

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

RECURSO DE AMPARO, HABEAS CORPUS Y SUBSIDIARIEDAD: EN LOS LÍMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Posted on 3 Giugno 2021 by [Manuel Carrasco Durán](#)

La subsidiariedad es uno de los elementos sustanciales de los procesos para la tutela individual de los derechos fundamentales ante la jurisdicción constitucional. Consiste en la necesidad de que la persona que alega una vulneración a un derecho fundamental agote los procesos establecidos por la legislación ante los órganos judiciales «ordinarios», como condición para acceder a la jurisdicción constitucional. Es, en fin, un requisito común a la *Verfassungsbeschwerde* alemana, al recurso de amparo español y a los procesos por demandas individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a los que, aun instalados en la jurisdicción internacional, no tenemos problema en reconocer naturaleza *materialmente* constitucional.

La [sentencia 73/2021, de 18 de marzo, del Tribunal Constitucional español](#) resulta interesante porque hace una corrección en la exigencia de la subsidiariedad como requisito para el acceso al recurso de amparo.

La sentencia admite dos lecturas. La primera, desde la perspectiva procesal. La segunda, desde el papel que corresponde a la jurisdicción constitucional en la tutela de los derechos fundamentales.

Desde la perspectiva procesal, es conveniente situar la sentencia en los

problemas manifestados, en la práctica, por el incidente de nulidad de actuaciones y el *habeas corpus*.

El incidente de nulidad de actuaciones es un procedimiento, regulado en el artículo 241 de la [Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial](#), que permite a las partes en el proceso, o a quienes hubieran debido serlo, solicitar la nulidad de actuaciones de los órganos judiciales fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el [artículo 53.2 de la Constitución](#), esto es, los mismos que son alegables en el recurso de amparo. Para que se admita la solicitud de nulidad de actuaciones, es necesario que se den dos condiciones, esto es, que la vulneración de los derechos fundamentales no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

El incidente de nulidad de actuaciones tiene como objeto ofrecer un remedio, previo al recurso de amparo, a actuaciones en las que un órgano judicial produce una vulneración de algún derecho fundamental en la última instancia de los procesos, o bien a los casos en que dicha actuación es conocida por las partes en el proceso, o quienes hubieran debido serlo, cuando ya ha transcurrido el plazo para presentar recurso ante un órgano judicial. De esta forma, se da al órgano judicial la oportunidad de subsanar la lesión a un derecho fundamental, se evita que la persona acuda directamente al Tribunal Constitucional y, por lo tanto, se completa la subsidiariedad del recurso de amparo.

El procedimiento de *habeas corpus* es sobradamente conocido. El [artículo 17.4 de la Constitución española](#) establece la finalidad de este procedimiento, que es «producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.» La [Ley Orgánica 6/1984](#) regula el *habeas corpus*. Establece que la autoridad, agente o funcionario están obligados a poner «inmediatamente» en conocimiento del Juez la solicitud de *habeas corpus*. La ley permite presentar el *habeas corpus*, tanto por detenciones que en su origen sean ilegales, como cuando haya transcurrido el plazo máximo de detención o cuando la detención se lleve a cabo en condiciones contrarias a la Constitución y a la legalidad (p. ej., con vulneración de derechos fundamentales o en establecimientos o

lugares «ilícitos»). El Juez, si la solicitud cumple unos requisitos formales, ordenará que se lleve a la persona detenida ante él, oirá a la persona, a su representante o Abogado, al Ministerio Fiscal y a la autoridad, agente o funcionario, admitirá y practicará las pruebas y, finalmente, dictará su resolución sobre el caso. Todas estas actuaciones se deben practicar en veinticuatro horas.

El sistema resulta, en teoría, impecable. Sin embargo, la realidad se aparta de este panorama ideal. El incidente de nulidad de actuaciones tiene el problema de que el órgano judicial que debe resolverlo es el mismo que ha practicado la actuación presuntamente lesiva del derecho fundamental. Puede intuirse que, normalmente, el Juez o Tribunal tendrá poca disposición a rectificar una actuación acordada por él mismo poco tiempo antes. Además, este procedimiento puede ser utilizado abusivamente por algunos Abogados. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha reaccionado frente a una práctica reiterada por parte de algunos órganos judiciales de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones con fórmulas breves, genéricas y estereotipadas, que no revelan ninguna motivación real para dicha decisión. De hecho, está extendida la opinión de que el incidente de nulidad de actuaciones no resulta ni funcional, ni útil, para la tutela de los derechos fundamentales. Finalmente, en la práctica se registran muchos casos en los que resulta dudoso si procede o no el incidente de nulidad de actuaciones. En estas ocasiones, surge gran incertidumbre acerca de si el incidente de nulidad de actuaciones es requisito necesario o no para acudir al recurso de amparo.

En el *habeas corpus*, el Tribunal Constitucional ha reaccionado repetidamente frente a la práctica de muchos Jueces de inadmitir las solicitudes *de plano*, sin requerir a la autoridad, agente o funcionario encargado de la custodia a que lleve a su presencia a la persona detenida, ni escucharla, sobre la base de una mera intuición subjetiva de que la detención se ha llevado a cabo en el marco de lo previsto en las leyes. Además, existen casos en que el *habeas corpus* es tramitado sin la inmediatez prevista en la ley o de forma irregular.

El caso de la STC 73/2021 surge a raíz de un *habeas corpus* en el que el

Abogado de la persona detenida denuncia que la detención se ha producido sin ningún motivo y con golpes innecesarios, incluso haciendo uso indebido de las armas de fuego. En el asunto se dan cita todos los problemas del *habeas corpus* y del incidente de nulidad de actuaciones, en una suerte de «tormenta perfecta». En primer lugar, nos encontramos un *habeas corpus* que se comunica al Juez tardíamente, siguiendo instrucciones del propio Juez. En segundo lugar, el Juez resuelve denegar el *habeas corpus* ante de solicitar que le presenten a la persona detenida y, por tanto, sin escucharla, ni tramitar el procedimiento. El procurador de la persona detenida presenta recurso de amparo y, ya en tercer lugar, la representante del Ministerio Fiscal se opone a su admisión, alegando que no se ha presentado previamente el incidente de nulidad de actuaciones y, por lo tanto, no se ha agotado la vía judicial previa al recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional, después de un cambio en su jurisprudencia, venía considerando, [desde 2015](#), que la garantía del *habeas corpus*, reconocida en el artículo 17.4 de la Constitución, era autónoma respecto del derecho a la libertad y a la seguridad y las garantías de la persona detenida, previstos en los artículos 17.1 y 17.3 de aquélla. Sobre esta base, la indebida inadmisión de una solicitud de *habeas corpus* tendría que ser impugnada en un incidente de nulidad de actuaciones y, por tanto, si se presentaba un recurso de amparo sin haber acudido previamente a dicho procedimiento, el resultado era la inadmisión del recurso de amparo por no haber agotado previamente los procesos ante los órganos judiciales. En la [STC 21/2018](#), el Tribunal Constitucional utilizó otra variante, en la que no admitió la pretensión relativa al *habeas corpus*, pero entró a conocer sobre si se había vulnerado el derecho sustantivo a la libertad personal.

En la STC 73/2021, sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que el *habeas corpus* está directamente vinculado a la garantía de la libertad personal reconocida en el artículo 17 de la Constitución y que, por lo tanto, no es posible disociar el primero de la segunda. Lo relevante es que, al presentar el *habeas corpus*, se da al Juez la oportunidad de tutelar el derecho a la libertad personal. Al haber resuelto en sentido negativo a

la solicitud, aunque sea mediante la inadmisión del *habeas corpus*, no es necesario volver a acudir a él con el mismo motivo, a través del incidente de nulidad de actuaciones. Con ello, se supera una doctrina anterior, que consideramos excesivamente formalista.

Con la STC 73/2021, además, el Tribunal Constitucional reafirma su papel como garante efectivo de los derechos fundamentales. Este propósito se advierte claramente cuando, guiado de un espíritu antiformalista, manifiesta que, en adelante, admitirá el recurso de amparo frente a resoluciones de inadmisión del *habeas corpus*, tanto si no se presenta incidente de nulidad de actuaciones previamente, como si se presenta. En definitiva, viene a decir el Tribunal Constitucional que el principio de subsidiariedad del recurso de amparo puede ceder cuando se trata de la garantía de la libertad personal y exigir el agotamiento de un proceso previo, por la dilación que ello comporta, pudiera poner en riesgo la eficacia de la garantía brindada por el recurso de amparo.

Probablemente, no sea ajena a la conclusión anterior la problemática del incidente de nulidad de actuaciones, cuya efectividad como garantía de los derechos fundamentales, como hemos visto, es dudosa. Encontramos aquí un cierto eco de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual es posible prescindir de un proceso ante la jurisdicción nacional cuando no constituya un remedio efectivo para la lesión del derecho invocado.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional no dice nada de esto expresamente. En la STC 73/2021 aprovecha la ventaja de que la solución que da al caso puede apoyarse en consideraciones doctrinales de alcance general. Sin embargo, posiblemente, la voluntad de reafirmar su papel como garante efectivo de los derechos fundamentales y las dudas sobre la eficacia del incidente de nulidad de actuaciones hayan sido importantes para reforzar su decisión, especialmente en la discusión que la sentencia parece haber provocado, que se manifiesta en dos votos particulares apoyados por cuatro magistrados.

A pesar de todo, conviene no dejarse llevar por el entusiasmo. Paradójicamente, la reivindicación del papel de la jurisdicción constitucional que significa esta sentencia se da en relación con una

garantía, el *habeas corpus*, cuya eficacia depende sólo de los jueces ordinarios, únicos que pueden resolverlo con la inmediatez necesaria. En el asunto de la STC 73/2021 transcurren, sin embargo, casi dieciséis meses entre la presentación de la demanda de amparo y la fecha de la sentencia, lo que priva a la sentencia de capacidad para remediar de forma efectiva la lesión del derecho a la libertad personal y al *habeas corpus*. Lo más que se puede esperar de la sentencia es que opere como llamada de atención a los jueces -una más- para «tomarse en serio» las solicitudes de *habeas corpus*.

Lo que significa que, al final, se llega a un punto en que la eficacia de los derechos fundamentales no es cuestión de más o menos recurso de amparo, ni de más o menos procesos, sino de dotar a los órganos judiciales de medios para tramitar correctamente y en un tiempo adecuado los procesos y de que los Jueces asuman y apliquen una suerte de *cultura de derechos fundamentales*. Lamentablemente, a pesar de los progresos de las últimas décadas, todavía en demasiadas ocasiones se echan de menos ambos elementos.