, en concordancia con lo anterior, el apartado 3 de este artículo especifica que las pretensiones que se pueden hacer valer a través de un recurso de amparo son «las dirigidas a restablecer y preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso». Estas pretensiones deben ser reparadas, en principio, por la jurisdicción ordinaria, ya que los derechos y libertades fundamentales informan la totalidad del ordenamiento, y sólo «en su caso» por el Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo.

Así pues la finalidad esencial del recurso de amparo es «la reparación de vulneraciones de derechos y libertades fundamentales concretamente producidas a los recurrentes», tal como hemos señalado en reiteradas ocasiones (SSTC 167/1986, 193/1987, 93/1990 y 363/1993, 78/1997, FJ 2, entre otras) pues desde nuestra primera Sentencia, STC 1/1981, de 26 de enero, FJ 2, ya dijimos que: «la finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias».

Es cierto –continúa la STC 1/1981, FJ 2– que «junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que transcende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos». Pero esta finalidad del recurso de amparo –conocida como su función objetiva– resulta, según mi criterio, una consecuencia del carácter de «órgano jurisdiccional superior» que en materia de garantías de los derechos fundamentales la Constitución reconoce a nuestro Tribunal (art. 123.1).

En definitiva, según su diseño constitucional y procesal, la función esencial del recurso de amparo consiste inequívocamente en la tutela de los derechos subjetivos. El recurso de amparo, como decía al principio, «es utilizable ‘en su caso’ para la protección de aquellos derechos cuando entienda el justiciable que no han sido reparados por la jurisdicción ordinaria. Así cabe entender ... la referencia de unos y otros Tribunales, ordinarios de un lado y constitucional de otro» (STC 113/1995, de 6 de julio, FJ 6).

2. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha procedido a reformar la reglamentación del recurso de amparo, introduciendo, por lo que aquí nos interesa, tres novedades: a) una nueva configuración del trámite de admisión del recurso, b) la habilitación a las Secciones para su resolución y c) la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el art. 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

El presente Auto nos enfrenta directamente ante la primera de las modificaciones señaladas, esto es, la nueva regulación de la admisión del recurso de amparo que obedece, entre otros motivos al «crecimiento del número de recursos de amparo» y a «la constatación de la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal», según fundamentadamente se razona en la exposición de motivos de la Ley. Es decir, en definitiva, a problemas y exigencias «derivados del funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional» (párrafo II).

La modificación es, sin duda, sustancial, con objeto de paliar tales disfunciones. Por ello, en primer lugar, entra en la lógica de la nueva Ley hacer un esfuerzo para

que sean los órganos judiciales ordinarios quienes reparen, en última instancia, las vulneraciones de los derechos fundamentales que puedan producirse, como exige la Constitución. De ahí que la Ley prevea una nueva regulación –más amplia– del incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que permite, sin duda, un último compromiso de la jurisdicción ordinaria con la obligación de tutelar y hacer efectivos los derechos fundamentales.

Como luego diré, la modificación introducida por la reforma de la LOTC respecto del régimen del recurso de amparo no puede exclusivamente concretarse en una objetivación del mismo que nuestra jurisprudencia, como antes hemos dicho, desde un primer momento le reconoció. La objetivación a la que se refiere la Ley es a la observancia de un razonamiento mediante el cual se justifique el interés constitucional más allá de la mera denuncia.

A la vista de esta reforma quizás pueda considerarse que las reflexiones que he realizado en el párrafo anterior resultan del todo innecesarias, pues cabría afirmar que el legislador ya ha optado a favor de una concepción objetiva del recurso de amparo, entendiendo por tal la determinación del contenido de los derechos fundamentales y la fijación de doctrina para su posterior aplicación por los Jueces y Tribunales ordinarios, en detrimento de una concepción subjetiva del recurso de amparo, de tutela de los derechos fundamentales. Sin embargo, al margen del debate académico que pueda suscitarse sobre la concepción del amparo constitucional, me parece importante, hoy más que nunca, reafirmar la finalidad esencial con la que la Constitución y nuestra doctrina han dotado al recurso de amparo, que no es otra que la reparación de las vulneraciones de derechos y libertades fundamentales producidas a los recurrentes, hasta el punto de quedar excluida la posibilidad de interponer recurso de amparo cuando su finalidad no sea la tutela de un derecho.

Quiero destacar, en cualquier caso, que mi discrepancia no lo es con la Ley, cuya intención es loable y cuya necesaria aprobación resultaba en este orden imprescindible, sino con la interpretación que, del juego de la nueva redacción de los arts. 49.1 *in fine* y 50.1 b) LOTC, se contiene en el presente Auto y por extensión en el previo Auto 188/2008, aprobado por la Sala Primera el día 21 de julio. Esta interpretación tiene como consecuencia trasladar al recurrente de amparo la obligación formal (sin subsanación posible) de argumentar (justificar) la existencia de la especial trascendencia constitucional de su demanda.

Por otra parte, la interpretación que la Sala Segunda (y con anterioridad la Sala Primera) de este Tribunal ha hecho de la nueva redacción de los artículos 49 y 50 LOTC se sustenta en gran medida en la exposición de motivos de la Ley, a la que sigue estrechamente y cuyas expresiones cita en ocasiones de forma literal. Por tal motivo debo recordar en este punto que de forma clara hemos señalado el valor meramente interpretativo, que no normativo, de los preámbulos y exposiciones de motivos (entre otras SSTC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7, y 222/2006, de 6 de julio, FJ 8) y que, del mismo modo, hemos señalado que el valor interpretativo de los preámbulos está sometido a límites. De tal forma que al intérprete le está vedado tanto recurrir a los preámbulos y exposiciones de motivos para desvincularse de preceptos legales inequívocos (STC 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15) como fundamentar sobre su base una interpretación del articulado que entre en conflicto con la Constitución (art. 9.1 CE; STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 7).

Me pregunto, en fin, si por razones de carga y organización de trabajo del Tribunal Constitucional –causa principal, según revela la exposición de motivos, de esta reforma legislativa–, puede llegarse, de seguirse la interpretación realizada, a la desatención de la alta función que, en materia de tutela de los derechos fundamentales, nos corresponde.

3. En todas las ocasiones que me ha sido posible he señalado la conveniencia de avocar al Pleno el examen de esta cuestión para debatir conjuntamente sobre el concepto jurídico indeterminado de «especial trascendencia constitucional del recurso de amparo» que introduce el art. 49.1 *in fine* de la Ley.

La propia lectura de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional muestra que la verificación de la concurrencia de esa especial trascendencia constitucional en el asunto de que se trate constituye un juicio que deben llevar a cabo los Magistrados del Tribunal Constitucional, interpretando y concretando los tres criterios fijados por el art. 50.1 b) LOTC: a) importancia para la interpretación de la Constitución; b) para su eficacia y general aplicación y c) para la delimitación del alcance y del contenido de los derechos fundamentales, en el que el primero representa un valor hermenéutico y doctrinal, el segundo el valor reparador (que, por tanto, exige un control subjetivo) y el último el valor jurisprudencial. No en vano la Ley incluye la mención de estos criterios en un artículo cuyos destinatarios son los Magistrados que componen el Tribunal, o mejor dicho las Secciones, pero en ningún caso el recurrente.

El fundamento jurídico 2 del Auto al que respetuosamente formulo el presente Voto afirma que el art. 49.1 *in fine* LOTC exige que la demanda de amparo contenga una argumentación expresa –no una mera mención– de la existencia de la especial trascendencia constitucional del recurso. Sin embargo, resulta evidente que también es posible que haya una justificación de la especial trascendencia constitucional que derive de un modo indudable de la relación fáctica y de la argumentación jurídica hecha por el recurrente. En ese caso no estaríamos, ciertamente, ante una justificación expresa que, no obstante no cabría calificar como insuficiente de acuerdo con el texto legal, máxime cuando la especial trascendencia constitucional de un recurso es una noción cuyo contenido todavía tiene que ser precisado por este Tribunal.

Al no haberse realizado todavía dicha concreción por quienes estamos llamados a ello, difícilmente puede exigirse al recurrente que, en atención a lo previsto en el art. 53.2 CE, acredite la concurrencia de un requisito cuyo contenido desconoce, con toda la carga de inseguridad jurídica que ello conlleva. Asimismo, se exige a la parte que realice una operación de creación jurídica *ex novo*, que acaba por producir una inversión entre las funciones de quienes deben juzgar y de quienes deben defender los derechos de aquellos que les han confiado su defensa.

4. Otro motivo de mi discrepancia del presente Auto se refiere a la interpretación que se realiza de los nuevos preceptos y a sus consecuencias.

El nuevo artículo 49.1 LOTC añade a los requisitos que legalmente debe cumplir la demanda de amparo –la exposición clara y precisa de los hechos que la fundamentan, la cita de los preceptos constitucionales que se consideren infringidos, la fijación precisa del amparo que se solicita– la justificación de «la especial trascendencia constitucional del recurso».

Según afirma el Auto del que discrepo, este nuevo requisito tiene naturaleza sustantiva. Para fundamentar esta afirmación se razona que ello «se refleja de la expresión ‘en todo caso’ empleada por el precepto» (FJ 2). El

Auto, por lo demás, remite al adoptado por la Sala Primera (Auto 188/2008, de 21 de julio) que contiene idénticas afirmaciones.

El fundamento jurídico 3 del Auto señala que el incumplimiento de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso «vicia a la demanda de amparo de un defecto insubsanable que conduce a su inadmisión *a limine*». Así se deduce –añade– de «la propia naturaleza de la función que cumple la carga establecida»; naturaleza que, según se ha indicado, el Auto ha definido como sustantiva. Para reforzar la imposibilidad de subsanar la carencia de la justificación de la trascendencia constitucional, el Auto recuerda la jurisprudencia que este Tribunal ha pronunciado respecto de las exigencias contenidas en el antiguo art. 49.1 LOTC. En efecto, hemos afirmando en repetidas ocasiones que los requisitos legales que deben observarse en la formalización de la demanda de amparo no representan meros formalismos, sino que resultan esenciales, y por tanto insubsanables, en tanto en cuanto aportan los elementos necesarios para conocer el concreto *petitum* o pretensión que se ejercita. Por esta razón, este Tribunal ha considerado como «carga procesal» ineludible del demandante la concreción de todos los elementos fácticos y jurídicos que sean necesarios para que el Tribunal pueda emitir el juicio constitucional que se le reclama. Esta carga se integra en «el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional, sin que le corresponda a éste reconstruir de oficio las demandas» (STC 68/2006, de 13 de marzo, FJ 3; ATC 186/2008, de 25 de junio, FJ 5).

Siendo esto cierto no podemos desconocer que, en numerosas ocasiones y en atención a circunstancias diversas, hemos defendido que determinados requisitos deben ser interpretados de manera flexible y finalista o hemos delimitado el objeto del recurso de amparo sin considerar que esta delimitación supone una reconstrucción de oficio de la demanda de amparo (a modo de ejemplo, SSTC 37/2003, de 25 de febrero, FJ 2, y 11/2006, de 16 de enero, FJ 2).

Pues bien, en el presente caso y dado que la Ley Orgánica 6/2007 no incorpora un período de *vacatio legis*, considero que el Tribunal Constitucional en asunción de su función de protección de los derechos fundamentales no podía menos que mostrar una mayor flexibilidad, durante, al menos, los primeros meses de aplicación de la Ley, en la interpretación del cumplimiento del nuevo requisito, de tal modo que el Tribunal pudiera apreciar, aun cuando la demanda no lo citara y argumentara expresamente, la posible trascendencia constitucional de un determinado recurso, respetando de esta manera nuestra tradicional doctrina sobre interpretación de los requisitos formales en absoluta concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. Creo que la interpretación que la Sala Segunda (y con anterioridad la Sala Primera) de este Tribunal ha hecho de la nueva redacción de los artículos 49 y 50 LOTC puede conducir a la mera exigencia de un requisito formal autónomo consistente en la inclusión en la demanda de amparo de un apartado dedicado a la justificación de la trascendencia constitucional del recurso. Además la consecuencia asociada a la falta de este requisito formal tiene una trascendencia radical, pues conduciría a la inadmisión del recurso de amparo aun en la eventualidad de que en la demanda se reclamara una verdadera lesión que además tuviera especial trascendencia constitucional. En fin, estaríamos ante un requisito formal autónomo que produciría lo que, en reiteradas ocasiones, hemos calificado como «un formalismo enervante» (por todas, STC 230/2000, de 2 de octubre, FJ 5).

En mi opinión esta exigencia, además de no estar expresamente prevista por la Ley, devendría contradictoria con la esencia del recurso de amparo pues el interés constitucional de los asuntos no se puede objetivar y, de acuerdo con la reforma de la Ley, es ahora tarea de las Secciones (antes encomendada a las Salas) valorar si, en razón de su especial trascendencia constitucional, el «contenido del recurso» justifica una decisión sobre el fondo del asunto en concordancia con su consolidada doctrina jurisprudencial tal y como la propia Ley prevé. En cualquier caso, se cometería un grave atropello a los derechos fundamentales reparando la vulneración en unos casos y dejando a los otros la vía abierta a una incierta condena del Estado por responsabilidad patrimonial. Por otra parte nuestra doctrina en relación con un determinado derecho o libertad no puede considerarse cristalizada a partir de determinada fecha o asunto. En tal

sentido la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha previsto que para aquellos casos en que sea de aplicación la que tenemos como consolidada pueda transferirse a las Secciones el conocimiento del recurso (art. 52.2). Y, en fin, en los casos en los que los tribunales ordinarios hayan desatendido nuestra doctrina provocando la consiguiente vulneración del derecho fundamental del recurrente, tal vulneración no puede dejar de ser reparada por el Tribunal Constitucional *ex art.* 123.1 CE, so pena de desprestigio la doble función reparadora y didáctico-doctrinal que es inherente a la jurisdicción de amparo.

Este es el sentido de mi Voto discrepante que respetuosamente suscribo.

Madrid, ventidós de septiembre de dos mil ocho.—Eugeni Gay Montalvo.—Firmado y rubricado.