

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES: EL CASO ESPAÑOL

Jorge LOZANO MIRALLES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Premisas*. III. *La protección de los derechos fundamentales en el caso español*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN¹

1. *La “relajación” sobre los derechos fundamentales (DDFF)*

Con el término “relajación” queremos hacer referencia a una situación que se está produciendo en la actualidad y que, de alguna manera, supone relegar a los DDFF en un lugar no preferente: en la agenda política, social, cultural y económica los DDFF son más forma que sustancia, son más retórica que ejercicio. Trataremos de explicar el sentido de la palabra “relajación” y lo haremos en un triple sentido:

A. Una cierta relajación académica

Los DDFF son una materia transversal del derecho, lo que conlleva que los mismos sean abordados por todas las disciplinas jurídicas, desde el derecho penal hasta el derecho eclesiástico, pasando por el derecho procesal,

* Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Profesor titular de Derecho constitucional en la Universidad de Jaén (España).

¹ Abreviaturas utilizadas: CE, Constitución Española de 1978; DDFF, derechos fundamentales; DF, derecho fundamental; LOTC, Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional; TC, Tribunal Constitucional; STC, Sentencia del Tribunal Constitucional; TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (con sede en Estrasburgo).

internacional, derecho del trabajo, derecho financiero e, incluso, por el derecho romano. En otras palabras, si por una parte la transversalidad hace que la materia sea objeto de tratamiento en muchas sedes teórico-académicas, por otra parte esa misma generalidad conlleva a una cierta pérdida de visión de lo que son, de lo que deben de ser y la finalidad última de los mismos. Se produce un enfoque excesivamente sectorial, olvidando su necesaria naturaleza orgánica, entendida como *corpus* del que los singulares derechos conforman sus manifestaciones concretas, prácticas.

Por otro lado, los DDDFF están casi “adosados” a los derechos del consumidor, olvidando que los DDDFF son elementos esenciales para el desarrollo espiritual y físico del hombre, para la dignidad de la persona, haciendo así que la materia quede desenfocada, pierda las características que los han originado y que, como diremos más tarde, no son otras más que un instrumento de defensa del más débil frente al más fuerte.

En el ámbito constitucional, la materia forma parte indudable de la disciplina, integrando así uno de los dos grandes grupos en que se suele dividir el estudio de la norma suprema: la parte dogmática (en contraposición a la parte orgánica). Este “asentamiento” académico (dicho sea de paso, no exclusivo del derecho constitucional) ha conllevado a que su tratamiento se haga de forma más científica, pero muchos menos militante: el debate es más teórico o dogmático antes que pragmático. La lectura de las últimas obras escritas en la última década, muy buenas desde un punto de vista jurídico y metodológico, demuestra que se trata de obras con fin en sí mismas: prima más el estudio del derecho estudiado en sí mismo y en relación con el enfoque propio de la disciplina, que de obras “generalistas”, es decir, de obras en la que el DF se inserte en el conjunto global del sistema del que es, juntos con los otros DDDFF, su eje axial.

B. La “relajación” internacional

En este caso, antes que de relajación deberíamos de hablar de verdadera “agresión”. Al hilo del aumento del fenómeno terrorista y de su necesario rechazo, se están limitando muy severamente los DDDFF. A nivel internacional, el caso de los “prisioneros” —por llamarlos de alguna manera— de Guantánamo demuestra sin paliativos un claro retroceso de la materia, en donde el concepto de persona humana ha perdido no sólo su esencia, sino también su significado.

Pero en occidente no es sólo el caso de Guantánamo, sino inclusive de otros muchos los que demuestran esa relajación, como es la interesada versión de la “intervención humanitaria” para intervenir de forma violenta en el ámbito interno de otros Estados. La lectura de cualquier diario nos pone de relieve el continuo desprecio, aquí y allá, por doquier, de los derechos fundamentales.

C. *A nivel social-interno*

También se ha producido esa relajación a nivel social-interno como consecuencia de la asunción de la teoría institucional de los DDFF. Según la construcción alemana de la concepción institucional de los DDFF, éstos forman parte “natural” del ordenamiento jurídico y de la acción de los poderes públicos; los DDFF conforman un elemento objetivo del orden constitucional, encarnando ciertos valores básicos que, como predica el artículo 10.1 de la Constitución Española (CE) constituyen “*el fundamento del orden político y de la paz social*”; en consecuencia los poderes públicos tienen un deber general de promoción y protección de los DDFF. La denominada “fuerza expansiva de los DDFF” hace que éstos impregnen, no sólo la aplicación de la legislación y el funcionamiento de todo el ordenamiento jurídico, sino también la propia legislación. Es indudable que esa concepción crea un ambiente general respetuoso con los DDFF y no es menos cierto que el grado de protección y generalización de los mismos sea elevadísimo. Pero también es cierto, y enlaza con lo que decíamos arriba, que esa concepción supone dejar en manos del legislador su desarrollo, así como olvidar la eficacia directa *ex constitutione* de esos derechos. Por otra parte, se presta a una visión excesivamente anti-individualista, contraponiéndose excesivamente el Estado “democrático” y el Estado “social”, por una parte, con el Estado de “derecho”, por la otra.

Las agresiones sexuales (abuso de menores y violación) junto con la violencia de género son otras materias en donde se están poniendo en entredicho y en juego el valor de los DDFF. Así, principios como el de la presunción de inocencia o de la interdicción de la discriminación empiezan a ser “retocados” de manera tremendamente restrictiva.

En el ámbito económico, el crecimiento del Estado social y las necesidades recaudatorias de los Estados hacen que en el ámbito tributario existan presunciones de culpabilidad del contribuyente frente al fisco.

No hay razón alguna hoy en día para pensar que está en declive la finalidad original de los DDFF: dotar a los individuos de instrumentos de defensa frente al poder. No hay que olvidar que son los marginales y los disidentes de “toda” índole —nos guste o no— quienes más se benefician de los DDFF; las personas “normales” suelen quedar protegidos por su condición de tales. En otras palabras, no parece —y se demuestra con lo dicho *supra*— que los marginales y disidentes puedan confiar su defensa tan solo al “ambiente dominante”.

2. *Derechos fundamentales y Tribunal Constitucional (TC)*

Hoy en día las cortes constitucionales en los actuales Estados democráticos (y sociales) de derecho desempeñan un papel fundamental en la construcción y defensa de los DDFF. Los tribunales constitucionales han superado muy notablemente el rol originariamente atribuido a la justicia constitucional por parte de Kelsen. Si originariamente el TC era un límite o un órgano de control de la obra del Poder Legislativo (la ley), hoy en día la justicia constitucional va mucho más allá, en cuanto que ya forma parte esencial del eje o del perno en el que se asienta todo el sistema, pues es evidente que forma parte integrante en la articulación de aquellos órganos que determinan la forma de gobierno concreta de cada Estado.

La Constitución Española de 1978 es una norma relativamente joven. Esa juventud ha permitido que recibiera notables influencias de otros textos y de otras experiencias democráticas más consolidadas, especialmente la alemana y la italiana, incorporando los avances que en esta materia se habían producido.

Además, el Tribunal Constitucional español ha jugado un papel determinante en esta materia, al introducir en el ordenamiento jurídico español por la vía del artículo 10.2 de la CE y del recurso de amparo la teorías desarrolladas por el TC alemán y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en relación con los DDFF. La jurisprudencia constitucional española ha dado un fortísimo impulso a la “fuerza expansiva” de los DDFF, ampliando notablemente el contenido y el alcance de los mismos.

Por otra parte, sea por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sea por la Declaración de Derechos de Niza (2000), sea porque forma parte del proyecto (de futuro más bien incierto) de Constitución europea, se ha extendido el concepto del “acervo cultural común europeo” como estándar mínimo de protección de los DDFF, lo que implica

una igualación de los derechos en los 25 países miembros. Se trata de “igualar” por arriba, no de igualar por abajo; es decir, el nivel de protección al que haya llegado uno de los Estados miembros constituye el mínimo común denominador en la materia, al que los restantes países miembros han de llegar. Desde esta perspectiva, la justicia constitucional ha de desempeñar un papel relevante.

II. PREMISAS

Antes de iniciar el estudio de las garantías de los DDFF desde la perspectiva del rol que juega o desempeña el TC español, es preciso hacer dos matizaciones: una relativa al Estado de derecho como Estado garantista de los derechos fundamentales; la otra relativa a la naturaleza o estructura “principal” que regulan los DDFF.

1. *El Estado de derecho como Estado garantista de los derechos fundamentales*

La primera premisa tiene que ver con el concepto del Estado de derecho, en cuanto que este ha sido, es (¡y por ahora seguirá siendo!) la base sobre la que se asienta la protección de los DDFF.

El Estado de derecho es el Estado que cristaliza con la Revolución Francesa de 1789, impulsado por la clase social de la burguesía y cuya seña de identidad en el ámbito jurídico es el jusnaturalismo racionalista (en reacción al iusnaturalismo teológico propio del *Ancien Regime*). Su seña de identidad en el ámbito político es el del liberalismo abstencionista (frente al absolutismo y al despotismo) y en el ámbito económico defiende el capitalismo como sistema productivo y organizativo (frente al sistema casi feudal de la clase de la nobleza). En cuanto a los valores del Estado liberal de derecho serán la libertad, la seguridad jurídica y la igualdad formal.

Las notas que caracterizan al Estado de derecho (notas que, conviene remarcar, “no han cambiado” a diferencia de los presupuestos jurídicos, políticos, económicos, sociales y axiológicos, que sí han sufrido una fuerte evolución como consecuencia de la incorporación de los adjetivos social y democrático al Estado de derecho) son: el imperio de la ley, la división de poderes, el reconocimiento de derechos y la garantía de los derechos.²

² Esta caracterización, que podemos encontrar en cualquier manual o diccionario ha sido positivizada: se refleja en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985, del 1o.

La idea de la garantía de los derechos es una idea que está presente en cualquier formulación o caracterización que se haga del Estado de derecho, desde sus inicios hasta hoy en día. Si la idea de la garantía es una constante, lo que ha evolucionado (o cambiado radicalmente) es el contenido de esa idea original de garantía, pues si antaño el simple reconocimiento de los derechos conllevaba su garantía, el devenir del tiempo evidenció las carencias y defectos de ese planteamiento, modificándose el contenido (como dice la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial) al ámbito de la “garantía procesal efectiva”, es decir mediante el establecimiento de órganos jurisdiccionales independientes, sometidos únicamente al imperio de la Constitución (y en su caso de la Ley), dotando al ciudadano de un derecho fundamental de carácter procesal para reforzar su posición respecto del poder público encargado de dirimir los conflictos así como de otros instrumentos a los que haremos mención luego.

El contenido material de la idea de la garantía propia del Estado de derecho todavía no está hoy en día definitivamente perfilado, pues se siguen observando carencias en la protección de los derechos e intereses legítimos. Dos datos demuestran nuestra anterior afirmación:

Por una parte, lo evidencia el gran debate que sobre el garantismo originó la obra del profesor de la Universidad de Camerino, Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Si originariamente se consideró que el simple reconocimiento de los derechos implicaba ya su garantía, luego se demostró que la simple enumeración no era suficiente y que, por tanto, había que establecer garantías concretas y efectivas. Una vez reguladas, el problema se desplaza hacia su “efectividad”, pues como señala Ferrajoli se produce una divergencia entre la norma (que establece la garantía) y la práctica.

de julio, del Poder Judicial, en cuyo apartado I distingue entre rasgos generales (al señalar que “el Estado de derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado, imperio de la ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”) y rasgos específicos referidos al Poder Judicial, que es el órgano del Estado encargado, precisamente, de velar por la justicia y la protección de los derechos (el Estado de derecho “requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”).

Por otro, la extensión de ese derecho a “todas” las personas, independientemente de su situación administrativa (que es, indudablemente la tarea pendiente).

2. La estructura de las normas sobre los derechos fundamentales

La estructura de las normas sobre los DDF es la segunda premisa que incide sobre el rol del Tribunal Constitucional en la protección de los DDF en cuanto incide en las técnicas de aplicación de la norma reguladora del derecho fundamental. Las normas que regulan los derechos fundamentales normalmente son abiertas, es decir, tienen una textura abierta, una estructura principal.

Como ya señaló R. Alexy, la norma jurídica, desde el punto de vista de su estructura puede presentarse como una regla o como un principio.

La norma que contiene una “regla” es la norma tradicional, es aquella que contiene la idea clásica de la norma jurídica: enunciado que consta de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica.

La norma que contiene un “principio” contiene, sin embargo, un mandato de optimización de un determinado bien o valor jurídico: se ordena que el valor jurídico protegido o enunciado sea realizado en la mayor medida posible.

Así “reglas” y “principios” tienen distintas técnicas de aplicación. Las primeras se rigen por la técnica de la “subsunción”, es decir, la solución consiste básicamente en “un sí o en un no”; mientras que las segundas se rigen por la técnica de la “ponderación”, en cuanto que la respuesta que ofrecen se hace en términos de “más o menos”.

Hay normas sobre DDF que son reglas, como cuando se dispone que en el plazo de X horas el detenido deberá ser puesto a disposición de la autoridad judicial o cuando se dispone que la entrada en el domicilio sólo podrá efectuarse mediante autorización judicial. La interpretación de ese tipo de preceptos se rige por las reglas clásicas de la hermenéutica (literal, histórica, sistemática y teleológica): si han pasado X horas el detenido pasará a disposición judicial (sí); si todavía no se ha superado el plazo establecido, el detenido podrá continuar bajo disposición policial (no).

Sin embargo, la mayor parte de las normas que regulan los DDF son principios, como cuando se establece que todos tienen derecho a la vida o la norma clásica de que todos son iguales ante la ley. Cuando se afirma el

carácter principal de este tipo de normas no se está aludiendo a su importancia, sino a su estructura, puesto que tanto las normas sobre DDFE que contienen reglas como las que contienen principios tienen la misma importancia y finalidad.

Las normas principales se caracterizan por su vaguedad: no está claro hasta donde llega el ámbito de la realidad que regulan. Vaguedad es sinónimo de amplitud, pero no de ambigüedad. La “ambigüedad” lleva o puede llevar a la confusión (como cuando se habla de sindicato se puede referir a control o a una asociación de defensa de los derechos de los trabajadores; o el término banco que puede indicar un lugar donde sentarse o una institución de crédito). Por el contrario, la vaguedad conlleva amplitud, siendo el ejemplo clásico el concepto de la buena fe del padre de familia. Se sabe lo que es la buena fe, pero lo que no se sabe cuál es el grado exacto de la buena fe de un buen padre de familia. Las normas sobre los derechos fundamentales y las constitucionales son típicamente “vagas”, amplias, tienen una textura abierta.

Las normas abiertas o principales por su carácter “vago” pueden ser buenas o malas. Pueden tener una consideración negativa pues no dan una respuesta exacta y concreta al conflicto en términos de sí o no, sino de más o menos, lo cual conlleva una cierta inseguridad.

Sin embargo, las ventajas de este tipo de normas es que dan respuesta a las nuevas exigencias sociales (como la inclusión o la aplicación en el concepto de la intimidad a nuevas formas de comunicación, por ejemplo, el fax o el correo electrónico); las normas principales también se adaptan mejor a la cambiante realidad social y al pluralismo ideológico, *v. g.r.*, la inclusión dentro del concepto vida de la interdicción de la pena de muerte o la extensión de determinados olores que penetran en el ámbito doméstico dentro del concepto de la intimidad cuando éstos afectan al ámbito personal del domicilio.³

La técnica de la “ponderación” tiene efectos sobre la interpretación de los DDFE, pues además de los métodos hermenéuticos clásicos (literal, histórico, sistemático y teleológico) el intérprete ha de, en primer lugar, determinar cuál es el valor o el bien jurídico protegido, y, en segundo lugar, determinar hasta dónde puede llegar la optimización del derecho fundamental (lo que antes denominábamos una respuesta en términos de “más o menos”).

³ Caso *Gregoria López Ostra*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estas dos operaciones no las lleva a cabo el legislador sino el aplicador del derecho, lo que pone en evidencia la importancia de la jurisprudencia. Como ya indicábamos arriba, los DDFD constituyen un auténtico “derecho jurisprudencial”: la jurisprudencia completa el enunciado de las declaraciones de derechos. En Europa ese “debate moral” no corresponde a todos los operadores jurídicos sino básicamente a los órganos supremos, de ahí el relevante papel de la justicia constitucional en relación con los DDFD.

III. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CASO ESPAÑOL

En este apartado no se trata de examinar todos los instrumentos concretos puestos a disposición del ciudadano para recabar la tutela de los DDFD, sino de aquellos que guardan relación con el TC, en cuanto garante supremo —que no único— de los derechos fundamentales. Se trata de examinar el rol que desempeña el TC español en esta materia; desde este punto de vista podemos hablar de tres tipos de garantías: constitucionales, jurisdiccionales e institucionales.

1. *Garantías jurisdiccionales*

Son las garantías por excelencia de los DDFD, en cuanto que son los instrumentos de los que goza el ciudadano en caso de vulneración de uno de esos derechos. Además, son las garantías sobre las que pivotan las otras dos (las constitucionales-normativas y las orgánicas-institucionales), en cuanto las últimas se “expresan”, se manifiestan, se dotan de eficacia a través de las garantías jurisdiccionales al ser éstas las únicas en un Estado de derecho que pueden dar solución a un conflicto.

Desde esta perspectiva podríamos hablar de dos órganos jurisdiccionales distintos, cuatro vías procesales diversas, y de dos elementos generales que se proyectan sobre todo el conjunto.

Los órganos jurisdiccionales son:

- el Poder Judicial y
- el Tribunal Constitucional.

Los procedimientos sobre los que se asienta la protección que lleva a cabo el Poder Judicial son dos:

- el procedimiento ordinario y
- el procedimiento preferente y sumario.

Las vías procesales sobre las que se asienta la protección que lleva a cabo el TC son, también, dos:

- el recurso de amparo y
- el recurso de inconstitucionalidad (en este último podemos incluir también la denominada cuestión de inconstitucionalidad por tener la misma finalidad y efectos).

En cuanto a los dos elementos sobre los que “pivotan” las antedichas garantías jurisdiccionales son:

- la regla hermenéutica de la interpretación favorable y
- el DF a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE.

Estos dos últimos son elementos comunes a todos los anteriores en cuanto que su aplicación incide y condiciona el ejercicio ordinario de la jurisdicción. De ahí que los examinemos en primer lugar.

El principio de la “interpretación favorable” al derecho fundamental para su ejercicio (principio *pro libertate*) se traduce que: a) en caso de duda debe de hacerse una interpretación en favor del derecho fundamental invocado, b) en caso de colisión del derecho fundamental con otro derecho subjetivo “ordinario” prevalecerá el primero, c) los límites impuestos al DF deben de ser interpretados restrictivamente, y d) en que los DDFD deben de ser interpretados en el sentido más favorable a la esencia y eficacia de los mismos.

En consecuencia, como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia una interpretación restrictiva del derecho fundamental o contraria a su plena eficacia constituyen una lesión del mismo.

Desde el punto de vista interpretativo existe otra regla hermenéutica que ha sido introducida directamente por la Constitución Española: la cláusula del artículo 10.2, según el cual “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humana-

nos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Entre estos últimos hay que destacar la ratificación por parte del Estado español del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues la abundante jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo es muy a menudo utilizada por los tribunales ordinarios y por el propio TC para interpretar y dar contenido a los DDFE reconocidos en el ordenamiento interno.

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española introduce una serie de derechos procesales de carácter fundamental en el seno de los procedimientos jurisdiccionales, amparando así al ciudadano que lucha en defensa de sus derechos e intereses legítimos. Se trata de evitar que por la manida vía procesal queden sin tutela los derechos fundamentales (o como señala el artículo 7o. de Ley Orgánica del Poder Judicial: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los jueces y tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”).

Aunque este DF opera básicamente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, no es menos cierto que ciertas manifestaciones del mismo también se proyectan sobre la jurisdicción constitucional, estando obligado el TC a su respeto, so pena de poder ser condenado posteriormente por el TEDH, como ya ha sucedido. Es el caso del principio de interdicción de las dilaciones indebidas o el de predeterminación del juez que ha de conocer el asunto o el derecho a ser parte en el proceso.

Los garantes “por excelencia” de los derechos fundamentales son los jueces y magistrados del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

El Poder Judicial. El Poder Judicial es el garante ordinario y natural de los DDFE. Cualquier lesión de un DF debe ser reparada ante y por los tribunales ordinarios. La Constitución ha previsto que esta reparación se produzca a través del procedimiento ordinario o de un procedimiento sumario y preferente.

1. *El procedimiento ordinario* es el procedimiento usual que se sigue ante los tribunales de justicia, con la única salvedad en cuanto al objeto que se ventila.
2. *El procedimiento sumario y preferente*, previsto en el artículo 53.2 de la Constitución Española, se caracteriza por dos notas: a) la celeridad, la urgencia. Ingresado el asunto en el juzgado, el juez tiene la

obligación de tramitarlo con preferencia sobre los restantes asuntos; b) la brevedad de los plazos procesales: prácticamente se reducen a más de la mitad los distintos plazos señalados por las leyes procesales (contestación a la demanda, periodo de prueba, plazo para señalar vista, plazo para dictar sentencia).

Este procedimiento estuvo inicialmente regulado por la Ley 62/1978, que establecía las distintas especificidades procesales relativas a los distintos ámbitos jurisdiccionales. Hoy en día las distintas leyes procesales han regulado la materia en su propio código: la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para el ámbito administrativo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el ámbito procesal penal, la Ley de Enjuiciamiento Civil para la protección de los DDFP de naturaleza civil (honor, intimidación...), la Ley de Procedimiento Laboral para el ámbito de lo social, del derecho del trabajo y la Ley Procesal Militar para el ámbito militar.

No es un procedimiento necesario. El afectado podrá elegir entre uno u otro.

Por último, en relación con la imbricación de la jurisdicción ordinaria con la constitucional hay que señalar dos aspectos:

1. Por una parte, que para el caso de que el juez ordinario no asumiera la demanda de protección del DF lesionado, las partes en el proceso podrán formular recurso de amparo ante el TC (del que hablaremos a continuación).
2. Por otra, para el caso de que el juez, a la hora de aplicar una ley entienda que ésta es contraria a la Constitución, podrá elevar ante el Tribunal Constitucional la denominada “cuestión de inconstitucionalidad” con suspensión del proceso que conoce. La cuestión tiene la misma tramitación y los mismos efectos que el recurso de inconstitucionalidad, con las salvedades en cuanto al sujeto legitimado para plantearlo (única y exclusivamente los jueces y magistrados del Poder Judicial) y el plazo (no existe un plazo preclusivo, en cuanto se podrá formular la cuestión en cualquier momento si bien es necesario que la duda sobre la constitucionalidad surja en el ámbito de un proceso judicial y, además, que el fallo de ese proceso dependa de la supuesta ley inconstitucional).

El Tribunal Constitucional. Es el garante “supremo” de los DDFP pero no el “único”. Como antes señalábamos el garante primero, general y natu-

ral de los derechos fundamentales es del Poder Judicial, es decir, los jueces y magistrados que lo integran. Ahora bien, la última palabra en la materia la tiene el TC, cuya jurisprudencia vincula a los miembros del Poder Judicial. Esta vinculación, deducible del texto constitucional, ha sido expresamente sancionada por los artículos 5o. y 7o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En consecuencia, la interpretación primera del DF corresponde al Poder Judicial, si bien la última corresponde al TC. Así las cosas, los jueces deben de aplicar la jurisprudencia constitucional y en caso de no hacerlo o hacerlo equivocadamente su sentencia podrá ser objeto de recurso de amparo ante el TC.

Las vías procesales a través de las cuales se produce el operado del TC son dos, el recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad.

1. *El recurso de amparo.* El recurso de amparo constituye, básicamente, un instrumento de protección frente al Poder Judicial. Y lo es debido a dos razones: en primer lugar, al reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva (y todos los derechos procesales de él derivados que antes hemos mencionado) como derecho fundamental susceptible de amparo. Este DF ocupa más del 90% de los recursos de amparo de los que conoce el Tribunal Constitucional y es claro que una violación de un derecho procesal sólo puede tener su origen en una actuación proveniente del juez ordinario. Son los recursos de amparo del artículo 44 de la LOTC.

Por otra parte, por la caracterización que la propia jurisprudencia del TC ha hecho de este recurso: la LOTC (artículo 41.2) prevé que el recurso de amparo se interpondrá contra actos de los poderes públicos que vulneren el DF. Sin embargo, al ser el Poder Judicial el garante ordinario de los DDF, éste ha de conocer en primer lugar de la vulneración (excepto en los supuestos del artículo 42 de la LOTC). Para el caso que el juez ordinario no la apreciara, el particular podrá interponer el recurso ante el TC, porque se entiende que la violación proveniente de un poder público es “asumida” por otro poder público, el Judicial, al cual se le imputaría esa lesión, aunque obviamente los efectos de la sentencia de amparo alcanzarían al poder público que inicialmente produjo la lesión y no al juez ordinario.

El recurso de amparo, junto con la previsión del procedimiento sumario y preferente ante la jurisdicción ordinaria, suponen lo que Mauro Cappellotti denominó “la *protección jurisdiccional reforzada de los DDF*”, es

decir, instrumentos que se superponen a los ordinarios a fin de mejorar e implantar una mejor (y mayor) protección de los DDFF. De esta forma, el ciudadano que se sienta vulnerado en un DF podrá, ante todo, elegir un procedimiento rápido o uno ordinario y, para el caso de que el juez ordinario no le conceda la protección del derecho vulnerado, podrá acudir ante el TC. En todo caso hay que advertir que el recurso de amparo no se trata de una “segunda” o “tercera” instancia, sino de un nuevo y distinto procedimiento.

El recurso de amparo se caracteriza por dos notas: la excepcionalidad y la subsidiariedad, ambas íntimamente vinculadas:

a) Excepcionalidad. La excepcionalidad deriva de la limitación del objeto del que puede conocer, que son los DDFF.

Sin embargo, no conoce de todos los DDFF, sino únicamente de los comprendidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, más la objeción de conciencia al servicio militar, es decir, los que están comprendidos en la sección primera del capítulo II del título I. Los restantes derechos fundamentales del título I de la CE (incluidos los de la sección segunda del capítulo I) no son susceptibles de recurso de amparo. En otras palabras, el amparo se convierte en un instrumento procesal con un limitado abanico de DDFF protegidos, si bien es verdad que quedan tutelados los más significativos (igualdad, vida, libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión, libertad personal, de residencia, de circulación, intimidad, reunión, asociación, participación en los asuntos públicos, tutela judicial efectiva, educación, huelga...). Se trata de una lista taxativa, es decir, no puede ser aumentada por el legislador ordinario. El propio TC ha hecho, incluso, una interpretación restrictiva de los derechos amparables, si bien es cierto que en ocasiones excepcionales ha extendido el amparo a otros contenidos constitucionales vinculados con los derechos amparables (por ejemplo el derecho de creación de los partidos políticos deriva del derecho de asociación).

Tampoco puede ser empleado para pedir la aplicación de otras normas constitucionales, es decir, el recurso no está pensado para defender la eficacia directa de la Constitución, excepto si afecta a los DDFF antes enunciados. Y tampoco sirve para la defensa de la legalidad ordinaria.

El recurso de amparo, por su carácter excepcional, se ha concebido como una garantía adicional y última de los DDFF, que puede activarse sólo cuando las demás no han funcionado correctamente, lo que nos lleva a la siguiente nota característica, la subsidiariedad.

b) Subsidiariedad. Como ya se ha dicho pero conviene reiterar, el procedimiento “natural” de defensa de los DDFF es el ordinario o el sumario y preferente ante la justicia ordinaria. Por el contrario, el recurso de amparo sólo puede formularse en aquellos casos en los que la persona recurrente haya utilizado previamente todos los recursos ordinarios disponibles en el ordenamiento procesal correspondiente o, dicho de otra forma, cuando no haya recibido respuesta satisfactoria por parte de la jurisdicción ordinaria. El recurso de amparo es, como ya hemos indicado, una garantía ‘adicional’ y “última” de los DDFF, que sólo puede activarse cuando las demás garantías no hayan funcionado adecuadamente.

En cuanto a los efectos del recurso de amparo, éstos son dobles: por una parte se trata de una resolución de tipo judicial que reúne las características de la cosa juzgada y tienen efectos *inter partes*, propio de un recurso de tipo directo, y, por otro, la sentencias de los recursos de amparo forman un *corpus* interpretativo de efectos vinculantes para todos los operadores jurídicos y, muy especialmente, para los jueces, pues tal y como vimos anteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial los prevé expresamente en sus artículos 5o. y 7o. En este sentido hay que subrayar que todas las sentencias de amparo han de ser publicadas en el *Boletín Oficial del Estado* (junto con los votos particulares que se hubieran formulado).

Por eso el recurso de amparo tiene un carácter híbrido, en cuanto que su finalidad se extiende tanto a la protección del particular afectado en un DF, como a la defensa objetiva de la Constitución (si bien limitada a los meritados artículos 14 a 30, únicamente, es decir, no a todos los derechos y libertades fundamentales que reconoce el título I de la CE).

Para el caso de que la vulneración del DF provenga directamente de una norma con rango de ley, el TC podrá acordar el amparo pero al mismo tiempo deberá interponer (artículo 55.2, LOTC) la denominada “autocuestión de inconstitucionalidad”, de la que conocerá el pleno del Tribunal (de los amparos ordinarios conocen las dos salas del TC, integradas cada una por seis magistrados). Al igual que sucedía con la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el juez ordinario, se tramitará la misma y tendrá los mismos efectos que el recurso de inconstitucionalidad.

Se ha dicho, y con razón, que se trata de un supuesto problemático, en cuanto que podría darse el reconocimiento del amparo por la sala y desestimarse la autocuestión de inconstitucionalidad por el pleno. La posibilidad de esta gravísima contradicción o paradoja en el ámbito mismo de la propia

jurisdicción constitucional podría producirse si los otros seis magistrados del TC que no conocieron del amparo entendieran que la ley no es inconstitucional, si bien para ello será necesario el voto de calidad del presidente; también cabría en el supuesto que el amparo se hubiera concedido por una mayoría simple de miembros de la sala y los restantes seis magistrados del TC entendieran que no hay inconstitucionalidad. En todo caso el supuesto podría evitarse si, ante un amparo derivado de la aplicación de una ley, la sala eleva el conocimiento del recurso de amparo al pleno, el cual quedaría en este caso vinculado por lo resuelto en el amparo, aunque procesalmente habría que tramitar, en todo caso, el tema como un recurso de inconstitucionalidad.

Hay que advertir que no cabe lo que se denomina “contra amparo”, es decir, recurso por entender que se haya interpretado demasiado favorablemente el DF por parte del juez ordinario. Y esto es así por dos causas: una primera, que deriva del hecho de que hay que interpretar favorablemente la materia que afecta al DF; y, otra, el recurso de amparo está previsto para violaciones o vulneraciones de DDFF, pero no para el caso de exceso de protección. Así, las partes del proceso judicial no podrán acudir al TC para solicitar la anulación de acto judicial por haber sido la normativa sobre los DDFF interpretada y aplicada incorrectamente por haber dado al particular más de lo debido. No cabe revocar una aplicación excesiva. De ahí que se diga que el recurso de amparo tiene una naturaleza unidireccional o asimétrica: protege el mínimo pero no los excesos. Bien entendido que el contra amparo no cabe en los supuestos de que en juego esté únicamente un DF; cuando hay dos DDFF en juego, hay que ponderarlos, sin que quepa que uno —por interpretación excesiva— anule o desvirtúe al otro: en este caso sí que cabría recurso de amparo.

Por último, hay que señalar que, aunque la LOTC no ha previsto expresamente que los actos de los particulares sean objeto del recurso de amparo, por la teoría de la “asunción judicial” el TC ha extendido la protección de los DDFF para aquellos supuestos en los que la vulneración del DF se haya producido en el ámbito de un relación privada. El TC ha sido especialmente celoso en materia de igualdad en el ámbito laboral, relación típicamente privada.

2. *El recurso de inconstitucionalidad*

Si los procedimientos examinados hasta aquí se orientan fundamentalmente a la protección de los DDFF frente a actos del Poder Ejecutivo o del Judicial, el recurso de inconstitucionalidad es un mecanismo tendente a proteger los DDFF frente a actos —normativos— del Poder Legislativo.

El recurso de inconstitucionalidad cumple, en general, una función de depuración del ordenamiento jurídico, al expulsar del ordenamiento aquellas normas o disposiciones contrarias a la Constitución; pero también cumple una función de protección de los DDFF, para el caso de que la norma contraria a la Constitución incida en la materia de derechos y libertades fundamentales (artículo 53.2, CE). Se ha dicho que este artículo contiene una disposición superflua, en cuanto toda la Constitución está protegida por el recurso de inconstitucionalidad. La razón de ser estriba en la asunción por parte del poder constituyente español de la inquietud del constitucionalismo comparado actual por asegurar la integridad del estatuto de los derechos y libertades, no solo frente al Poder Ejecutivo, sino también frente a actos del Poder Legislativo. En definitiva, pone en evidencia la problemática de los DDFF en relación con el legislador a lo largo de la historia. Historia, que como diremos a continuación cuando hablemos de la eficacia directa, no constituye una página del pasado, sino que sigue siendo un problema del presente. El legislador, por actividad (o inactividad) sigue siendo el poder más peligroso para la integridad de los DDFF. Es un poder intermitente y lento, a diferencia del poder del Ejecutivo que es más constante y rápido, pero también es mucho más pesado, de mayor contundencia, pues todavía sigue siendo cierto el dicho de que la ley —producto del Poder Legislativo— lo puede todo menos convertir a un hombre en mujer.

El planteamiento del recurso de inconstitucionalidad sólo puede interponerse por actores políticos o institucionales, el presidente del gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores y los gobiernos y los parlamentos de las comunidades autónomas (a los que hacemos referencia *infra*, cuando hablemos de las garantías orgánicas o institucionales), quedando excluidos los particulares, aun en el caso de que la norma con rango de ley afecte a una sola persona, es decir, cuando se trate de normas de “caso único”. Esto ha motivado una condena a España por parte del TEDH (caso *Ruiz Mateos contra España*, sentencia de 23 de junio de 1993), pero hasta el momento no se ha dado solución legislativa.

El planteamiento del recurso de inconstitucionalidad no tiene efectos suspensivos (salvo en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, en cuyo supuesto el juez ordinario no dictará la sentencia del caso que conoce hasta que recaiga la sentencia del TC).

Las sentencias —declarando la inconstitucionalidad (o no) de una norma— deberán ser publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, teniendo a partir de entonces efectos *erga omnes*.

A. *Garantías constitucionales o normativas*

La premisa de la que parten este tipo de garantías es la de una constitución entendida como norma jurídica suprema y rígida, es decir, una norma que sólo puede ser reformada por otra de igual rango (reforma constitucional) y que la reforma constitucional tenga un procedimiento rígido. En caso contrario, si la Constitución fuere fácilmente reformable, las garantías podrían ser “adulteradas” mediante el simple proceso de modificar la norma suprema, lo que obviamente deja a las mismas en manos del Poder Legislativo ordinario y de sus coyunturales mayorías. El título X de la Constitución Española establece dos procedimientos de reforma. En ambos casos se separan del procedimiento legislativo ordinario, si bien cuando se trata de reformar el título preliminar o la sección 1a. del capítulo II del título I (los derechos susceptibles de recurso de amparo) la reforma es extremadamente difícil, pues requiere la aprobación de la decisión de la reforma por mayoría de dos tercios de cada cámara y la disolución inmediata de las Cortes. La nuevas cámaras deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que a su vez, no sólo deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios, sino también sometida a *referendum* (artículo 168, CE). Este procedimiento agravado de reforma ha llevado a algunos a decir que esas materias son supuestos de Constitución “intangibles”.

Si las garantías jurisdiccionales se proyectan esencialmente frente al Poder Ejecutivo (excepto el recurso de inconstitucionalidad), las garantías normativas constitucionales se orientan esencialmente frente al Poder Legislativo (excepto la reserva de ley).

Las garantías normativas constitucionales son: el respeto al contenido esencial del derecho fundamental, la eficacia directa y la reserva de ley:

a) Eficacia directa. De acuerdo con esta garantía, los DDFE entendidos como derechos subjetivos, pueden ser invocados directamente por el particular ante la jurisdicción sin necesidad de que éstos hayan sido desarrolla-

dos por el legislador. Esta garantía, recogida expresamente en el artículo 53. 1 de la Constitución Española (si bien también deducible con carácter general del artículo 9.1 de la misma Constitución: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución” y de la disposición derogatoria 3a. “Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a la presente Constitución”), se justifica desde el punto de vista histórico, pues en el constitucionalismo decimonónico en general y, en el español en particular, los DDFE eran vistos como simples mandatos al legislador, el cual debería de darles contenido. Sin embargo ésta no es una situación anacrónica, en cuanto que todavía es predicable de una parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española. El artículo 53.1 sólo reconoce la eficacia directa a los derechos del capítulo 2o. del título (artículos 14 a 38) pero excluye expresamente a los del capítulo 3o., los denominados principios rectores de la política social y económica, los cuales sí que tendrán que ser desarrollados por el legislador para poder ser invocados por el particular como derechos subjetivos. A igual conclusión cabría llegar de la conocida Carta de Niza, documento de la Unión Europea que pretende dotar a ésta de un catálogo de DDFE. La Carta de Niza reconoce una serie derechos fundamentales, pero no establece instrumentos específicos de protección, por lo que éstos quedan a un posterior desarrollo normativo para su efectiva protección a nivel de las instituciones de la Unión Europea.

Por tanto, antes que hablar de anacronismo, creo que sería conveniente hablar de actualidad, o mejor dicho, de estándar mínimo de protección, siendo todavía necesario y conveniente su expresa inclusión en los textos constitucionales.

La eficacia directa es un claro mecanismo de protección frente a la inactividad del Poder Legislativo, quien no regulando la materia la deja fuera de los mecanismos ordinarios de protección. En todo caso es obvio que el alcance de la eficacia directa será distinto en función del tipo de derecho, pues si lo que se invoca es el derecho de sufragio, éste requiere necesariamente la intervención del legislador para hacerlo operativo, mientras que no es en absoluto necesaria cuando se trate del ejercicio de las libertades, que lo único que requieren es la abstención de los poderes públicos.

Aunque la eficacia directa de los DDFE se predica, como en general, frente a los actos de los poderes públicos, el TC ha extendido dicha protección también frente a los particulares, pues es claro que antes no públicos

en la sociedad actual son posibles vulneradores de los DDFD por su posición de supremacía: las grandes empresas en el ámbito mercantil o en el ámbito laboral, o los medios de comunicación en el ámbito de la libertad de expresión. En este supuesto se trataría de vinculación indirecta o mediata, en cuanto requiere que el acto vulnerador del DF sea “asumido” por el Poder Judicial, como ya se ha señalado. Así, si un juez de lo social entiende que el despido laboral se debe a una causa discriminatoria contraria al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución Española, podrá y tendrá que decretar la nulidad del despido con base en la propia Constitución.

B. El respeto al contenido esencial del derecho fundamental

La protección de los derechos fundamentales quedaría en entredicho o, al menos, en seria dificultad, si no se previeran instrumentos destinados a evitar la alteración del contenido de los DDFD mediante el mecanismo de un desarrollo limitativo y restrictivo de los mismos. En este sentido, la Constitución Española, siguiendo en este punto una vez más a la alemana, consagra en el artículo 53.1, junto a la reserva de ley para regular los derechos fundamentales, la exigencia de que el desarrollo legislativo de los DDFD respete, en todo caso, el contenido esencial de tales derechos. El legislador no puede regular con absoluta discrecionalidad los derechos fundamentales. No cabe efectuar un desarrollo legislativo que suponga una limitación a su contenido o a las condiciones de su ejercicio por debajo del nivel constitucionalmente previsto.

Ese “nivel” constitucionalmente previsto plantea el problema jurídico de definir el contorno del contenido esencial del DF, tarea que no siempre es fácil y, lo que es peor, es que debe de hacerse, caso por caso, lo que conlleva al casuismo y, éste, a la incertidumbre para el operador jurídico sobre el contorno preciso del derecho fundamental. Sin embargo, y ello es muy importante desde mi punto de vista, la imprecisión se produce en los contornos, en la frontera, en el límite exterior del DF, pero no en su parte esencial, en su interior. Por tanto, la duda sobre el contenido esencial es más de “hasta dónde” llega el derecho fundamental, que “cuál” es el DF. Así, el artículo 53.1 de la Constitución Española protege el mínimo común denominador del derecho fundamental, lo que no hace es proteger los ámbitos “posibles”, “convenientes” o “futuros” del DF: se protege el núcleo duro del derecho fundamental.

Los criterios que la jurisprudencia del TC ha elaborado para la determinación del “contenido esencial” no es novedosa, pues si la CE se inspiró en la Ley Fundamental de Bonn para redactar su artículo 53.1, los magistrados del Tribunal siguieron la doctrina elaborada al respecto por el TC alemán. Esos criterios (STC 11/1981) serían dos:

1. Por una parte, se trata de averiguar la naturaleza jurídica de cada derecho, la cual es preexistente al momento legislativo, es decir, la noción generalmente admitida de lo que un derecho significa. Se trata de la reconocibilidad del tipo abstracto en su regulación concreta, la noción generalmente asumida de lo que es el concreto DF. La naturaleza jurídica del derecho fundamental está constituida por el conjunto de rasgos que permiten conocer a un derecho como perteneciente al tipo, idea o categoría generalmente asumida del mismo.
2. Por otra, se trata de averiguar los intereses cuya protección se persigue con el reconocimiento del derecho, en el sentido de que se lesionaría el contenido esencial del DF en el caso que quede sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Estos dos métodos o criterios no son alternativos ni antitéticos, sino que pueden considerarse más bien complementarios, por lo que el operador jurídico deberá normalmente utilizarlos de forma sucesiva.

Se ha dicho (Pérez Luño) que el problema de proceder de esta forma es que se actúa de acuerdo con una interpretación clásica de los DDF, entendiéndolos como derechos subjetivos (lo que da entrada a la utilización de categorías propias de la dogmática decimonónica como “la voluntad”, “el interés” o “la protección jurídica”), reclamando un mayor protagonismo de la teoría institucional de los derechos fundamentales (que da entrada a todo el conjunto de los DDF constitucionalmente reconocidos, a los axiomas generales que deben ser aplicados y que derivan del conjunto del ordenamiento jurídico tendente —como un mandato claro dirigido a los poderes públicos— a su protección, implementación y realización efectiva, así como a las condiciones histórico-sociales que forman el contexto de los derechos y libertades (jusnaturalismo crítico).

c) La reserva de ley. Es el tercer instrumento normativo de protección de los DDF contenido en el artículo 53.1 de la Constitución Española. En

este caso se orienta a su protección frente al Poder Ejecutivo, en cuanto que impide a cualquier otro órgano que no sea el Legislativo proceder a la regulación de las condiciones de ejercicio de los DDFF. A su vez, el artículo 86.1 de la Constitución Española recuerda (o apuntala) esta garantía, en cuanto que prohíbe que los decretos leyes (normas con rango de ley emanadas por el gobierno para casos de extraordinaria y urgente necesidad) puedan afectar a los derechos y libertades del título I.

La reserva de ley es una garantía que afecta a todos los DDFF del capítulo 2o. del título I; sin embargo, los DDFF ya mencionados de la sección 1a., capítulo 2o. del título I, tienen una garantía adicional: la reserva de ley lo es a “ley orgánica”, es decir, a una categoría de ley que requiere para su aprobación de la mayoría absoluta del Congreso.

La reserva de ley es otra herencia del pasado liberal del constitucionalismo europeo, quien en su lucha por la libertad frente al poder absoluto, consideraba que la libertad quedaría garantizada en cuanto el pueblo fuera quien detentara la titularidad y el ejercicio del poder mediante el reconocimiento del principio de soberanía popular, de la cual la ley era su expresión. De ahí que para los autores de la Declaración francesa de 1789, la ley fuera el instrumento más adecuado para la determinación del contenido y de los límites de los derechos fundamentales. Sin embargo, se trata de una herencia que conviene también seguir manteniendo, en cuanto que el Ejecutivo, si bien es verdad que ha dejado de ser un poder absoluto, no es menos cierto que es un poder que persigue la eficacia, concepto derivado del ámbito económico y que hoy en día es uno de los principios claves inspiradores de la acción del gobierno en cuanto que electoralmente es muy rediticia. Pero, como es sabido, la eficacia supone transformar la idea del bien común por la de la cuenta de resultados, donde tiene preminencia el resultado que los medios para conseguirlo, lo cual supone una seria amenaza para los derechos fundamentales, en cuanto que éstos son un claro límite para la obtención del “mejor” resultado (eficiente, eficaz y económico), pasando de la era de los DDFF a la era de los derechos del consumidor como derechos protegibles de mayor importancia. Por ello, la reserva de ley entendemos sigue siendo un instrumento idóneo y actual.

C. Garantías orgánicas o institucionales

Este último tipo o clase en el que hemos clasificado los instrumentos de protección de los DDFF en el ordenamiento constitucional español desde

el punto de vista de la justicia constitucional, lo constituyen aquellos órganos o instituciones que participan en la defensa de los DDDFF mediante los roles a ellos encomendados. En este apartado haremos referencia al Defensor del Pueblo, al Ministerio Fiscal, al Parlamento y, en último lugar, a la presencia orgánica de jueces en ámbitos no jurisdiccionales.

a) El Defensor del Pueblo u *ombudsman*. Se trata de una institución contemplada en el artículo 54 de la CE “como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos” en el título primero, es decir, para la defensa de los DDDFF entendido en sentido amplio. Se trata de una institución que no dispone de competencias ejecutivas. De ahí que se haya dicho —y con razón— que se trata de una magistratura de persuasión, teniendo una proyección más política o de opinión pública que jurídica.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho procesal constitucional, el Defensor del Pueblo tiene un relevante papel jurídico, en cuanto que tiene legitimación para interponer el recurso de amparo y el recurso de inconstitucionalidad. En definitiva, tiene legitimación activa y es parte en los dos más importantes procesos constitucionales. Dicha legitimación le está directamente reconocida por la Constitución Española en el artículo 162.1.a) y b). El TC se ha inclinado por interpretar esta doble legitimación en un sentido amplio, al no restringirla exclusivamente al ámbito propio o natural de fiscalización del Defensor del Pueblo, que es la defensa de los derechos y libertades frente a la administración pública, extendiendo a la salvaguarda de los DDDFF en general e independientemente del ámbito en el que se produzca dicha actuación.

El Defensor del Pueblo se constituye así como protección frente al Legislativo (por la vía del recurso de inconstitucionalidad, habiendo ya hecho uso de esta facultad mediante la presentación de varios recursos) y frente al Poder Judicial (por la vía del recurso de amparo, vía escasamente utilizada por la particularidad que supone iniciar un procedimiento jurisdiccional derivado de otro del cual no ha sido parte previamente y con tan solo 20 días de plazo para prepararlo). En relación con este último, hay que advertir de que se trata de una legitimación autónoma, en el sentido de que no actúa en sustitución de la persona ofendida cuando ésta no puede defenderse por sí misma. Ni siquiera necesita el consentimiento del interesado. Actúa en su condición de institución a la que la Constitución le ha encomendado la defensa de los DDDFF de los ciudadanos.

b) El Ministerio Fiscal o Ministerio Público. El artículo 124 prescribe:

El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

La Constitución Española ha configurado así también al Ministerio Público como garante de los DDFD de los ciudadanos, encargándole de su defensa en su ámbito material “natural”, es decir, la jurisdicción ordinaria, pero no sólo, pues también es parte en los procesos constitucionales. Este “encargo” le ha sido conferido, o bien por la propia Constitución (artículo 162.1.b) como sujeto legitimado para interponer el recurso de amparo), o bien por otras normas de desarrollo (artículos 37 y 47 de la LOTC, que le atribuyen la función de parte en la “cuestión de inconstitucionalidad” y en el recurso de amparo).

En primer lugar, el Ministerio Fiscal, como parte en distintos procedimientos jurisdiccionales (penales, aquellos sociales en los que estén en juego derechos fundamentales, incapacidades, menores, etcétera), puede interponer recurso de amparo ante el TC cuando considere que ha sido vulnerado un DF, tanto de carácter procesal del artículo 24 de la Constitución Española, como cualquier otro de los comprendidos entre los artículos 14 a 30 de la misma Constitución. El recurso sólo puede basarse en la defensa de los DDFD, pero no para defender su posición como acusador público en el proceso penal. Tampoco cabrá fundamentar el recurso de amparo por un exceso de protección del DF por parte del juez, pues —como ya se dijo— no cabe el “contra-amparo”.

En segundo lugar, el Ministerio Fiscal, en todo caso, “intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley” (artículo 47.2, LOTC). Es decir, el Ministerio Público, aunque no haya instado el correspondiente recurso, por la peculiar posición que le otorga el artículo 124 de la Constitución Española, informa, formula alegaciones, en todos los recursos de amparo pudiendo ser así considerado parte de oficio en el mismo. Tanto la sustanciación inicial del recurso como la formulación de alegaciones lo hará de forma autónoma, al margen de los que las partes directamen-

te implicadas manifiesten o deseen, por lo que cabría interponer un recurso de amparo contra la voluntad de las partes intervinientes en el proceso judicial ordinario. Y, por supuesto, su posición como parte “de oficio” lo es como defensor de la “legalidad” (formada por la Constitución y las leyes orgánicas de desarrollo de los DDFF) y no de intereses subjetivos, confiéndole así un carácter institucional de defensor de los derechos fundamentales. En palabras del TC (STC 86/85), el Ministerio Fiscal es una pieza fundamental en la defensa de los DDFF, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos.

En tercer lugar, el Ministerio Fiscal es parte en todas las cuestiones de inconstitucionalidad que eleven los jueces ante el TC. En este supuesto, una vez planteada la cuestión y admitida a trámite, el TC deberá dar traslado de la misma al Ministerio Público, entre otros, a fin de que formule alegaciones (artículo 37.2, LOTC).

Hay que subrayar que el papel del Ministerio Fiscal en el proceso relativo a la “cuestión de inconstitucionalidad” no se limita sólo a la formulación de alegaciones, pues tiene un papel muy relevante en la fase de admisión de la cuestión, en cuanto que el Tribunal podrá rechazar (en trámite de admisión) mediante auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando faltaren las condiciones procesales o fuere notoriamente infundada la cuestión suscitada (artículo 37.1, LOTC).

c) Las minorías parlamentarias. El Parlamento o las minorías parlamentarias en él presentes (50 senadores o 50 diputados) pueden interponer el recurso directo de inconstitucionalidad contra una ley aprobada por las Cortes. En este supuesto la protección lo es del propio Poder Legislativo frente al Poder Legislativo, si bien se trata, como es obvio, del posible control que la minoría puede ejercer sobre la mayoría. Esa es, precisamente, la nota característica o más relevante, en cuanto los DDFF son una materia cuyo uso y disfrute es más propio de las minorías que de las mayorías. Desde este punto de vista, la posibilidad para una minoría de parlamentarios de presentar un recurso de inconstitucionalidad supone una importante garantía en cuanto que, al menos, obliga a la mayoría que apoya al gobierno a pactar con las restantes fuerzas políticas las posibles normas controvertidas si no quieren que la minoría acuda ante el TC solicitando la derogación de la ley vulneradora de los DDFF.

d) La presencia orgánica de miembros del Poder Judicial en órganos no jurisdiccionales. Aunque no se trata de una materia estricta del derecho procesal constitucional, dada la mención que hemos efectuado del Poder Judicial como garante “nato” de los DDFF en el ordenamiento jurídico español, conviene poner de relieve que existen ciertos órganos no jurisdiccionales pero cuya actividad incide de forma notable en ciertos DDFF que se conforman con jueces y magistrados del Poder Judicial. Nos referimos a los jurados de expropiación forzosa, que ventilan asuntos relativos a la propiedad privada; a las juntas electorales, que resuelven materias relativas a todo el proceso de las contiendas electorales; o a la jurisdicción voluntaria en materia de menores e incapaces. La garantía no deriva del procedimiento que se sigue ante los mismos, sino por la composición de dichos órganos, en los que hay una fuerte presencia de miembros del Poder Judicial. Su finalidad es clara: la presencia del órgano judicial no obedece a que éste tenga encomendada la función de tutela jurisdiccional del contenido de los DDFF, sino a reforzar orgánicamente el respeto de las libertades que éstos garantizan.

IV. CONCLUSIONES

Tras haber examinado el conjunto de mecanismos ofrecidos por la Constitución y que tienen engarce con la justicia constitucional, podemos afirmar que el nivel de protección que ofrece el ordenamiento jurídico español a los DDFF es un nivel alto. Se trata de un estándar elevado si se compara con otros supuestos constitucionales. Es una protección integral, omnicompreensiva y completa.

Sin embargo no se trata de una conclusión entusiasta en cuanto que también existen problemas. Esos problemas, a nuestro juicio son, básicamente, dos:

1. Por un lado, el problema que ofrece la aplicación de la jurisprudencia en un sistema de *civil law*, en el que los jueces no están acostumbrados a usar la jurisprudencia como fuente vinculante del derecho, sino tan solo y únicamente como inspiración o modelo para resolver casos similares. La jurisprudencia carece en nuestro ordenamiento del efecto vinculante propio del *common law*. De ahí que nuestra judicatura, a

la hora de aplicar la jurisprudencia del TC —que como ya vimos sí les vincula— no sea especialmente hábil.

2. Por otro, la fuerte sobrecarga que pesa sobre el TC. El retraso con el que el TC resuelve los asuntos que conoce es, ya, endémico. Conocido es el dicho que una justicia tardía no es justicia. Dicho que ha sido elevado a DF procesal: la dilación indebida de los asuntos supone una vulneración de la tutela judicial efectiva.

En consecuencia habría que buscar soluciones a ambos problemas, las cuales son múltiples y cuyo examen excedería de los límites normales del presente artículo, por lo que no podemos entrar a conocerlos, pero sí que es conveniente dejarlos apuntados en cuanto materias que están pendientes de solución (actualmente está en trámite en las Cortes Generales la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precisamente para tratar de paliar esos problemas) y que deben ser objeto de reflexión.

V. BIBLIOGRAFÍA⁴

- BASTIDA FREIJEDO, Francisco *et al.*, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco *et al.*, *Jurisdicción y procesos constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- DÍEZ-PICAZO, Luis Ma., *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas-Thomson, 2003.
- ESTEBAN, Jorge de y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, *Curso de derecho constitucional español*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales (concepto y garantías)*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴ Como ya se dijo al inicio, la bibliografía sobre los DDFF es muy amplia a nivel sectorial, sin embargo no los es tanto a nivel de obras generales o de teorías sobre los DDFF. El estudio a nivel general debe de hacerse en los manuales de derecho constitucional.

- LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.*, *Derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- LOZANO MIRALLES, Jorge, *Tribunal Constitucional. Principios jurídico-organizativos: el aspecto funcional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1996.
- OLIVER ARAUJO, Joan, *El recurso de amparo*, Madrid, Civitas, 1988.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-BOE, 2001.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.