|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 163/2013 |
| Fecha | de 9 de septiembre de 2013 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Doña Adela Asua Batarrita, don Francisco José Hernando Santiago, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez y don Enrique López y López. |
| Núm. de registro | 4577-2011 |
| Asunto | Recurso de amparo 4577-2011 |
| Fallo | Elevar al Pleno del Tribunal cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 102 bis, apartado 2, de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada al mismo por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por oposición al art. 24.1 CE, con suspensión del plazo para dictar Sentencia en el presente recurso de amparo. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en este Tribunal el 29 de julio de 2011, el Procurador de los Tribunales don Ramón María Querol Aragón, en representación de Don José Vicente Lapo Estrada, interpuso recurso de amparo contra la diligencia de ordenación de la Secretaria Judicial del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de madrid, de 25 de abril de 2011, y contra el Decreto de la misma Secretaria, de 26 de mayo de 2011, que desestimó el recurso de reposición deducido contra la referida diligencia de ordenación.

En la diligencia de ordenación de 25 de abril de 2011 se acordó convocar a las partes a la vista del procedimiento abreviado núm. 30-2011 para el día 22 de abril de 2014 a las 10:30 horas de su mañana. El actor interpuso recurso de reposición contra dicha diligencia, por entender que un señalamiento para el juicio oral en fecha tan alejada en el tiempo vulneraba su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Dicho recurso fue desestimado mediante Decreto de la Secretaria Judicial de 26 de mayo de 2011 que confirmó la diligencia en todos sus extremos, considerando que el señalamiento se había ajustado a lo dispuesto en los arts. 182 de la Ley de enjuiciamiento civil y 78 y siguientes de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

2. En su demanda de amparo el recurrente sostiene —en cuanto a los requisitos de carácter procesal— que se han agotado todos los medios de impugnación jurisdiccionales previstos por las normas procesales para el caso concreto, señalando que, de conformidad con lo previsto en los arts. 79 y 102 bis.2 LJCA —en la redacción dada a los mismos por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial—, contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno. Asimismo, afirma que la violación del derecho que se invoca es imputable al órgano judicial correspondiente.

En cuanto al fondo del asunto, el actor justifica su demanda de amparo en la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), íntimamente relacionado con el derecho a la tutela judicial efectiva, pues, al confirmar el señalamiento de la vista del procedimiento contencioso-administrativo para el día 22 de abril de 2014 —cuando el recurso se había presentado el 10 de diciembre de 2010—, se están superando con creces las previsiones legales establecidas al respecto, así como el carácter razonable del plazo en que debe desenvolverse este tipo de procedimientos abreviados, y ello teniendo en cuenta que las circunstancias específicas del caso (sobre su posible expulsión del territorio español) determinan un interés especialmente relevante para el actor, quien, mientras no se resuelva el recurso, verá inadmitida a trámite cualquier solicitud de regularización, pudiendo ser constantemente detenido por las autoridades policiales, e incluso ingresado en un centro de internamiento.

3. Mediante diligencia de ordenación de 8 de noviembre de 2011, se dirigió atenta comunicación al Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid a fin de que se designase, de así proceder, Procurador del turno de oficio que represente al recurrente en amparo. En fecha 15 de noviembre de 2011, el Decano del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid comunicó a este Tribunal la designación del Procurador don Ramón María Querol Aragón quien, mediante escrito presentado el 29 de noviembre de 2011 se ratificó en el escrito de formalización del presente recurso de amparo.

4. Por providencia de 15 de marzo de 2012, la Sala Segunda de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda. En dicha providencia se dispuso también que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se dirigiera atenta comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 27 de Madrid a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones seguidas, debiendo igualmente emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el término de diez días pudieran comparecer en el presente recurso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de 12 de abril de 2012 se tuvo por personado y parte en el procedimiento al Abogado del Estado. En la misma resolución, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, se acordó dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo, por plazo común de veinte días, al ministerio fiscal y a las partes personadas para la formulación de las alegaciones que a su derecho convinieren.

6. La parte demandante se ratificó íntegramente en las alegaciones y pretensiones de la demanda de amparo a través de escrito presentado el 20 de abril de 2012.

7. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 4 de mayo de 2012, el Abogado del Estado presentó escrito de alegaciones interesando, con carácter principal, la inadmisión del recurso de amparo y, subsidiariamente, su denegación por inexistencia de las vulneraciones aducidas. Respecto a la inadmisión solicitada con carácter principal, la sustenta en la extemporaneidad de la propia demanda de amparo, por no concurrir la especial trascendencia constitucional exigible, pues, sobre el retraso en el señalamiento de las vistas de los procedimientos contencioso-administrativos abreviados que versan sobre sanciones de expulsión hay sobrada doctrina constitucional (citando, entre otras, la STC 142/2010, de 21 de diciembre), sin que se haya acreditado la generalidad en el pretendido incumplimiento de la doctrina sentada al respecto por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid. Con carácter subsidiario solicita la denegación del amparo, primero, por entender que el interés que en el proceso contencioso-administrativo arriesga el demandante está protegido por el hecho de haber obtenido una medida cautelarísima de suspensión que supone que la expulsión no podrá ejecutarse mientras esté abierta la vía judicial; y segundo, porque la duración del procedimiento que inició el recurrente está dentro de la que normalmente experimentan los juicios del mismo tipo, sin que la demanda de amparo ofrezca indicio alguno de prueba respecto a este reproche, y sin que sea dado comparar la realidad empírica del sistema judicial con una especie de ideal de funcionamiento que tampoco es seguro que se alcanzara por mucho que se incrementara la inversión en la organización judicial, algo que, por lo demás resulta impensable en el actual contexto de aguda y profunda crisis económica.

8. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 23 de mayo de 2012, en el que interesa el otorgamiento parcial del amparo. Considera el Fiscal que, a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (SSTC 5/1985, de 23 de enero; y 38/2008, de 25 de febrero), se ha vulnerado el derecho del actor a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 ce), sin que tal infracción traiga su causa de la complejidad del litigio —pues éste tiene por objeto una resolución administrativa de expulsión y prohibición de reentrada en España de un ciudadano extranjero—, ni de falta de diligencia del órgano jurisdiccional, sino de la situación estructural de la organización judicial. Además, a la luz de la doctrina sentada en la STC 94/2008, de 21 de julio, la dilación no puede imputarse a la conducta procesal del demandante pues éste no se limitó a estimar en exceso lejana la fecha señalada para la celebración del juicio, sino que solicitó la anticipación de la vista ex art. 63.1 LJCA en base a la situación personal en la que quedaba. Por otra parte, el interés que arriesga el recurrente del litigio —lograr autorización para permanecer en España— es esencial y especialmente relevante no solo para sus derechos o intereses legítimos, pues quedan afectados no sólo su derecho a la vida privada y familiar, sino también para el interés de un menor de nacionalidad española.

9. Por providencia de 16 de julio de 2012, la Sala Segunda de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 55.2 y 35.2 LOTC, y con suspensión del plazo para dictar Sentencia, acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de diez días pudieran alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 102 bis, apartado 2, LJCA, en la medida en que el precepto excluye del recurso directo de revisión el decreto del Secretario Judicial resolutivo del recurso de reposición contra la diligencia de ordenación que señala el día del juicio oral, privando así al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano la cuestión, que afecta al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE).

10. El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 3 de septiembre de 2012, oponiéndose al planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad. El representante del Estado se refiere en primer lugar al sentido del art. 102 bis.2 LJCA, señalando que excluye, en general, los recursos directos de revisión contra cualesquiera Decretos secretariales que resuelvan recursos de reposición contra Decretos no definitivos o diligencias de ordenación, casos en los que sólo cabe reposición ante el propio Secretario sin posterior alzada ante el Juez o Sala, aunque se puede reproducir la cuestión al recurrir la resolución definitiva. Esto es, el recurso de revisión directo está reservado para Decretos definitivos y otros que determine expresamente el legislador, nunca para diligencias. De acuerdo con los términos de la providencia de 16 de julio de 2012, la inconstitucionalidad del legislador consistiría en no haberse apartado de las reglas generales relativas al régimen de recursos contra las resoluciones secretariales, para crear una vía de recurso excepcional referida a determinadas diligencias de ordenación que carecen del impacto sobre el procedimiento que alcanza los decretos definitivos. No se trata, por tanto, de una inconstitucionalidad positiva que pueda resolverse mediante la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del precepto pues la invalidación del art. 102 bis.2 LJCA no serviría para que se señalaran más tempranamente las vistas de los procedimientos abreviados relativos a expulsión de extranjeros. Estamos ante una inconstitucionalidad omisiva, por no haber introducido un régimen excepcional de recursos contra las diligencias de ordenación relativas al señalamiento de vistas en el procedimiento abreviado, de modo que no se trataría de eliminar una norma inconstitucional sino de imponer por Sentencia lo que el legislador no ha previsto ni ha querido prever. Y, a tenor de la propia doctrina constitucional, cabe dudar que semejante función esté dentro de la jurisdicción que la Constitución atribuye a este Tribunal (por todas, SSTC 30/2011, de 26 de marzo, FJ 11; y 80/2012, de 18 de abril, FJ 10), además de la notoria dificultad de la construcción de un razonamiento convincente que permita mediar la gran distancia existente entre la proclamación del derecho al proceso sin dilaciones indebidas y la creación ex novo de un recurso de revisión contra el Decreto que desestima la previa reposición contra la dirigencia de señalamiento. Por tales razones considera el Abogado del Estado que no es pertinente plantear cuestión interna de inconstitucionalidad.

Para tratar el problema de las supuestas dilaciones en los señalamientos de vistas en procedimientos abreviados interpuestos contra resoluciones de expulsión de extranjeros, se refiere a continuación al régimen legal de los señalamientos, mencionando el art. 63 LJCA, conforme al cual los Jueces unipersonales y los Presidentes de Sala o Sección fijan al Secretario los “criterios generales” y “las concretas y específicas instrucciones” con arreglo a las cuales se efectuarán los señalamientos, teniendo en cuenta la “naturaleza y la complejidad de los asuntos” y “cualquier otra circunstancia que se estime pertinente”. Los Secretarios deben sujetarse a tales criterios e instrucciones, salvo las excepciones legalmente establecidas o aquellos supuestos en que el órgano jurisdiccional excepcionalmente establezca que deben tener preferencia. En el procedimiento abreviado, al que supletoriamente le son aplicables las normas generales (art. 78.23 LJCA) la solución para evitar las supuestas dilaciones indebidas en los señalamientos referidos a expulsión de extranjeros no está tanto en la creación por el Tribunal Constitucional de nuevas vías de recurso no previstas por el legislador sino, acaso, en calificar para lo sucesivo esta categoría de casos como de necesaria anteposición en la agenda programada de señalamientos, aunque esta solución tampoco está libre de objeciones. Así, en primer lugar, se afirma que la anteposición excepcional de clases o categorías de casos es materia propia de la libertad de configuración atribuida al legislador, y cualquier otro supuesto requiere acuerdo motivado del órgano jurisdiccional. El derecho al proceso sin dilaciones indebidas exige que éstas no tengan lugar para ningún justiciable, razón por la cual la anteposición necesita una justificación especial, siendo este tipo de privilegio de los que peor toleran los demás justiciables. En segundo lugar, es notorio el alto número de supuestos en que los extranjeros contra los que se dicta una resolución de expulsión obtienen la tutela cautelar, por lo que en estos casos no existiría razón alguna para otorgar el privilegio de la anteposición en el señalamiento. Además, el nuevo párrafo tercero del art. 78.3 LJCA permite ahorrarse las dilaciones mediante la solicitud en la demanda de que el litigio se falle sin necesidad de recibimiento a prueba y sin vista, lo que no perjudica, dado que en un procedimiento sancionador es la administración la que tiene que demostrar los hechos. Finalmente, si el demandante en un procedimiento abreviado considera que su asunto debe anteponerse, pesa sobre él la carga de solicitarlo y razonarlo en la demanda, sin que haya razón constitucional para facilitarle una doble vía de recurso que, por otro lado, tampoco garantiza que el Juez o Sala vaya a compartir la visión del justiciable, debiendo presumirse más bien la escasa utilidad de la revisión.

11. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones mediante escrito presentado el 14 de septiembre de 2012, en el que concluyó afirmando la concurrencia de motivos suficientes para avalar la conveniencia de elevar la cuestión al Pleno de este Tribunal. Tras exponer los antecedentes del caso y referirse al cumplimiento de los requisitos necesarios para el planteamiento de la cuestión, señala el fiscal que la cuestión nuclear y relevante que ha de plantearse es la de si es posible que una disposición legal prive a los justiciables de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano judicial una cuestión afectante a un derecho fundamental, en este caso, el derecho un proceso sin dilaciones indebidas, supuesto en el que la vulneración se derivaría directamente del precepto legal, concurriendo así las condiciones que exige el art. 55 LOTC. Señala el escrito que, de una lectura estricta del art. 102 bis.2 LJCA podría desprenderse aquella consecuencia, pero surge la pregunta de si ello es realmente así o si cabría realizar una interpretación del precepto que pudiera acomodar su sentido a una lectura constitucional. Sobre este extremo realiza el Ministerio Fiscal una serie de consideraciones, comenzando por señalar que las nuevas competencias que se asignan a los Secretarios Judiciales por la Ley 13/2009 parten de la posibilidad de asignarles competencias procesales que no puedan afectar a la función jurisdiccional que es competencia exclusiva de los Jueces y Tribunales. En este sentido, se reconoce a los Secretarios competencia para los trámites de admisión de las demandas, pero, según el preámbulo de la Ley, cuestión distinta es la inadmisión de la demanda, ya que el derecho de acceso a la justicia forma parte del derecho la tutela judicial efectiva, y, por ello, sigue reservándose a Jueces y Tribunales la decisión al respecto. Es decir, incluso para el legislador está claro que forman parte de la función jurisdiccional de competencia exclusiva de Jueces y Tribunales todos aquellos supuestos en que pueda resultar afectado un derecho fundamental y su posible reparación. Por consiguiente, no debería poder quedar fuera del control judicial la revisión de las resoluciones atribuidas a la competencia de los Secretarios Judiciales cuando las mismas puedan afectar a los derechos fundamentales, pese a que el legislador no haya previsto expresamente la posibilidad de control judicial de tales resoluciones cuando se produzca tal afección. Por otra parte, el art. 44.1 LOTC sólo permite recurrir en amparo la lesión de los derechos fundamentales causada directamente por los actos y omisiones del Juez o Tribunal que ejerce la función jurisdiccional, pues una interpretación amplia resultaría difícilmente cohonestable con la naturaleza subsidiaria del amparo constitucional.

Frente a la situación expuesta, plantea el Fiscal ciertas posibles alternativas legales e interpretativas. En primer lugar, considera que frente a la resolución del Secretario Judicial que desestima el recurso de reposición alegando la vulneración de un derecho fundamental podría promoverse incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1 LOPJ; vía que, sin embargo, puede tropezar con el problema procesal de que la lesión del derecho fundamental fue ya invocada, denunciada y sometida a examen utilizando el recurso de reposición, de suerte que no sería posible imputar al recurrente no agotar los medios de impugnación previstos en las leyes procesales por no interponer dicho incidente. En segundo lugar, podría entenderse que subsiste la posibilidad de un recurso de revisión judicial, pues dado que el recurso plantea la posible vulneración de un derecho fundamental, debería considerarse que no se dan en estos casos los presupuestos legales para que resuelva la denuncia el Secretario Judicial, debiendo darse traslado al Juez para que se pronuncie sobre la posible lesión. En este sentido, no parece sostenible una interpretación favorable a la posibilidad de que los Secretarios Judiciales enjuicien las lesiones de derechos fundamentales que pueden ocasionar sus resoluciones, ni la posibilidad de articular un recurso de amparo directamente contra las resoluciones del Secretario Judicial. Por ello, en este supuesto debería haberse dado traslado de la impugnación al Juez como en un caso de recurso de revisión, al exceder de las competencias procesales asignadas a los Secretarios Judiciales. Por último, si se entiende que la lesión del derecho fundamental resulta de que la ley procesal, en la reforma operada por la Ley 13/2009, ha articulado recursos frente a algunas de las resoluciones de los Secretarios Judiciales que impiden que la supuesta lesión de un derecho fundamental pueda ser enjuiciada y reparada por los Jueces, sin que sea posible una interpretación de la norma procesal secundum constitutione, produciéndose un caso de insuficiencia normativa determinante de inconstitucionalidad, deberá concluirse la necesidad de elevar la cuestión al pleno.

Concluye el Fiscal afirmando que parece evidente que, en los supuestos en que se impugna una resolución del Secretario Judicial por estimar que en ella se vulnera un derecho fundamental, la impugnación no puede ser definitivamente resuelta por el propio Secretario a través del recurso de reposición, privando al justiciable de toda revisión judicial, porque ello sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Y si no es posible una acomodación constitucional o precisamente para descartarla o no, cabe constatar que la duda de constitucionalidad tiene motivos razonables y, por consiguiente, hay motivos suficientes para avalar la conveniencia de elevar la cuestión al Pleno.

12. La representación del demandante de amparo no ha presentado escrito formulando alegaciones acerca del posible planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone que “en el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque a juicio de la Sala o, en su caso, de la Sección, la Ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar Sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes”. Tal previsión es aplicable con independencia de la fecha de iniciación del proceso de amparo (disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo).

2. Como ha quedado expuesto en los antecedentes de esta resolución, lo que en el presente recurso de amparo se debate como cuestión de fondo es la vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Sin embargo, la línea argumentativa de la demanda de amparo aparece condicionada, en cuanto a los requisitos procesales, al entendimiento de que se han agotado todos los medios de impugnación jurisdiccionales previstos por las normas procesales para el caso concreto y que la violación de derechos que se invoca es imputable a una acción u omisión del órgano judicial correspondiente. En concreto, se señala que, de conformidad con lo previsto en los arts. 79 y 102 bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa —en la redacción dada a los mismos por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial—, contra el decreto resolutivo de la reposición no cabe recurso alguno, de manera que no cabría imputar a la parte actora la falta de agotamiento de los correspondientes medios de impugnación [art. 44.1 a) LOTC] por no haber interpuesto, a pesar de la errónea indicación de recursos realizada por el decreto impugnado, el recurso directo de revisión.

Esta línea de argumentación determina que en este recurso de amparo se esté recurriendo, bajo la cobertura del art. 44 LOTC, un acto de un órgano judicial que, sin embargo, no emana del titular del mismo, es decir, que no es dictado por el Juez o Magistrado, sino por la Secretaria Judicial de aquél, lo que ciertamente plantea una situación no solamente atípica sino problemática en cuanto a su encaje en el amparo contra actos judiciales a que se refiere el citado art. 44 LOTC. Recordemos que dicho precepto permite la interposición del recurso contra las violaciones de los derechos y libertades protegibles en amparo “que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial”, expresión esta última que ha de entenderse referida, de conformidad con las previsiones del art. 117 CE, a los Juzgados y Tribunales servidos por Jueces y Magistrados integrados en el Poder Judicial, y a los que corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, sin que quepa realizar una interpretación amplia de ese concepto que permita convertir en objeto del recurso de amparo todo acto procedente de cualquier sujeto que se encuentre incluido en la organización judicial. Esto es, la lesión constitucional recurrible en amparo sólo podría ser atribuible a una actuación de los órganos judiciales, “que son los llamados a prestar la tutela jurisdiccional de los derechos” (STC 76/1999, de 26 de abril).

En consecuencia, resulta procedente elevar al pleno cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 102 bis, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la medida en que este precepto excluye del recurso directo de revisión el decreto del Secretario Judicial resolutivo del recurso de reposición contra las diligencias de ordenación del Secretario del Juzgado, y, entre ellas, la que señala el día para la celebración de la vista en el procedimiento abreviado, privando así al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano una cuestión tan importante como es la relativa a la afección de un derecho fundamental, que en el presente caso se refiere, como ya ha quedado expuesto, al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, todo lo cual, como ha señalado el Ministerio Fiscal, puede suponer una desatención del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Por todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Elevar al Pleno del Tribunal cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 102 bis, apartado 2, de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la redacción dada al mismo por la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por oposición al art. 24.1 CE, con suspensión del plazo para dictar Sentencia en el presente recurso de amparo.

Madrid, a nueve de septiembre de dos mil trece.