

JUECES, DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Tesis que para obtener el grado de Doctor presenta
Rafael Sarazá Jimena

Dirigida por el Profesor Dr. D. Javier Pérez Royo,
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad
de Sevilla



ISBN 978-84-691-2379-9

Reservados todos los derechos
© Rafael Sarazá Jimena
Universidad de La Rioja

Logroño, 2008

Universidad de La Rioja
Biblioteca Universitaria
C/ Piscinas s/n
26006 LOGROÑO
LA RIOJA – ESPAÑA

E-mail: dialnet@unirioja.es
Página web: dialnet.unirioja.es

ÍNDICE

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1

CAPÍTULO II

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

11

A) CONCEPCIÓN INICIAL DE LOS DERECHOS “FUNDAMENTALES” COMO DERECHOS MULTIDIRECCIONALES.....	11
B) ESCISIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN LOS ÁMBITOS PÚBLICO Y PRIVADO. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS.....	17
C) EL RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA INTER PRIVATOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	22

CAPÍTULO III

DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DERECHOS

FUNDAMENTALES

27

A) DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN	27
B) ¿QUÉ DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA SON DERECHOS FUNDAMENTALES?	33
C) TRASCENDENCIA DE LA UBICACIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS DISTINTAS PARTES DE LA CONSTITUCIÓN.....	37
D) DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y MANDATOS O HABILITACIONES AL LEGISLADOR.....	54
E) ¿SON DERECHOS FUNDAMENTALES LOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO?	61

CAPÍTULO IV

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE

PARTICULARES

91

A) LA EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS	92
B) CRÍTICAS A ESTA TEORÍA.....	95
a. La naturaleza de la Constitución.....	96
b. La asimetría en los riesgos de error.....	97
c. La seguridad jurídica.....	99
d. El riesgo para la libertad individual.....	102
C) LA EFICACIA MEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.....	107
D) CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA EFICACIA MEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.....	115
E) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DEBERES DE PROTECCIÓN.....	119
F) CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DEBERES DE PROTECCIÓN.....	126
G) LA RELACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS TEORÍAS.....	131

CAPÍTULO V

TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	137
A) ALEMANIA.....	137
B) ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ.....	146
C) IBEROAMÉRICA.....	164
a. Argentina.....	165
b. Brasil.....	171
c. Colombia.....	173
d. Chile.....	178
e. Perú.....	180
f. México.....	190
g. Costa Rica.....	191
D) SUDÁFRICA.....	192
E) EL ESPACIO SUPRANACIONAL EUROPEO.....	203

CAPÍTULO VI

**LA SIGNIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO**

	211
A) VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	211
B) CRÍTICAS AL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN.....	227
C) LA REACCIÓN FRENTE A LA DEGRADACIÓN DE LA LEY.....	234
D) REFORZAMIENTO DE LA IMPORTANCIA DEL DESARROLLO LEGISLATIVO EN DETRIMENTO DE LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.....	245

CAPÍTULO VII

**LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS
RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO**

	251
A) LA BASE TEXTUAL.....	251
B) LA OPCIÓN INTERPRETATIVA.....	258

CAPÍTULO VIII

EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

	269
A) EL DOBLE CARÁCTER DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	269
B) LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. EL ARGUMENTO PROCESAL.....	273
C) LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. EL ARGUMENTO MATERIAL.....	277
D) LA INTERFERENCIA DE CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS AL RECURSO DE AMPARO: EL DEBER DE PROTECCIÓN.....	283
E) SOLUCIONES PRÁCTICAS DADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LOS CASOS DE VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS.....	289

F) EL ESPEJISMO DE LA DRITTWIRKUNG.....	293
--	------------

CAPÍTULO IX

**EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS
DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIRTUALIDAD FRENTE A
LAS VULNERACIONES PRODUCIDAS EN LAS RELACIONES
ENTRE PARTICULARES**

A) GARANTÍAS NORMATIVAS O GENERALES Y GARANTÍAS INDIVIDUALES O JURISDICCIONALES.....	297
a. Garantías generales o normativas.....	299
1) Normatividad, aplicabilidad y eficacia directa de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales.....	300
2) Reserva de ley y respeto del contenido esencial.....	303
3) El control de constitucionalidad.....	305
4) Los procedimientos de reforma constitucional.....	307
5) Otras garantías generales.....	307
b. Garantías individuales o jurisdiccionales.....	308
B) EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: AMPARO JUDICIAL Y AMPARO CONSTITUCIONAL	312
a. Dos jurisdicciones pero un único sistema.....	312
b. La polémica sobre la naturaleza de la justicia constitucional.....	326
c. Diferencias y semejanzas entre la actuación del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo constitucional y la actuación de los tribunales ordinarios en su función de protección de los derechos fundamentales.....	330
1) La reserva respecto de los hechos.....	341
2) La limitación del objeto del recurso de amparo: la distinción entre constitucionalidad y mera legalidad.....	347
3) El contenido de la sentencia de amparo en cuanto a las medidas de protección o reparación del derecho fundamental vulnerado.....	359
d. ¿Puede ir el juez ordinario más lejos que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales?	372

e. Significado del requisito de subsidiariedad del recurso de amparo en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales.....	377
f. Carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.....	387
g. La supremacía del Tribunal Constitucional en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y su virtualidad en relación a la vulneración de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares....	393
h. Fricciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios en la protección de derechos fundamentales.....	403
C) LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL JUEZ ORDINARIO, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LAS JURISDICCIONES CIVIL Y SOCIAL.....	417
a. El juez ordinario como garante natural de los derechos fundamentales.....	417
b. La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos ordinarios ante la jurisdicción civil.....	420
c. La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales.....	434
d. La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales en la jurisdicción civil.....	449
1) El proceso para el ejercicio del derecho de rectificación.....	451
2) Las especialidades del proceso de protección del honor, la intimidad, la propia imagen y demás derechos fundamentales.....	455
3) Legitimación.....	460
4) Objeto del proceso.....	464
e. La protección judicial de los derechos fundamentales en la jurisdicción social.....	472
1) Los derechos fundamentarles en la relación laboral.....	472
2) El proceso especial de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social.....	475
3) El ámbito del proceso especial. Los derechos fundamentales protegidos.....	477
4) Atribución del conocimiento de la pretensión al orden jurisdiccional social y a otros órdenes jurisdiccionales.....	479
5) La exclusión de determinadas materias del procedimiento especial de	490

protección de los derechos fundamentales: el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral.....	
6) Las garantías del procedimiento especial: la preferencia y la sumariedad.....	495
7) La legitimación.....	502
8) La intervención del Ministerio Fiscal.....	510
9) El incidente de suspensión del art. 178 de la Ley de Procedimiento Laboral	512
10) Especialidades en materia de prueba.....	516
11) El contenido de la sentencia.....	526
D) LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	532
a. La protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo.....	532
1) Diferencias de la actuación del Tribunal Constitucional como juez de la constitucionalidad y como juez de amparo.....	535
2) Dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo.....	538
3) Legitimación.....	546
4) Objeto del recurso de amparo.....	567
b. La protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo.....	577
1) Art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el requisito del origen público de la lesión del derecho fundamental.....	578
a) La ampliación del concepto de poder público.....	579
b) Diferente valor de la sentencia en relación al acto público objeto de impugnación según que la vulneración de derechos fundamentales se produzca en relaciones jurídico-públicas o jurídico-privadas.....	581
c) El requisito del origen inmediato y directo de la vulneración del derecho fundamental en la actuación judicial y de la independencia de los hechos origen del proceso.....	586
2) Recurso de amparo por vulneraciones en relaciones jurídico-privadas y sentido del fallo del juez ordinario.....	597

3) La línea seguida por el Tribunal Constitucional respecto al amparo en las vulneraciones de derechos fundamentales en el seno de las relaciones jurídico-privadas.....	604
4) Alcance del fallo de las sentencias de amparo en estos supuestos.....	612
5) La cuestión procesal y la cuestión sustantiva.....	616
6) Similitudes y diferencias con el caso alemán.....	619
7) Críticas de la doctrina.....	621

CAPÍTULO X

CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LAS RELACIONES LEGISLADOR-TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-JUEZ ORDINARIO.

EL RIESGO DEL “JUEZ DESVINCULADO”	627
A) LOS RIESGOS PARA EL EQUILIBRIO ENTRE EL LEGISLADOR, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ ORDINARIO	627
B) EL RIESGO DEL JUEZ DESVINCULADO	649

CAPÍTULO XI

APLICACIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES POR EL JUEZ ORDINARIO

A) EL DESARROLLO Y LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL LEGISLADOR	691
a. Necesidad de desarrollo de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales	691
b. Fijación por la ley del nivel de eficacia de los derechos fundamentales	694
c. “Desarrollo” de los derechos fundamentales y “regulación de su ejercicio”	697
d. Desarrollo legal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares	700
B) LA APLICACIÓN DIRECTA POR EL JUEZ ORDINARIO DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES	721

C) ¿QUÉ SOLUCIÓN HA DADO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A SUPUESTOS DE NO DESARROLLO LEGAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES?	729
D) LA APLICABILIDAD DIRECTA POR LOS JUECES ES CONSECUENCIA DEL CARÁCTER DE “DERECHOS” QUE TIENEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	738
E) DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL LEGISLADOR Y TÉCNICAS JUDICIALES DE “APLICACIÓN DIRECTA” E “INTERPRETACIÓN CONFORME”	743
a. Aplicación directa de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales.	743
b. Interpretación del ordenamiento jurídico conforme a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.	748
c. Pervivencia actual de tales técnicas.	755
F) LA FALTA DE DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN.	759
G) LA RESISTENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INACCIÓN DEL LEGISLADOR. EL “CONTENIDO ESENCIAL” DEL DERECHO FUNDAMENTAL, ¿“CONTENIDO MÍNIMO” APLICABLE POR EL JUEZ ORDINARIO?	773
H) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE ENJUICIAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL JUEZ ORDINARIO.	804
I) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LOS LÍMITES INMANENTES.	831
CONCLUSIONES	849
BIBLIOGRAFÍA	889

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

La cuestión sobre la que me he propuesto realizar la tesis es, fundamentalmente, la de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y, especialmente, el papel del juez, del juez constitucional pero sobre todo del juez ordinario, en esta cuestión. El título de “jueces, derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, se debe a que en la tesis se abordan cuestiones atinentes a los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares, al papel del juez en la tutela de los derechos fundamentales, a la más específica tutela judicial de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, a las consecuencias que ello tiene respecto a la función del juez en el Estado constitucional de derecho, etc. Por ello, y por no utilizar un título excesivamente prolijo, he preferido ese más breve y que abarca una amplia gama de cuestiones jurídicas.

No descubro nada nuevo si digo que la evolución del Derecho está marcada por las circunstancias históricas concurrentes en cada momento. En nuestro país, la promulgación de la Constitución fue fruto del paso de un régimen autoritario a otro democrático. De ahí que las primeras preocupaciones de la doctrina, los primeros desarrollos legislativos de la regulación constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas (ya iniciados durante la transición democrática, antes de la promulgación de la Constitución) y los primeros asuntos sometidos al conocimiento del Tribunal Constitucional afectaran principalmente a la vigencia y eficacia de tales derechos y libertades frente a los poderes públicos. Lo urgente en ese momento era asegurar al ciudadano un ámbito de autonomía frente al poder público, que en el largo tiempo de la dictadura se había caracterizado por no respetar derechos propios de las sociedades democráticas como los de libre expresión e información, huelga y sindicación, reunión, manifestación y asociación, entre otros.

Los primeros pasos del legislador y las primeras inquietudes de la doctrina científica se centraron en el desarrollo de tales derechos fundamentales y libertades públicas frente a la injerencia del poder público, iniciado en la época de la transición y durante el proceso constituyente, antes incluso de que la Constitución fuera promulgada. Así, cuando se regularon por primera vez, con un enfoque democrático, aspectos del derecho de huelga, de reunión, manifestación, asociación o de la libertad de información, fue para despenalizar la huelga, las reuniones o manifestaciones pacíficas, suprimir la prisión por impago de multas en materia de orden público así como la doble sanción, penal y administrativa, por un mismo hecho de esta naturaleza, permitir la constitución de asociaciones o partidos políticos sin necesidad de autorización gubernativa y despenalizar tal constitución cuando no tuvieran finalidad criminal o permitir la libre creación de medios de información y limitar, en un primer momento, y posteriormente suprimir el secuestro administrativo y la censura previa de publicaciones: Ley 23/1976, de 19 julio, de modificación del Código Penal en materia de huelga, reunión, manifestación, asociación y libertad de expresión, Real Decreto-ley 6/1977, de 25 enero, que modificó la Ley de Orden Público¹ y suprimió la exigencia de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas impuestas por actos contrarios al orden público y la compatibilidad de sanciones penales y administrativas por un mismo hecho, Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, que limitó la posibilidad de secuestro administrativo de publicaciones previsto en la Ley de Prensa, Ley 54/1978, de 4 diciembre 1978, de Partidos Políticos, Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (que además de establecer procesos especiales de protección de los derechos fundamentales, como se verá más adelante², derogó tanto determinados preceptos de la Ley de Prensa de 1966, concretamente los que autorizaban el secuestro administrativo de publicaciones, como el mencionado Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, que suavizaba pero no eliminaba elementos antidemocráticos del sistema de depósito y censura previa de publicaciones), Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, etc. Se trataba, en definitiva, de aspectos relativos a la eficacia de estos derechos fundamentales frente a los poderes públicos.

¹ Ambas normas, junto con otras, serían finalmente derogadas por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

² *Infra* epígrafe IX-C-c, “la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales”.

Pero una vez pasados esos primeros momentos, y una vez asegurado ese ámbito de libertad del ciudadano frente a toda injerencia injustificada de los poderes públicos, van surgiendo problemas relacionados con otros aspectos del régimen de derechos y libertades fundamentales recogidas en la Constitución, y, en concreto, los que afectan a la eficacia de tales derechos en las relaciones entre particulares (relaciones horizontales, como contraposición a las relaciones verticales, entre poder público y ciudadano).

El primer problema que se plantea es cómo sortear los obstáculos procesales que la regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional presenta al acceso al recurso de amparo de los casos en los que la violación de un derecho fundamental se ha debido a la acción de un particular (es el caso, por ejemplo, de los despidos vulneradores de derechos fundamentales o las intromisiones en el honor o la intimidad causadas por un periodista). De ahí que desde el principio la cuestión relativa a la posible eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones entre particulares ha estado condicionada por esta cuestión procesal. Se trata evidentemente de cuestiones, la sustantiva y la procesal, relacionadas entre sí, pero que hay que diferenciar, no sólo por razones dogmáticas, sino también porque, como se verá, la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas no corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, sino que corresponde en primer término a los jueces y tribunales ordinarios, siendo el recurso de amparo un medio de naturaleza subsidiaria para el caso de que la tutela no se obtenga del juez ordinario. La cuestión procesal es, en todo caso, secundaria y de un interés menor, aunque ha producido y sigue produciendo distorsiones en la cuestión de fondo.

A medida que el abanico de cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales y libertades públicas que se plantean tanto ante el Tribunal Constitucional como ante los tribunales ordinarios se hace más amplio, van surgiendo diversos problemas relativos a la eficacia de tales derechos en las relaciones entre particulares. Son frecuentes en las relaciones laborales, especialmente en relación a discriminación por sexo, religión, ideología, etc. La regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores y otras normas de Derecho laboral soluciona en parte estos problemas, y evita en tales casos de desarrollo legal

tener que acudir directamente a la Constitución para resolverlos. Pero siguen siendo numerosos los supuestos en los que el conflicto planteado entre los sujetos de la relación laboral, con trascendencia constitucional, no encuentra una solución completa en la legislación ordinaria, y en ese caso subsiste el problema de cuál ha de ser la eficacia del derecho fundamental en la relación entre particulares³.

También en materia de Derecho privado “tradicional” (civil y mercantil) empiezan a surgir cuestiones relacionadas con la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: contratos en los que una de las partes ve limitado en mayor o menor medida un derecho fundamental⁴, negativas a contratar por razón de sexo, raza o religión, expulsión o no admisión en asociaciones privadas en base a criterios discriminatorios de los enumerados en el art. 14 de la Constitución, invocación del principio constitucional de igualdad frente a decisiones de juntas de propietarios en régimen de propiedad horizontal⁵, etc.

³ Ver *infra* epígrafe XI-E, “desarrollo de los derechos fundamentales por el legislador...”.

⁴ La primera vez que me planteé hasta qué punto los derechos fundamentales tenían eficacia entre particulares fue cuando, siendo estudiante universitario en Granada, buscando un piso de alquiler con otros compañeros, la dueña de un piso nos exigía que en el contrato se incluyese una cláusula en la que se prohibía que en el piso entraran mujeres. Naturalmente, no aceptamos la exigencia de la arrendadora y alquilamos otro piso sin esas limitaciones, pese a lo cual nuestras relaciones con el otro sexo siguieron siendo un absoluto fracaso. El asunto del alquiler de pisos de estudiantes en Granada parece dar mucho de sí en este tema. Juan José MARÍN LÓPEZ, en “El derecho de ingreso en las asociaciones”, en el libro colectivo *Los alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Casino de Irún, 2000, comenta que cuando él estudiaba Derecho en Granada, era usual que se ofertaran pisos en alquiler y se añadiera el ruego de que se abstuvieran chicos.

⁵ La cuestión objeto de la STC 28/1999, de 8 de marzo, versaba sobre la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, prevista en el entonces art. 7.3 de la Ley de Propiedad Horizontal, que prohibía desarrollar actividades no permitidas en los estatutos, dolosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres (el actual art. 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal se refiere a actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas). No es propiamente una decisión de un particular, la junta de la comunidad de propietarios, como puede ser la aprobación de unos estatutos discriminatorios (que puede vulnerar un derecho fundamental aunque puede ser revisada por un tribunal si el afectado interpone una demanda pidiendo que se declare nula por vulnerar su derecho fundamental o bien opone esta cuestión a la demanda que contra él se interponga para obtener el cumplimiento del acuerdo comunitario) sino que se trata de una sanción civil que necesariamente ha de imponer un tribunal, pero también es cierto que se necesita la instancia de un particular, concretamente de la junta de propietarios a través del presidente de la comunidad, y sobre todo, que para decidir la acción ejercitada hay que ponderar los derechos fundamentales que han entrado en conflicto en estas relaciones de vecindad, el derecho a la libertad de residencia y, en su caso, de propiedad del vecino “incómodo” o “peligroso”, y los derechos a la intimidad, a la integridad física y psíquica, etc, según los casos, de los vecinos afectados por esas actividades. Sobre esta sentencia, “Libertad de residencia y propiedad horizontal”, Gema ROSADO IGLESIAS, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* Vol. III, Parte Estudio, págs. 2619-2634.

En estas materias, el mayor problema para el juez ordinario y para el resto de los operadores jurídicos es la práctica ausencia de un suficiente desarrollo legislativo postconstitucional que dé solución a estas cuestiones. Es en estos casos en los que falta un desarrollo legislativo del desarrollo fundamental que pueda ser utilizado por el juez para solucionar el conflicto sometido a su enjuiciamiento donde con mayor fuerza se plantea la cuestión de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales y donde mayor protagonismo tiene el juez ordinario en la solución del problema. Porque, como afirma algún autor norteamericano, “el verdadero debate sobre si los derechos constitucionales pueden oponerse frente a actores privados se refiere a si los jueces deberían emprender pasos en este sentido sin legitimación legal (*unaided by statute*)”. Sin desconocer la trascendencia que el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares tiene, por ejemplo, para el legislador (vinculado directamente a los derechos fundamentales, art. 53.1 de la Constitución, y que por tanto habrá de llevar a la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales, o a la que de un modo directo o tangencial regule su ejercicio, esta eficacia horizontal de tales derechos), entiendo que los aspectos más problemáticos de esta materia afectan al papel del juez ordinario, al alcance de su función de reconocimiento y tutela de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. De ahí el título del trabajo.

Es indispensable analizar el tratamiento que la cuestión ha recibido por nuestro Tribunal Constitucional, la doctrina y la jurisprudencia. Pero también es importante analizar cómo se ha abordado el tema en otros países, fundamentalmente en Alemania (donde se dio a la cuestión la denominación de *Drittwirkung*, que ha hecho fortuna también en otros países), y también en otros como Estados Unidos, Argentina, Sudáfrica, etc. Porque no es la primera vez que nuestro Tribunal Constitucional acude a soluciones jurídicas adoptadas en otros países para resolver una cuestión de trascendencia constitucional (recuérdese cómo acudió a la doctrina sentada por la sentencia dictada por Tribunal Supremo norteamericano en el caso *New York Times Co. versus Sullivan*⁶ para sentar las pautas básicas de solución al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor). Bueno es, por tanto, saber cómo otros han solucionado el problema, porque alguna enseñanza útil obtendremos.

⁶ 376 US 254 (1964)

Un jurista británico, Andrew CLAPHAM⁷, afirma: “*Drittwirkung* has a kind of sex appeal suggesting something exotic and foreign (at least for non-German speakers)⁸”. Ingo VON MÜNCH⁹ manifiesta que “la *Drittwirkung (made in Germany)* se ha convertido en un artículo de exportación jurídica”. España tampoco se ha sustraído a ese *sex appeal*, y desde la década de los setenta se empezó a debatir y a publicar sobre la cuestión¹⁰. Pero ello no es sinónimo de que se haya avanzado todo lo necesario en la clarificación del problema.

Para nuestro consuelo, lo mismo sucede en otros países, incluso en la propia Alemania, pese a que según Ingo VON MÜNCH¹¹ “la teoría de la *Drittwirkung* indirecta de los derechos fundamentales constituye, en la República Federal de Alemania, efectivo Derecho vigente”, merced a la doctrina consolidada sentada por el Tribunal Constitucional alemán y asumida por los tribunales ordinarios. Ello quizás se deba a la complejidad de la materia, a las múltiples facetas que la cuestión presenta, a los extravagantes resultados a que una visión simplista de la misma puede llevar.

Debe realizarse una precisión antes de analizar con más detalle la cuestión. Aunque de un modo apresurado se habla en ocasiones indistintamente de “eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares” y “eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado o en las relaciones jurídico-privadas”, no puede confundirse una cosa con otra. El Estado, las administraciones territoriales y, en general, los organismos públicos, pueden actuar a veces en relaciones de Derecho privado.

⁷ “The *Drittwirkung* of the Convention”, en K. ST. J. MACDONALD/F. MATSCHER/H. PETZOLD (ed.), *The European System of the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, 1993, pág. 163.

⁸ “La *Drittwirkung* tiene una especie de *sex appeal* que sugiere algo exótico y foráneo, al menos para los no germano-hablantes”.

⁹ “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, coordinado por Pablo SALVADOR CODERCH, Civitas, Madrid, 1997, pág. 30.

¹⁰ Como irónicamente señalan Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO en su libro “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, pág. 39 (un clásico en nuestra bibliografía sobre la *Drittwirkung*), se cita al señor Lüth con una familiaridad llamativa. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de enero de 1958, dictada en el caso *Lüth* suele ser considerada como un hito fundamental en este campo (ver *infra* epígrafe IV-C, “la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”).

¹¹ “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 42.

Es más, como paso intermedio en el fenómeno que Andrew CLAPHAM¹² pone de relieve, consistente en la privatización creciente de servicios y actividades que tradicionalmente eran prestados a los ciudadanos por el poder público y que son progresivamente encomendados a empresas privadas con los consiguientes problemas para la eficacia de los derechos fundamentales que antes se reconocían sin problemas frente al poder público prestador de tales servicios, se produce la actuación del poder público bajo formas jurídico-privadas¹³. En tales casos, de acuerdo con la doctrina alemana, no puede hablarse de *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, ha de hablarse de *Fiskalgeltung* de los derechos fundamentales, que no es otra cosa que la cuestión de si los ciudadanos –incluyendo a las personas jurídicas de Derecho privado- pueden invocar también derechos fundamentales frente al Estado y sus entes públicos cuando no se trate –como en un supuesto normal- de un caso de Derecho público sino de relaciones jurídico-privadas. De acuerdo con Ingo VON MÜNCH¹⁴ la respuesta a la cuestión de la *Fiskalgeltung* puede ser, iusteoréticamente, la misma que la respuesta a la cuestión de la *Drittwirkung*, pero no debe ser idéntica, ya que puede darse una diferencia apreciable, desde el punto de vista jurídico, según que el Estado se relacione con el ciudadano utilizando las formas del Derecho público o «sólo» las del Derecho privado. Sin perjuicio de que, efectivamente, existan diferencias desde el punto de vista jurídico según que el Estado se relacione con el ciudadano utilizando las formas del Derecho público o de Derecho privado (dado que la existencia de tales diferencias es justamente lo que motiva que los poderes públicos prefieran acudir en ocasiones a formas jurídico-privadas para realizar ciertas actividades o prestar ciertos servicios), desde el punto de vista jurídico-constitucional que aquí interesa, creo que ha de dejarse claro que el Estado está vinculado siempre por los derechos fundamentales cualquiera que sea la naturaleza de las relaciones en las que opera¹⁵.

¹² “Human rights in the private sphere”, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, Oxford, 1993, páginas 124 y siguientes.

¹³ En el mismo sentido, en referencia a los Estados Unidos, Erwin CHEMERINSKY, “Rethinking State Action”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 80, núm. 3, 1985, pág. 557. Este artículo está disponible en Internet en la dirección [http://eprints.law.duke.edu/archive/00000802/01/80_Nw_U_L_Rev_503_\(1985-1986\).pdf](http://eprints.law.duke.edu/archive/00000802/01/80_Nw_U_L_Rev_503_(1985-1986).pdf).

¹⁴ “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 27-28.

¹⁵ En este sentido, Luis María DÍEZ-PICAZO, “Sistema de derechos fundamentales”, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pág. 139.

Pero, en todo caso, se trata de cuestiones distintas, puesto que cuando hablamos de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares hablamos de relaciones horizontales, del problema básico de si también en estas relaciones los particulares pueden invocar frente a otros particulares la eficacia de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, mientras que cuando hablamos de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado, aunque en la mayoría de las ocasiones estamos hablando de relaciones entre particulares, puede ser también que se trate de relaciones entre particulares y el poder público cuando éste actúa sometido al Derecho privado (normalmente porque ha adoptado una personificación jurídico privada o porque le es permitido concertar contratos civiles o mercantiles, regulados por el Derecho privado), y ahí ya estamos en presencia de relaciones verticales, en las que se plantea la visión clásica de los derechos fundamentales como garantizadores de ámbitos de libertad e inmunidad del ciudadano frente a los poderes públicos.

Recuerda Luis DIEZ-PICAZO, en el prefacio de su obra “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”¹⁶, que TOYNBEE, el gran historiador inglés, contrapone dos maneras de concebir o de pensar un libro y de situarse frente a él. Una es la rabínica o hebraica, para la cual el libro constituye una verdad que nos es revelada. Sólo lo que está en el libro y todo lo que está en el libro es dogmáticamente cierto. La certidumbre y la verdad son dones gratuitos de los que resultamos beneficiarios por vía de una revelación. Para la concepción helénica, en cambio, un libro es sobre todo un instrumento auxiliar del propio discurso. Es algo que nos suscita palabras o ideas y que, problemáticamente, nos permite que nosotros mismos lleguemos, no sin alguna fatiga, a conquistar un resultado intelectual.

La perspectiva con la que está hecho este trabajo no es desde luego la rabínica, y mucho me alegraría si pudiera acercarse algo a la concepción helénica, y servir en alguna medida para plantear de modo claro determinados problemas y establecer algunas pautas razonables de acercamiento a los mismos que fueran útiles para el lector. Me consuela al menos pensar que en la mayoría de las obras que he consultado sobre la materia se dejan planteadas muchas preguntas, pero se dan pocas respuestas. Si la forma en la que en esta

¹⁶ Volumen I, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1983, pág. 35.

tesis se dejan planteadas las cuestiones y si los parámetros razonables que en ella se apuntan para afrontarlas sirven de alguna ayuda a quien lo lea, me daré por satisfecho.

CAPÍTULO II

LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A) CONCEPCIÓN INICIAL DE LOS DERECHOS “FUNDAMENTALES” COMO DERECHOS MULTIDIRECCIONALES

Afirma Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ¹⁷ que “para un observador imparcial, con un velo de ignorancia sobre la evolución de la cultura jurídica en el mundo moderno, y que hiciera una aproximación exclusivamente racional al tema, resultaría sin duda evidente que los derechos fundamentales regulan tanto las relaciones de los particulares con el poder, como también las relaciones de los particulares entre sí. Sin embargo, esta equiparación no es ni mucho menos evidente, se ha discutido y se ha rechazado, afirmándose por el contrario que los derechos fundamentales son límites al poder, entendido como poder político, y que sólo tienen sentido en las relaciones de Derecho público, entre autoridades, órganos del Estado y funcionarios por una parte y ciudadanos por otra. A este primer problema se ha añadido y, a veces, se ha confundido, otro complementario que es el de la protección de los derechos por el recurso de amparo, y la extensión de esa garantía a las violaciones de los derechos en las relaciones entre particulares”. De la cuestión procesal relativa al recurso de amparo trataremos más adelante¹⁸. Pero ahora es necesario analizar la evolución histórica de los derechos fundamentales para ver cuales son las razones de esta paradoja.

Lo que hoy se entiende como concepción tradicional de los derechos fundamentales, que, como dice PECES-BARBA, los considera exclusivamente como límites del poder público y que sólo tienen sentido en relaciones de Derecho público entre los ciudadanos y el Estado (utilizado este término en un sentido amplio), corresponde al concepto de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos y responde fundamentalmente a

¹⁷ “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid, 1999, pág. 617.

¹⁸ Ver *infra* epígrafe IX-D-b, “la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo”.

su concepción liberal-burguesa en el diseño estatal bismarckiano, encarnada de modo señero en Georg JELLINEK, con su obra “Sistema de los derechos públicos subjetivos”: se trata de derechos creados y reconocidos a los ciudadanos como concesión del Estado, que de este modo se autolimita, otorgando a los particulares un ámbito de libertad y de defensa frente a las injerencias estatales, así como confiriéndoles el derecho de alcanzar determinadas prestaciones del Estado, y a participar activamente en la configuración de la vida estatal. Es la distinción ya clásica establecida por JELLINEK entre el *status negativus sive libertatis*, el *status positivus* y el *status activus sive civitatis*, que se añaden al meramente pasivo *status subiectionis*¹⁹. Si bien el origen de los derechos públicos de los individuos no se sitúa en la Constitución, privada en la época histórica a que nos estamos refiriendo de carácter normativo, sino fundamentalmente en la ley, cuando la Constitución adopta un valor normativo se produce una identificación de los derechos fundamentales con los derechos públicos subjetivos, que de este modo ya no vinculan solamente a los órganos administrativos y judiciales, sino también al legislativo, como norma suprema del ordenamiento jurídico²⁰

Pero un análisis histórico que se retrotraiga a épocas anteriores nos lleva a la conclusión de que no siempre fue así. Afirma María VENEGAS GRAU²¹ que la pertinencia de la consideración de los derechos fundamentales como límites del poder [público] depende de hasta dónde nos remontemos para analizar el origen histórico de estos derechos: si se trata de las libertades afirmadas desde el pensamiento liberal del siglo XIX, especialmente si se piensa en los derechos públicos subjetivos, sí que se podrá afirmar que actúan frente a y contra el Estado. En cambio, si hablamos de los derechos proclamados en las declaraciones de finales del siglo XVIII, esto no resulta tan evidente. Si analizamos las fuentes doctrinales y el contenido de estos textos parece dudoso que los derechos que allí se recogen se pensarán

¹⁹ Georg JELLINEK “Sistema dei diritti pubblici subbiettivi”; traduzione italiana riveduta dall'autore della seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del prof. Vittorio Emanuele Orlando, Società Editrice Libreria, Milán, 1912. Una crítica actual a la distinción entre libertades positivas y negativas puede encontrarse en ALESSANDRO PACE, “Igualdad y libertad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, pág. 59.

²⁰ Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 2000, pág. 168.

²¹ “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, pág.123 y siguientes.

únicamente para las relaciones verticales, entre el individuo y el Estado. Las teorías contractualistas que sirven de fundamento a estas declaraciones, con su distinción entre estado de naturaleza y estado de sociedad, consideran los derechos naturales como derechos entre privados, pues en el estado de naturaleza no existe poder público. El pacto que justifica el origen de la sociedad, y del poder público, no desvirtúa esta situación, sino que tiene como objeto salvaguardar y hacer más eficaces los derechos naturales. Así lo entienden, en nuestra doctrina, autores como Luis PRIETO SANCHÍS, Gregorio PECES-BARBA, Javier BALLARÍN IRIBARREN, y así lo entienden también en la doctrina alemana autores como LEISNER o BLECKMANN, citados por María VENEGAS GRAU, que consideran que en un primer momento los derechos recogidos en esas declaraciones no se presentan exclusivamente como derechos de defensa frente a las injerencias del Estado, sino que se entiende que deben regir igualmente las relaciones entre particulares, exigiendo al poder público que satisfaga un deber de protección. El pensamiento liberal más ortodoxo subraya la necesidad de garantizar la coexistencia pacífica de las libertades en las relaciones privadas y atribuye al Estado una competencia exclusiva para preservar el ejercicio de esos derechos. La tesis de que los derechos fundamentales son derechos frente a los poderes públicos es una tesis atribuible a los llamados “liberales de segunda generación”, pero no propiamente a los autores de la Declaración de 1789. El término “derechos públicos subjetivos”, como hemos visto, es acuñado por la escuela del Derecho público alemán del siglo XIX y desarrollado especialmente por Georg JELLINEK en el “Sistema de los derechos públicos subjetivos”.

Javier BALLARÍN IRIBARREN²² examina esta cuestión, al preguntarse: “¿es efectivamente tan clara esa posición de «terceros» de los particulares respecto de la relación jurídica en que se cifra el contenido de los derechos fundamentales?”. El interés de sus consideraciones justifica su cita literal:

“Para la filosofía contractualista parece que deben más bien invertirse los términos: los derechos del hombre preexisten al Estado y éste nace para su defensa, de suerte que aquéllos se tienen, originariamente, frente a los demás

²² Recensión del libro de Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 285 y siguientes.

hombres y sólo derivativamente frente al Estado, que, por su parte, no sólo debe reconocer los límites que los anteriores imponen a su acción, sino también protegerlos frente a los consociados que pueden violarlos. Así, los derechos naturales a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la búsqueda de la felicidad, son, en primer término, derechos frente a los presuntos «terceros», los particulares, su *Drittwirkung* les es connatural

No es ésta una mera construcción filosófica sin proyección positiva; queda plasmada en la Declaración de Independencia norteamericana y toda la historia legislativa, constitucional y jurisprudencial de la lucha contra la discriminación racial en los Estados Unidos se apoya en aquella misión protectora encomendada al Estado *también* frente a las discriminaciones por obra de particulares (esta concepción se afirma en la decimocuarta enmienda y en la *Civil Rights Act* de 1875, es ignorada en sus implicaciones para la discriminación de origen privado y desviada de su objeto por la Corte Suprema²³, para triunfar, por último, en la jurisprudencia y en la legislación de derechos civiles a partir de 1964).

Si se examina el significado de la revolución liberal a partir de 1789, se advierte, por otro lado, que en modo alguno puede considerarse como mera disolución de un orden político; ésta es instrumental respecto de una revolución social, la disolución del orden estamental, del derecho de privilegios y su sustitución por otro construido esencialmente a partir de nuevos principios que atañen a las relaciones de los ciudadanos entre sí.

²³ Según afirma Víctor FERRERES COMELLA, en su trabajo “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) sobre Derechos Fundamentales celebrado en Iquique, Chile del 7 al 10 de junio de 2001, disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/scomella.pdf>, pág. 6, se trata de una cuestión que, en los Estados Unidos, ha estado vinculada históricamente a un problema de delimitación de poderes entre la Federación y los Estados, concretamente a la invalidación por el Tribunal Supremo de una ley federal, la *Civil Rights Act* de 1875, que prohibía en determinados ámbitos la discriminación racial por parte de los particulares, por un problema de delimitación de competencias entre la Federación y los Estados. Ver *infra* epígrafe V-A, “Estados Unidos y Canadá”.

No creemos que sea exacto describir la proyección jurídica de la revolución liberal con la imagen del «par Constitución-Código Civil visto en figura de dos líneas paralelas (esto es, sin ningún punto en común)» (p. 12²⁴). GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO observan que «el proceso *The Man versus the State* se ve completado con la visión de una sociedad autorregulada compuesta de hombres iguales en los que la autonomía de la voluntad... era el *primum movens* del tráfico» (*ibidem*). Ahora bien, esto significa, precisamente, que la libertad de los ciudadanos y su igualdad jurídica no sólo limitan al Estado, sino que se convierten en los principios ordenadores de la vida social, de las relaciones de los ciudadanos entre sí.

El derecho de propiedad, que ya no es un «derecho fundamental» en nuestro Ordenamiento²⁵, pero que históricamente sirve de modelo a todos los demás, no se agota en la garantía de la previa y justa indemnización, existe también frente a los consociados, no sólo en el sentido obvio de que a todos se prohíbe tomar la cosa ajena sin permiso de su dueño, sino también porque el concepto que del mismo establece la revolución determina nuevas relaciones sociales. Para definirlo como el derecho de gozar de las cosas del modo más absoluto, ha sido preciso previamente proceder en el plano político, de modo revolucionario (sin indemnización), contra las limitaciones que a la propiedad imponía el Antiguo Régimen, declarando «toda propiedad inmobiliaria... franca y libre de todo derecho tanto feudal como censitario» (Decreto de 25 de agosto de 1792). Ha sido preciso, asimismo, eliminar la posibilidad, típica del derecho feudal, de la concurrencia de varios derechos reales, cualitativamente idénticos, sobre la misma cosa, la escisión entre dominio útil y dominio eminente. Este derecho es «sagrado» no sólo porque es inviolable para el

²⁴ La obra objeto de la recensión es “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, de Jesús GARCÍA TORRES y ANTONIO JIMÉNEZ-BLANCO, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1986.

²⁵ Javier BALLARÍN IRIBARREN parte del concepto restringido de derechos fundamentales, que circunscribe éstos a los de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, cuestión que, como se verá (ver *infra* capítulo III, “de qué hablamos cuando hablamos de derechos fundamentales”), también es objeto de discusión en la doctrina, por lo que excluye de la consideración de derecho fundamental al derecho de propiedad, reconocido en la Sección 2ª de dicho capítulo, art. 33.

poder público, sino también porque protege al titular de la prepotencia de los consociados.

Las limitaciones de la autonomía de la voluntad que establecerá el *Code* atienden también a la preservación de la libertad de los ciudadanos en sus relaciones de coordinación; se prohíbe toda primogenitura en materia sucesoria por temor al resurgimiento de la aristocracia, de distinciones sociales que no se basaran, como había dicho la Declaración de 1789, en la «utilidad común»; el artículo 1780 del Código de Napoleón (del que es trasunto el artículo 1583, último inciso, del nuestro) prohibió arrendar los propios servicios si no era por tiempo cierto o para una empresa determinada, expresando el mismo temor al resurgimiento de la servidumbre personal que había hecho decir a la Declaración de Derechos de 1793, «todo hombre puede comprometer su tiempo y sus servicios, pero no puede venderse ni ser vendido, su persona no es una propiedad alienable». En esta última línea podría citarse toda la legislación revolucionaria prohibitiva de los votos religiosos (cuya adopción acarrea, conforme a la Constitución de 1791, la pérdida de la nacionalidad francesa).

Vemos, en general, que el Estado liberal no se limita a establecer, sobre la base de la libertad y la igualdad jurídica, unas reglas de juego cuyos resultados acepte en todo caso, pues se preocupa también de que la dinámica de estos principios no reaccione destructivamente sobre ellos. Los mismos inciden, en este sentido, en las relaciones entre particulares, no ya como «motor» de ellas, sino también como límites a la autonomía de la voluntad.

Creemos que no es preciso prolongar estas consideraciones para llegar a la conclusión de que no hay nada en el concepto general de los derechos fundamentales, considerando la génesis del mismo, que obligue a considerar que, «en principio», se tienen sólo frente a los poderes públicos, que sólo para éstos nazcan de ellos limitaciones de su actuar”.

Otros autores coinciden en esta tesis de la multidireccionalidad de los derechos fundamentales en los albores del constitucionalismo. Walter LEISNER²⁶ llega a la conclusión de que el movimiento revolucionario europeo del siglo XVIII no se dirigió contra el poder absoluto del Estado, ni tuvo origen en una exigencia de limitación de los poderes públicos, sino que surgió del antagonismo frente al privilegio, y por consiguiente se dirigió ante todo contra determinadas formas de la estructura social.

Christian STARCK²⁷ afirma también que si se retrocede a una época anterior a la de los derechos fundamentales como meras garantías frente al Estado, puede afirmarse la pluridimensionalidad del problema de la libertad. El Derecho General Prusiano protege la libertad natural del hombre de “poder buscar y promocionar su propio bien sin detrimento de los derechos de otros”²⁸. Y cita a Carl v. Rotteck, que expresa también la aludida pluridimensionalidad del problema de la libertad.

B) ESCISIÓN ENTRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN LOS ÁMBITOS PÚBLICO Y PRIVADO. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Pero la evolución posterior supone una escisión en la protección de los principios de igualdad y libertad entre los ámbitos público y privado. Alexei Julio ESTRADA²⁹ describe este proceso al afirmar que, en línea con la descripción hecha por BALLARÍN, un influjo de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado no era del todo extraño a la concepción ideológica de la teoría del Estado a partir de la Revolución Francesa. La declaración de 1789 no se dirigía exclusivamente contra las intervenciones estatales, sino que apuntaba también contra los privilegios corporativos y clericales, contra las

²⁶ “Grundrechte und Privatrechte”, Beck, Munich, 1960, páginas 30 y siguientes. Citado por Alexei Julio ESTRADA, en “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, página 31.

²⁷ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 66, septiembre-diciembre 2002, pág. 69 y siguiente.

²⁸ Cláusula parecida a la que utiliza el art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn cuando reconoce que “todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro...”.

²⁹ “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 31.

prerrogativas económicas y sociales en el Derecho privado, tratando de realizar la libertad y la igualdad en el Derecho privado, ante todo frente a los gravámenes personales remanentes del derecho feudal. Pero en Francia, las relaciones de Derecho privado entre los particulares encontraron solución al margen de la discusión general sobre la libertad, jugando un papel determinante el Código napoleónico, como elemento de preservación de la libertad entre los ciudadanos en sus relaciones de coordinación y garante de la autonomía privada. Se escinden de este modo las libertades públicas y las libertades privadas con la creación de dos órdenes distintos: el primero, regido por las declaraciones de derechos, que regulaba las relaciones entre el Estado y los individuos, y el segundo, dominado por el *Code*, como regla fundamental de las relaciones entre particulares.

También Christian STARCK³⁰ se refiere a este proceso, afirmando que aunque la Declaración francesa de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 recoge la concepción pluridimensional de la libertad apuntada por Von Rotteck, sin embargo las relaciones de Derecho privado de los hombres se resuelven cada vez menos, con el transcurso del tiempo, desde la perspectiva de la discusión general de la libertad y de los derechos fundamentales, por obra del positivismo jurídico y de las acertadas codificaciones de Derecho privado que aseguraban la libertad y la igualdad de acuerdo con las circunstancias entonces existentes. Por otra parte, en los Estados Unidos, las declaraciones norteamericanas de derechos formulan el problema de la libertad unilateralmente en la relación Estado-ciudadano, porque se entiende que el *common law* soluciona de modo adecuado los problemas de la libertad entre los ciudadanos³¹.

Pedro DE VEGA GARCÍA³² llama la atención, en este orden de cosas, sobre el correlato entre el Código Civil, como estatuto fundamental de la sociedad civil, inspirado en los dogmas de generalidad, igualdad y autonomía, y la Constitución, como estatuto organizador del Estado.

³⁰ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, pág. 70.

³¹ Esta tesis es también mantenida por el profesor E. CHEMERINSKY, como se verá al tratar la cuestión de la *state action* en los Estados Unidos, *infra* epígrafe V-A.

³² “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pág. 334-335.

Esta tendencia a separar la regulación de las libertades en el orden privado, que atañe a la sociedad, y en el orden público, que atañe al Estado, se consolida definitivamente, según Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ³³, con la construcción jurídica de los derechos que será obra, en el siglo XIX, de la Escuela del Derecho público alemán, situada en el marco del formalismo y del positivismo jurídico. El Derecho privado será un sistema de facultades jurídicas que se apoya sobre la autonomía de la voluntad, mientras que el Derecho público establecerá un sistema de facultades, que revestirán la forma de derechos subjetivos, procedentes de los antiguos derechos naturales, para limitar el Derecho público que es el poder del Estado. Los derechos naturales que en el Estado de naturaleza regían las relaciones entre privados, se disolverán en ese sistema de facultades que son expresión de la autonomía de la voluntad y no se formularán jurídicamente como derechos humanos. Los derechos fundamentales serán los derechos públicos subjetivos en el diseño estatal bismarckiano.

Para Georg JELLINEK³⁴, el carácter público de estos derechos deriva de su naturaleza de concesión estatal. Ello no contradice el principio de soberanía del Estado, dado que el derecho público subjetivo es parte o momento de la soberanía y porque la soberanía no supone poder ilimitado, sino capacidad de autolimitación. Esta limitación es de dos especies: ante todo, el Estado traza una frontera entre sí mismo y la personalidad de sus súbditos, esto es, reconoce una esfera individual libre del Estado, sustraída en principio a la autoridad de éste, en la que se enmarcan lo que denomina “acciones de los súbditos jurídicamente irrelevantes para el Estado”, por lo que junto al *status subiectionis* en el que se encuentra el individuo en virtud de su sumisión al Estado, ha de reconocérsele también un *status negativus*, *status libertatis*. Además, el Estado no sólo reduce negativamente su campo de autoridad, sino que además cumple acciones positivas en interés del individuo, atribuyéndole la capacidad jurídica de exigir la acción del Estado, por lo que, en virtud de su propio ordenamiento jurídico, se obliga a reconocer a sus súbditos la facultad de pretender

³³ “Curso de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 622-623.

³⁴ “Sistema dei diritti pubblici subbietivi”, *cit.*, pág. 98 y siguientes. Robert ALEXY analiza la “teoría del status” de JELLINEK en su obra “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª ed., 3ª reimpresión, Madrid, 2002, pág. 247 y siguientes, y entiende que pese a sus oscuridades y deficiencias, la teoría del status de JELLINEK es “el ejemplo más grandioso de teorización analítica en el ámbito de los derechos fundamentales”.

jurídicamente una prestación estatal (*status positivus, status civitatis*). Por último, JELLINEK reconoce un *status activus*, de la ciudadanía activa, por el que se otorgan por el Estado al individuo capacidades que se encuentran fuera de su libertad natural, como el derecho de sufragio.

Se llega de este modo a la ironía de la historia de que unos derechos fundamentales que surgen como derechos naturales, en relaciones *inter privatos*, pasan a ser considerados sólo en las relaciones ciudadanos-poderes públicos.

Esta situación pervive a lo largo de todo el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, de modo no problemático, con algunas precisiones. La Constitución alemana de 1919, la Constitución de Weimar, garantizaba la protección de los derechos fundamentales frente al Estado, pero con dos excepciones dignas de mención en los arts. 118.1.2º y 159.2 para la libertad de expresión y la libertad de asociación, que fueron protegidas expresamente contra los “poderes sociales” no estatales. Se trata no obstante de excepciones que confirmaron el carácter de derechos dirigidos frente al Estado de los derechos fundamentales³⁵. Los derechos fundamentales eran considerados como garantías subjetivas de libertad frente al Estado, dirigidas sobre todo contra el Ejecutivo. Las intervenciones en los ámbitos de libertad protegidos por los derechos fundamentales sólo eran admisibles mediante o sobre la base de una ley y en la medida en que estuvieran previstas por ésta. No podían resultar de un poder de actuación propio del Ejecutivo (Administración). Los derechos fundamentales eran una “manifestación, realizada de forma casuística, del principio de legalidad de la Administración” (o eran considerados “como expresión del derecho a la libertad frente a cualquier coerción que no se ajustara al principio de legalidad”³⁶), según el cual las intervenciones en la libertad y la propiedad de los particulares precisaban del fundamento legal –y con ello de una participación de la representación popular-. Eran considerados

³⁵ Christian STARCK, “Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, pág. 71. Carl SCHMITT (“Teoría de la Constitución”, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 170-171), analizando el orden jurídico instaurado por la Constitución de Weimar, afirma que los derechos fundamentales son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, derechos que él tiene frente al Estado. Pero también los derechos del individuo en relación con otros individuos tienen que ser considerados como auténticos derechos fundamentales, haciendo referencia entre estos últimos a los derechos de libre manifestación del pensamiento, con libertades de discurso y Prensa, libertad de cultos, de reunión, de asociación y de sindicación.

³⁶ Konrad HESSE, “Significado de los derechos fundamentales” en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Antonio LÓPEZ PINA, Marcial Pons, 2ª ed., 2001, pág. 86.

como meros enunciados programáticos que aún no contienen derecho actual alguno. Una vinculación del legislador mismo a los derechos fundamentales era rechazada mayoritariamente; para él sólo valían como líneas orientativas, “proposiciones programáticas”, en parte a causa de su indeterminación material (había algunos mandatos constitucionales que sin la mediación del legislador eran irrealizables), y sobre todo a causa de la idea de soberanía del legislador estatal recibida del positivismo jurídico-público³⁷.

En la Ley Fundamental de Bonn de 1949, tras la II Guerra Mundial, la regulación de los derechos fundamentales responde fundamentalmente a la concepción liberal que los concibe como derechos de defensa. Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE³⁸ entiende que ello se explica como una respuesta a las elementales lesiones de la libertad de la época nacional-socialista. Es más, según Konrad HESSE³⁹, la regulación de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn supone una vuelta a la tipología más clásica, desde el punto de vista liberal, de derechos humanos y civiles. Se evitó conscientemente incluir regulaciones de la vida económica, social y cultural que trascendieran a tales derechos, como por el contrario se contenían –aunque sólo como programa no vinculante para el legislador, según la interpretación dominante- en la Constitución de Weimar de 1919. También Ulrich SCHEUNER⁴⁰ opina que la Ley Fundamental puso más el acento en los derechos fundamentales como protección frente al poder arbitrario y antiliberal, en reacción a los abusos del poder estatal en el periodo nazi, de modo que, paradójicamente, refleja una mayor influencia del individualismo liberal y menos preocupación por los problemas sociales que su predecesora, la Constitución de Weimar⁴¹.

³⁷ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, pág. 96 y siguientes, y “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, pág. 44, nota 1, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1993, pág. 96 y siguientes.

³⁸ “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 69.

³⁹ “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 87 y “Derecho constitucional y Derecho privado”, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 55.

⁴⁰ “Fundamental Rights and the protection of the individual against social groups and powers in the constitutional system of the Federal Republic of Germany”, en la obra colectiva *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, Tomo III, Edit. A. Pedone, París, 1971, págs. 254-255.

⁴¹ Ignacio de OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid, 1992, pág. 165, añade a esas razones la creencia en la provisionalidad de la organización política occidental, que aconsejaba a limitar a los mínimos la parte material de la Constitución.

Pese a esta vuelta a concepciones más clásicas en lo que se refiere al catálogo de derechos fundamentales incluido en la Constitución, se produce un avance muy importante respecto de la Constitución de Weimar: frente al carácter programático que los derechos fundamentales tenían en la citada Constitución de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn los convierte en verdaderos “derechos” al dotarlos de justiciabilidad, vinculación inmediata de los poderes públicos y en concreto, en lo que se refiere a la vinculación al legislador, exigencia de respeto del contenido esencial del derecho fundamental en su limitación por ley. De modo que, como afirma Herbert KRÜGER⁴², mientras que en el sistema instaurado por la Constitución de Weimar “los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley”, en el instaurado por la Ley Fundamental de Bonn “las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”⁴³.

C) EL RECONOCIMIENTO DE LA EFICACIA *INTER PRIVATOS* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es en este contexto donde ha de analizarse el nacimiento de la teoría de la *Drittwirkung* en la Alemania de los años cincuenta para responder al problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre los particulares. Si bien en el origen histórico de los derechos cuyo proceso de constitucionalización da lugar a lo que hoy consideramos como derechos fundamentales, no existe base que justifique la exclusión del ámbito de las relaciones privadas de la eficacia de los derechos fundamentales⁴⁴, la evolución histórica de los mismos a que hemos hecho referencia (y, en concreto, la separación entre la protección de la libertad y la igualdad en el ámbito privado, que se confiaba a los Códigos por entender que protegían suficientemente esos valores en el orden jurídico privado liberal-burgués, y en

⁴² Citado por Otto BACHOF en “Jueces y Constitución”, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1ª ed., Madrid, 1985, pág. 41.

⁴³ Alfredo GALLEGO ANABITARTE (“Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial -derecho a la educación; autonomía local; opinión pública-“, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid- Editorial Civitas, Madrid, 1994, pág. 56), refiriéndose a su estancia en Alemania durante el curso 1959-1960, afirma que lo primero que se aprendía al llegar a Alemania como estudiante de Derecho público era: en Weimar, derechos fundamentales dentro de las leyes, en Bonn, las leyes dentro de los derechos fundamentales.

⁴⁴ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Curso de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 620.

el ámbito público, frente al Estado, que se confía a la Constitución, concebida como reguladora no de la sociedad, de la comunidad, sino del Estado y de las relaciones de éste con los ciudadanos) hace que en el constitucionalismo de la postguerra la idea de que los derechos fundamentales pueden ser eficaces también en las relaciones *inter privatos* suponga un cambio sustancial respecto de la situación existente en ese momento.

Por tanto, una vez asentada con la Ley Fundamental de Bonn la función de los derechos fundamentales y libertades públicas como garantía de los ciudadanos frente a las injerencias del poder público, que tan dolorosas consecuencias había tenido en el periodo nacional-socialista, y como reconocimiento de un derecho a obtener determinadas prestaciones del Estado y a participar en la vida política, la doctrina y los tribunales alemanes dan un paso más y entran a considerar la eficacia de tales derechos y libertades en las relaciones jurídicas entre particulares, lo que llega a conocerse de modo más o menos pacífico como *Drittwirkung*. Pese a ese origen reciente, la cuestión de si los derechos fundamentales son también eficaces en las relaciones entre particulares ha tenido una difusión inusitada no sólo en Alemania⁴⁵, sino en numerosos países europeos e incluso fuera de Europa (por ejemplo, en el debate jurídico-constitucional parejo a la transición democrática en Sudáfrica).⁴⁶.

⁴⁵ Alfredo GALLEGO ANABITARTE (“Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial -derecho a la educación; autonomía local; opinión pública-“, *cit.*, pág. 56), describe el ambiente eferescente que se vivía en el curso 1959-1960 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich en torno a la *Drittwirkung*, respecto de la que se daban conferencias incluso en locales no universitarios.

⁴⁶ Y no sólo se plantea respecto de los derechos fundamentales reconocidos por las diversas Constituciones nacionales, sino también de los reconocidos en Convenios internacionales: Marc-André EISSEN “La Convention Européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: une mise a jour”, René Cassin, *Amicorum Discipulorumque Liber*, Edit. A. Pedone, París, 1971, tomo III, pág. 151 y siguientes, María Encarna GARCÍA JIMÉNEZ, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales”, en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, Manuel LEZERTUA, “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Perfiles del derecho constitucional a la vida familiar y privada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, Andrew CLAPHAM, “Human Rights in the private sphere”, *cit.*, y “The *Drittwirkung* of the Convention”, *cit.* En el epígrafe V-E, “el espacio supranacional europeo”, analizaré la eficacia entre particulares del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y de los derechos fundamentales del Derecho comunitario.

En definitiva, no debe olvidarse que la idea de que los derechos fundamentales sólo son eficaces en las relaciones entre los ciudadanos y el Estado pues se limitan a proteger ámbitos de libertad y de inmunidad de aquéllos frente a éste, responde a una concepción jurídico-política de un momento histórico determinado, la de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos propia de los Estados liberales burgueses del siglo XIX, pero no es consustancial a la idea de derechos fundamentales en sus orígenes.

Quizás el elemento determinante de que los tribunales y la doctrina comenzara a plantearse en los años cincuenta del pasado siglo XX hasta qué punto los derechos fundamentales debían quedar circunscritos a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado o debían también afectar a las relaciones entre particulares (cuestión que como veremos también se planteó, aunque en otros términos, en lugares tan dispares como los Estados Unidos o Argentina) se deba a que los Códigos decimonónicos, que responden a las necesidades políticas imperantes en los Estados liberales del siglo XIX, ya no sirven tras la II Guerra Mundial para dar respuesta a las exigencias de dignidad, libertad e igualdad, básicamente, que se considera forman parte del estatus de toda persona de un modo multidireccional o pluridimensional, es decir, no solamente frente al poder público, sino en todo el ámbito jurídico de la persona, también en sus relaciones privadas, y muy en especial frente a las amenazas que provienen de los poderes privados. Como en tantos otros campos, la evolución de las sociedades, los cambios políticos derivados del tránsito del Estado democrático liberal al Estado social y democrático de derecho, exigen cambios jurídicos correlativos, a los que se trata de dar respuesta a partir de los años cincuenta en Alemania y más tarde también en otros países.

A modo de resumen, lo que ha ido surgiendo desde las necesidades de cada etapa histórica constituye hoy el estatus de derechos fundamentales democráticos. En su multiplicidad de niveles funcionales, los derechos fundamentales poseen hoy en primer término el carácter de conferir estatus: determinar, asegurar o limitar la posición jurídica del individuo en sus bases y en sus relaciones jurídicas con otros individuos⁴⁷. Y, siguiendo a

⁴⁷ En este sentido, Hans Peter SCHNEIDER, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, enero-febrero 1979, pág. 13.

Javier BALLARÍN IRIBARREN⁴⁸, no hay nada en el concepto general de los derechos fundamentales, considerando la génesis del mismo, que obligue a considerar que, “en principio”, se tienen sólo frente a los poderes públicos, que sólo nazcan de ellos limitaciones en su actuar [de los poderes públicos]. No parece que el intérprete tenga libertad para determinar si derechos como los de inviolabilidad del domicilio, derecho a la vida, a la integridad física, etc., son derechos oponibles *erga omnes*, si limitan también a los particulares. La extensión de la eficacia de los derechos fundamentales es un fenómeno nuevo sólo respecto de algunos (libertad expresión, vg.), pero no de muchos otros: se trata del redescubrimiento de su primer y originario sentido, al compás de amenazas nuevas que proceden de los poderes privados. Por otro lado, la ampliación del catálogo de derechos fundamentales lleva aparejada la inclusión en la categoría de antiguos derechos de la personalidad (como el derecho al honor) cuyo carácter *erga omnes* era pacífico; y, finalmente, los derechos fundamentales en el ámbito laboral nacen desde el comienzo como derechos fundamentales tanto frente a los particulares como frente al Estado. Por tanto, no cabe hablar de la eficacia limitada de los derechos fundamentales (limitada a las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos) como característica general de ellos, como predicado de la categoría en su conjunto. El sentido de los derechos fundamentales se ha ido transformando a lo largo del tiempo, por lo que invocar su función histórica no es argumento suficiente para descartar su vigencia en las relaciones privadas⁴⁹.

En definitiva, la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tiene que ver con otra previa, qué consideración se tiene de los derechos fundamentales. Si se consideran solamente como delimitadores de un espacio de libertad y de indemnidad frente al Estado, es lógico que se les niegue eficacia horizontal; pero el reconocimiento de su eficacia horizontal se producirá si se consideran también como determinantes de un determinado estatus social al que repugna que una persona pueda ser discriminada en las relaciones privadas por ser considerada inferior a causa de su raza, sexo, religión o ideas políticas o represaliada en sus relaciones jurídico-privadas por ejercitar, por ejemplo, su libertad ideológica y de expresión o su derecho a accionar judicialmente.

⁴⁸ Recensión a “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *cit.*, pág. 288.

⁴⁹ María VENEGAS GRAU, “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, *cit.*, pág. 131.

CAPÍTULO III

DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Una cuestión que debe quedar fijada antes de seguir analizando la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es qué entendemos por derechos fundamentales. Pedro CRUZ VILLALÓN⁵⁰ emplea de un modo muy gráfico el título que he utilizado en este epígrafe para iniciar su estudio de la formación y evolución de los derechos fundamentales.

A) DERECHOS FUNDAMENTALES Y CONSTITUCIÓN

Entiende este autor que la “conexión de sentido” de los derechos fundamentales es la Constitución. Los derechos fundamentales nacen con la Constitución y se acaban con la Constitución. Allí donde no hay Constitución no habrá derechos fundamentales. Derechos fundamentales son los derechos subjetivos que encuentran reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica.

Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ⁵¹ critica en este punto concreto a Pedro CRUZ VILLALÓN, al entender que no es imprescindible que los derechos fundamentales, para ser considerados tales, se sitúen en la Constitución puesto que hay países que no tienen Constitución en sentido formal, como es el caso de Gran Bretaña, o en los que sólo se ocupa ésta de la organización de los poderes, como las Leyes Constitucionales de la tercera República francesa, y que sí tienen derechos reconocidos (se entiende que derechos fundamentales). Por tanto, según este autor, si bien los derechos fundamentales, por su

⁵⁰ “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, enero-abril 1989, pág. 36 y siguientes.

⁵¹ “Curso de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 358.

vinculación inmediata con la norma básica, son materialmente constitucionales, y por tanto son inseparables de una idea material de Constitución, no lo son de una Constitución en sentido formal. Sin embargo, el propio PECES-BARBA⁵², al estudiar la evolución histórica de los derechos fundamentales y concretamente su transformación de derechos humanos a derechos fundamentales propiamente dichos, vincula este proceso con el de positivización de los mismos, y ello tanto en Francia, a raíz de la Declaración de 1789, en cuyo art. 16 se afirmaba que “toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”⁵³, y que en varios de sus artículos señalaba la importante función de la ley respecto de los derechos reconocidos en la Declaración (establecimiento de límites, principio de legalidad en el establecimiento de prohibiciones y obligaciones para los ciudadanos, etc.), como en las colonias norteamericanas, en cuyas primeras constituciones suele incluirse un *Bill of Rights*. En lo que a este trabajo interesa, la vinculación entre la Constitución y los derechos fundamentales es imprescindible.

Derivada de la anterior afirmación de que los derechos fundamentales nacen con las Constituciones, afirma CRUZ VILLALÓN⁵⁴ que la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después. En esa fecha, la mayoría de los nuevos Estados libres americanos se dotan de unos notables documentos de contenido complejo, llamados “Constituciones”, integrados por un *Bill of Rights* o “Declaración de derechos” y por un *Frame of Government* o “Estructura política”, siendo la primera la Constitución de Pensilvania, de 16 de agosto de 1776, y teniendo esa misma estructura la Constitución de Vermont de 8 de julio de 1777 y la de Massachussets de 25 de octubre de 1780.

Consecuencia de esta vinculación inescindible entre Constitución y derechos fundamentales es que, como indica CRUZ VILLALÓN⁵⁵, los problemas de los derechos fundamentales son todos ellos problemas de la propia Constitución: eficacia directa y

⁵² *Idem* págs.152 y 158.

⁵³ “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”.

⁵⁴ “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 41.

⁵⁵ *Ibidem*.

consiguiente tutela judicial; limitación de la potestad legislativa y consiguiente control de constitucionalidad; modulaciones del procedimiento legislativo; incidencia en la distribución territorial del poder; delimitación del ámbito competencial de una específica jurisdicción de amparo.

Para Pedro CRUZ VILLALÓN⁵⁶, los derechos fundamentales acaban con las Constituciones, es decir, acaban dentro de los Estados, en el interior del ordenamiento estatal. Aunque en Europa el Convenio Europeo de Derechos Humanos suponía el punto culminante en la protección de los derechos en el ámbito europeo y ha tenido enormes implicaciones en el ámbito interno de los ordenamientos estatales, sin embargo la protección internacional de los derechos en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros sistemas internacionales, como el del Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., supera el marco propio de los derechos fundamentales, por cuanto que al Convenio lo único que le importa es que el ordenamiento interno en su conjunto garantice los derechos, pero no la garantía normativa o el tipo de jurisdicción por medio del cual este resultado se obtenga. En definitiva, afirmaba CRUZ VILLALÓN, los derechos fundamentales son los derechos en cuanto categoría constitucionalmente relevante y el Derecho Constitucional carece de vocación expansiva⁵⁷.

La previsión del art. 10.2 de la Constitución española⁵⁸ no supone atribuir la categoría de derechos fundamentales, en el sentido que le hemos atribuido, a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por España. Los derechos reconocidos en tales tratados no están “constitucionalizados”, al contrario de lo que hacen

⁵⁶ *Idem.*, pág. 42.

⁵⁷ Ello no obstante, y en lo que a este trabajo interesa, se ha producido un curioso fenómeno por el que en virtud del entendimiento de los derechos fundamentales como deberes de protección, la expansión de esta idea a los derechos reconocidos en el Convenio, y la legitimación otorgada a los particulares para acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, se ha producido una cierta eficacia de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no solamente en las relaciones de Derecho público entre los Estados (que al fin y al cabo son las Altas Partes Contratantes en el Convenio, instrumento de Derecho internacional) y los ciudadanos, sino también en las relaciones de los ciudadanos entre sí. Esta cuestión se analiza más adelante, ver *infra* epígrafe V-E, “el espacio supranacional europeo”.

⁵⁸ Este precepto tiene un antecedente remoto en el art. 7 de la Constitución republicana de 1931, que establecía que “el Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo”, y otros más recientes, como el art. 16 de la Constitución portuguesa de 1976. Asimismo, cláusulas similares han sido introducidas en la Constitución de Suecia de 1994 (art. 23) y en las Constituciones de países del Europa central y oriental, como son los casos de las de la República Checa y Rumanía.

las constituciones de otros Estados europeos con los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En virtud del lugar que ocupan los tratados internacionales en el sistema de fuentes del Derecho, y que queda explicitado en el art. 96 de la Constitución al prever que “una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno” y “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”, una ley interna no puede regular una cuestión en forma contradictoria con un tratado internacional ratificado por España. Pero los tratados internacionales sobre derechos fundamentales presentan una naturaleza especial y, sobre todo, tienen una norma constitucional específica como es el citado art. 10.2, por lo que existe una cierta tensión entre considerar que tales tratados internacionales tienen la eficacia que resulta del art 96 de la Constitución, es decir, que contienen una regulación de la materia que no puede ser contradicha por las leyes internas, y considerar que en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución su valor es interpretativo de las normas constitucionales y legales sobre derechos fundamentales, constituyendo una “cláusula de apertura” al Derecho internacional de los derechos humanos, que impide además la “fossilización” de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y permite adaptarla al devenir de los tiempos.

El Tribunal Constitucional ha entendido que en base a dicho art. 10.2 de la Constitución los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España tienen carácter vinculante para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, fj. 4º, 36/1991, de 14 de febrero, fj. 5º, 254/1993, de 20 de julio, fj. 6º), por lo que cuando cualquier tribunal, no sólo el Tribunal Constitucional, ha de aplicar un derecho fundamental que tiene su equivalente en un tratado internacional sobre derechos humanos, está obligado a adoptar la interpretación que sea más acorde con el tratado internacional. De esta forma, el art. 10.2 de la Constitución actúa como una cláusula de apertura de la Constitución al Derecho internacional de los derechos humanos. En la segunda de las citadas sentencias, fj. 5º, el Tribunal Constitucional ha declarado:

“...esta norma [el art. 10.2 de la Constitución] se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso...”

Pero también ha mantenido el Tribunal Constitucional que los tratados internacionales no pueden crear nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento español, por lo que la vulneración de un derecho reconocido sólo mediante tratado internacional, sin equivalente en la Constitución española, no determina la inconstitucionalidad de las leyes ni puede ser objeto de recurso de amparo, sin perjuicio de que tales tratados hayan de servir de canon de interpretación del contenido y alcance de los derechos reconocidos en la Constitución (SSTC 84/1989, de 10 de mayo, fj. 5º, 120/1990, de 27 de junio, fj. 3º, 28/1991, de 14 de febrero, fj. 5º, 64/1991, de 22 de marzo, fj. 4º.a).

Esta función que a tales tratados internacionales sobre derechos humanos atribuye el art. 10.2 de la Constitución ha servido para “enriquecer” el contenido de los derechos fundamentales mediante la incorporación al mismo de otros derechos conexos contenidos en

la Constitución, como ha ocurrido con la incorporación al contenido del derecho fundamental del art. 24 de la Constitución del derecho a la revisión de las sentencias penales condenatorias (en base al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, STC 42/1982, de 5 de julio, fj. 3º), del derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete (en base al art. 6.3.e del Convenio Europeo de Derechos Humanos y al art. 14.3.f del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, STC 181/1994, de 20 de junio, fj. 2º) o la concreción de las garantías procesales de los procesos de extradición (en base al art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo desarrolla, en concreto SSTEDH de 12 de febrero de 1985, caso *Colozza* y 12 de octubre de 1992, caso *T. contra Italia*, STC 147/1999, de 4 de agosto, fj. 4º y 5º)⁵⁹.

No obstante, como se verá al tratar el proceso de constitucionalización de la Unión Europea, puede afirmarse que el seguimiento que el Tribunal Constitucional español hace de la jurisprudencia no sólo del Tribunal de Estrasburgo, sino también del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo en materias como, en lo que a este segundo tribunal respecta, la no discriminación por razón de sexo (SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, fj. 3º, 22/1994, de 27 de enero, fj. 4º, 41/1999, de 22 de marzo, fj. 7º, 240/1999, de 20 de diciembre, fj. 6º, 250/2000, de 30 de octubre, fj. 3º, 253/2004, de 22 de diciembre, fj. 7º) o el principio de legalidad penal en relación a la libre prestación de servicios (STC 137/1995, de 25 de septiembre, fj. 3º)⁶⁰, tiene no solamente una base estrictamente jurídica, la que otorga el art. 10.2 de la Constitución española, sino también un matiz político: la jurisprudencia de estos tribunales constituye hoy en día el *ius commune* de los derechos fundamentales en Europa, por cuanto que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como los Tratados comunitarios, en general y en particular en lo que afecta a los derechos fundamentales, han sido “reescritos” por estos tribunales.

⁵⁹ Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “El recurso de amparo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 61. Más ampliamente sobre este tema, Alejandro SAIZ ARNÁIZ, “La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

⁶⁰ Las materias en las que nuestro Tribunal Constitucional sigue la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son mucho más numerosas que aquellas en las que se sigue la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dada la naturaleza de la competencia de aquél, que se inscribe en un sistema internacional de protección de derechos humanos.

B) ¿QUÉ DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA SON DERECHOS FUNDAMENTALES?

Sentada la vinculación inescindible entre los derechos fundamentales y la Constitución, ha de analizarse qué ha de entenderse por derechos fundamentales en nuestra Constitución. Como pone de relieve Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁶¹, la Constitución utiliza muy variadas denominaciones para referirse a los derechos y libertades en ella regulados. En ocasiones utiliza denominaciones cualificadas, de cierto cuño histórico o comparatístico, y así en el art. 149.1.1º habla de “derechos constitucionales”, en el Preámbulo de “derechos humanos”, en el art. 9.3 de “derechos individuales”, en el art. 10.1 de “derechos inviolables que son inherentes a la dignidad de la persona”, en el art. 65.5 de “derechos políticos” y en el art. 81.1º de “derechos fundamentales y libertades públicas”. También en la denominación de los diversos apartados de la Constitución se emplean diferentes denominaciones, como la de “de los derechos y deberes fundamentales” del Título I, “derechos y libertades” del Capítulo II de ese título, “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” de la Sección 1ª de dicho capítulo, y “de los derechos y deberes de los ciudadanos” de la Sección 2ª también de ese capítulo; “de las garantías de las libertades y derechos fundamentales” es la denominación del Capítulo IV del Título I, y finalmente “de la suspensión de los derechos y libertades”, la del capítulo V de dicho título.

En otros casos, señala Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO⁶², la Constitución utiliza denominaciones no cualificadas, hablando genéricamente de derechos y utilizando una regla de ubicación, bien en un título, capítulo o sección, bien en determinados artículos (es la fórmula empleada en los artículos 54, 20.4, 53.1 y 2, 55.1 y 2 y 13.2). También se utiliza por la Constitución menciones cualificadas unidas a reglas de ubicación (arts. 10.1, 13 y 86.1), o la mención a una determinada sección reguladora de derechos, como es la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, mencionada con especial trascendencia cara a dotarla de una rigidez reforzada a efectos de la revisión constitucional. Finalmente, en otros preceptos la

⁶¹ “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid, 1992, pág. 49 y siguientes.

⁶² *Ibidem*.

Constitución se refiere genéricamente a derechos o a libertades, sin adjetivarlos ni ubicarlos (art. 104.1, 61.1 y 139.1).

Es necesario poner un cierto orden en este maremagnum de citas e invocaciones a derechos y libertades que se contiene en la Constitución, porque no todas ellas se refieren a lo que puede considerarse como derechos fundamentales.

Pedro CRUZ VILLALÓN⁶³ destaca como una específica y peculiar problemática española planteada por la exégesis del art. 81.1 de la Constitución, la «utilización claramente anfibológica» de la expresión «derechos fundamentales» en el lenguaje del Tribunal Constitucional, que encuentra su germen en el lenguaje de la Constitución, que, como se ha visto, no observa un excesivo rigor en de las denominaciones empleadas en esta materia.

En los casos en los que el problema es el de la delimitación de la reserva de ley orgánica, prevista en el art. 81.1 de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, la expresión «derechos fundamentales» se emplea con un carácter restringido para aludir a los referidos derechos y libertades de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I⁶⁴. Así lo ha hecho el Tribunal Constitucional en las SSTC 76/1983, de 5 de agosto, fj 2⁶⁵, 160/1987, de 27 de octubre, fj 3⁶⁶ y 212/1996, de 19 de diciembre, fj. 11º, entre otras.

⁶³ “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 36 a 40.

⁶⁴ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Curso de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 484, coincide con esta apreciación de Pedro CRUZ VILLALÓN

⁶⁵ Dice esta sentencia:

“Esta equiparación entre las materias que pueden ser objeto de recurso de amparo y las que han de ser reguladas por Ley orgánica no resulta constitucionalmente defendible. En primer lugar, el art. 53 CE establece que cualquier ciudadano podrá recabar, a través del recurso de amparo, la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y en la Sec. 1ª Cap. II, mientras que el art. 81.1, al definir las materias propias de Ley orgánica, se refiere al «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», que es precisamente la rúbrica utilizada para designar el conjunto de los artículos comprendidos en la Sec. 1ª Cap. II. Es preciso señalar que la actual expresión contenida en el art. 81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial -"desarrollo de los Títulos I y II CE"- hasta la final aprobada en la Comisión Mixta Congreso-Senado, y que pone de manifiesto la preocupación del legislador constituyente por precisar qué materias dentro del Tít. I habrían de quedar sujetas a reserva de Ley orgánica. Existe, pues, una exclusión expresa del art. 14 en el art. 81.1 CE.”

Pero en otros supuestos más numerosos, cuando la expresión «derechos fundamentales» aparece sin conexión con el problema de la reserva de ley orgánica, el Tribunal Constitucional opera con un concepto más amplio. Así lo ha hecho, desde la STC 25/1981, de 14 de julio, fj 5⁶⁷, cuando ha ido perfilando la dogmática de los derechos fundamentales, en relación con cuestiones de tanto interés como los del doble carácter de los derechos fundamentales, la atribución de su tutela al poder judicial, la aceptación de la idea de su “mayor valor”, al proclamar su carácter de imprescriptible o al abordar el alcance de la *Drittwirkung*.

En otros casos, el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a no ser discriminado del art. 14 de la Constitución es también un derecho fundamental, pese a no estar incluido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, como hace en la STC 7/1983, de 14 de febrero, fj 3º, o cuando en la STC 19/1983, de 14 de marzo, f 2º, al plantearse la cuestión relativa a la titularidad de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional alude directamente “a la mera lectura de los arts. 14 a 29”, por lo que podría entenderse que habría una ampliación del concepto de derechos fundamentales a la Sección 1ª más el art. 14.

⁶⁶ Declara esta sentencia:

“En definitiva, el derecho a la objeción de conciencia, reconocido en el art. 30.2 CE no constituye una excepción a la doctrina citada respecto del art. 81.1, en el sentido de su remisión a los derechos fundamentales a la Sec. 1ª, por lo que procede declarar que el desarrollo legislativo de aquel derecho mediante Ley ordinaria no es contrario a lo que dicho art. 81.1 preceptúa y, por ello, desestimar el recurso en este punto”.

⁶⁷ En esta sentencia, tras declarar que el 53.1 señala que los derechos y libertades reconocidos en el Cap. II Tít. I “vinculan a todos los poderes públicos”, se afirma:

“Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).”

Javier JIMÉNEZ CAMPO⁶⁸ señala que en alguna sentencia, como la STC 56/1982, de 26 de julio, f.º 2º, el Tribunal Constitucional parece vincular la categoría de derecho fundamental a la de ser susceptible de recurso de amparo al Tribunal Constitucional, es decir, los de la Sección 1ª más el art. 14 más la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución, de acuerdo con el art. 53.2 de la Constitución⁶⁹, pero la STC 160/1987, de 27 de octubre, f.º 2º, deja fuera del carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia, de un modo rotundo⁷⁰.

Se observa, pues, que no existe una especial claridad en la delimitación del concepto de derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional. Un relevante sector de la doctrina, entre los que puede citarse a Pedro CRUZ VILLALÓN⁷¹, Javier JIMÉNEZ

⁶⁸ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pág. 20.

⁶⁹ Esta concepción fue criticada por el Magistrado Francisco RUBIO LLORENTE en su voto particular a la STC 26/1987, de 27 de febrero, al que se adhirió el Magistrado Eugenio DÍAZ EIMIL. Se dice en la primera parte de este voto particular:

“Primera.- No comparto en modo alguno la restringida concepción de los derechos fundamentales que se recoge en el f.º j. 4º, ap. a), y que reduce el conjunto de tales derechos al de aquellos que están protegidos por el recurso de amparo.

Esta concepción, que se aparta del uso habitual en la doctrina, obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales (la mayoría de los existentes en Europa occidental, por ejemplo) en los que no existe esa vía procesal y es, a mi juicio, absolutamente incompatible con nuestra propia Constitución que también sustrae a la libre disponibilidad del legislador (art. 53.1) los derechos comprendidos en la Sec. 2ª, Cap. II que son también, por eso mismo, derechos fundamentales y entre los cuales se encuentran derechos de libertad tan decisivos como el de contraer matrimonio (art. 32) o el de elegir profesión u oficio (art. 35) o garantías de instituto tan importantes para los individuos y para la estructura de nuestra sociedad como son la de la propiedad privada (art. 33) o la negociación colectiva laboral (art. 37)”.

⁷⁰ Afirma esta sentencia:

“El Tribunal Constitucional, sin embargo, se ha pronunciado ya por el entendimiento de que «los derechos fundamentales y libertades públicas» a que se refiere el art. 81.1 CE son los comprendidos en la Sec. 1ª Cap. II Tít. I de su Texto (STC 76/1983 de 5 agosto), exigiéndose, por tanto, forma orgánica para las leyes que los desarrollen de modo directo en cuanto tales derechos (STC 67/1985 de 26 mayo), pero no cuando meramente les afecten o incidan en ellos, so pena de convertir a las Cortes en «constituyente permanente» con la proliferación de Leyes Orgánicas (STC 6/1982 de 22 febrero).

Lo expuesto nos lleva a una primera conclusión: el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los arts. 15 al 29 de la Constitución (Sección 1.ª del Capítulo II, Título I) relativos a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales, ya que el derecho, nominatim, no está, en efecto, en esta lista constitucional de derechos.”

⁷¹ “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, cit., pág. 39.

CAMPO⁷², Manuel MEDINA GUERRERO⁷³, Jesús GARCÍA TORRES⁷⁴, Javier PÉREZ ROYO⁷⁵ o Manuel ARAGÓN REYES⁷⁶, entiende que lo determinante para delimitar el concepto de derechos fundamentales es el art. 53.1 de la Constitución, es decir, los rasgos de vinculación inmediata de los poderes públicos, reserva de ley en la regulación de su ejercicio (estando excluida además la utilización del Decreto-Ley, art. 86.1º de la Constitución), con respeto del contenido esencial y, por contraposición al art. 53.3 de la Constitución, tutela judicial. Por tanto, derechos fundamentales son los “derechos y libertades” del Capítulo II del Título I de la Constitución, que incluye tanto al art. 14 como a las secciones 1ª y 2ª de dicho capítulo.

Así pues, otras características tales como la tutela judicial reforzada y el acceso al recurso de amparo constitucional, la reserva de ley orgánica, la rigidez reforzada para su reforma (no son susceptibles de la “reforma” constitucional del art. 167 de la Constitución, sino solamente de la “revisión” constitucional del art. 168 de la Constitución), etc., no otorgan el carácter de “fundamental” a los derechos, sino que constituyen un “contenido accidental” de tal “fundamentalidad”.

C) TRASCENDENCIA DE LA UBICACIÓN DE LOS DERECHOS EN LAS DISTINTAS PARTES DE LA CONSTITUCIÓN

Ahora bien, siendo los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I, tanto en el art. 14 como en las secciones 1ª y 2ª, “fundamentales”, su estatuto constitucional no es el mismo, debido a ese diferente “contenido accidental” a que se ha hecho referencia.

⁷² “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 27.

⁷³ “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. XIII

⁷⁴ “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, en revista *Poder Judicial*, núm. 10, junio 1988, pág. 12 y siguientes.

⁷⁵ “Curso de Derecho Constitucional”, 9ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 284 y siguientes.

⁷⁶ “Problemas del recurso de amparo”, pág. 148, en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Así, pueden distinguirse varios niveles de derechos fundamentales determinados por el diferente “contenido accidental”:

1) Derechos de la Sección 1ª del Capítulo II, arts. 15 a 29: el art. 168.1º de la Constitución les dota de un especial rigidez al proceso de reforma (lo que lleva a Javier PÉREZ ROYO⁷⁷ a calificarlo de “revisión” y no de “reforma” constitucional); su desarrollo ha de realizarse por ley orgánica (art. 81.1 de la Constitución, estando excluida también expresamente la posibilidad de utilización del Real Decreto legislativo en base a lo previsto en el art. 82.1 de la Constitución), con respeto al contenido esencial (art. 53.1); están garantizados ante los tribunales ordinarios no sólo como el resto de los derechos tutelables ante los tribunales, es decir, por procedimientos ordinarios, sino también por un proceso basado en principios de preferencia y sumariedad y “en su caso” a través del recurso de amparo.

2) Derechos a la igualdad y no discriminación del art. 14 y objeción de conciencia al servicio militar del art. 30.2 de la Constitución: no están dotados de la “rigidez” a efectos de su revisión constitucional que deriva del art. 168.1, ni es preciso su desarrollo por ley orgánica, pero como un “plus” sobre las características enunciadas con carácter general para los derechos fundamentales, el primero de ellos ha de ser tutelable ante los tribunales no sólo por procedimientos ordinarios, sino también por un proceso basado en principios de preferencia y sumariedad y “en su caso” a través del recurso de amparo, siendo aplicable éste último también a la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución (aunque por el art. 1 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, se ha extendido a la objeción de conciencia el recurso contencioso-administrativo especial, preferente y sumario, de protección de derechos fundamentales)⁷⁸.

⁷⁷ “Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 182 y 592.

⁷⁸ Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Curso de derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 368, incluye en esta categoría a aquellas otras objeciones, como la de los médicos a practicar el aborto, que se equiparen a la objeción al servicio militar por Tribunal Constitucional en base a la libertad ideológica art. 16.1 de la Constitución, pero entiendo que la tesis no es correcta, por cuanto que si las objeciones de conciencia distintas a la del servicio militar del art. 30.2 pueden ser integradas en la libertad ideológica o religiosa del art. 16.1º, tendrán la protección que tienen todos los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título II, pero si no pueden ser integrados en ese precepto constitucional, no son derechos fundamentales.

3) Derechos de la Sección 2ª del Capítulo II, arts. 30 a 38, salvo la objeción de conciencia al servicio militar: reserva de regulación de su ejercicio por ley, sin necesidad de que sea orgánica, con respeto a su contenido esencial, y tutela judicial, mediante los procesos ordinarios, sin tutela por proceso especial preferente y sumario ni recurso de amparo.

Este distinto “estatuto constitucional” plantea el problema de si las distintas categorías o niveles suponen una jerarquía entre esas categorías, problema que hay que asociar con el hecho, destacado por Luis María DÍEZ-PICAZO⁷⁹, de que la Sección 2ª del Capítulo II recoge sobre todo derechos de naturaleza económica (propiedad, herencia, libre empresa, etc.), lo que hace que detrás del debate exista un conflicto ideológico acerca de la intensidad de protección constitucional que merecen elementos básicos de la economía de mercado.

En relación a estos derechos, sobre los que no conoce el Tribunal Constitucional en amparo y por tanto no existe un cuerpo de jurisprudencia constitucional como el contenido en las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales previstos en el art. 53.2 de la Constitución, se plantean ciertos problemas respecto de su naturaleza de derecho fundamental. Los derechos fundamentales de esta Sección 2ª relativos a instituciones jurídico-privadas (arts. 32, 33, 34, 38) usan términos del ordenamiento jurídico subconstitucional (propiedad, herencia, fundación, matrimonio, empresa). En estos preceptos, la Constitución “toma prestados conceptos preexistentes en la teoría y en el metalenguaje de los juristas; o, si se prefiere decirlo de otro modo, los toma prestados del acervo de las tradiciones existentes en la comunidad jurídica en el momento de su promulgación”, tradiciones que llevan a una evolución desde el concepto ultraliberal del Código Civil napoleónico hasta una situación más equilibrada en la que influyen la doctrina social de la Iglesia, los movimientos socialistas y obreros en general de los siglos XIX y XX, los movimientos de reforma agraria, las exigencias del desarrollo urbanístico, etc⁸⁰, y que

⁷⁹ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 60-61.

⁸⁰ A esta evolución hace referencia la STC 37/1987, de 26 de marzo, fj. 2º: “...esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito”. También es significativa de la

asimismo incorpora determinadas instituciones derivadas del progreso industrial y tecnológico y que se plasman en la incorporación de propiedades “especiales” o “inmateriales”, como las relativas a la propiedad industrial e intelectual. Estas instituciones preexisten a la Constitución y constituirían el contenido esencial de estos derechos, lo que no significa “que tales conceptos queden cristalizados, esclerotizados o imposibilitados de evolución. Los conceptos que la Constitución recibe, y las instituciones que reconoce y garantiza, son básicamente de configuración legislativa. El problema radica... en saber cuáles pueden ser los límites de la acción legislativa en esta evolución”⁸¹.

No obstante, se observa en esta sección lo que se ha denominado en alguna ocasión “inflación de declaraciones constitucionales”, que muchas veces se limitan a remitirse a la regulación legislativa (por ejemplo, el art. 34 de la Constitución, derecho de fundación). Esta inflación provoca dificultades para distinguir entre derechos constitucionales y normas constitucionales con otras funciones.

Los derechos, y entre ellos los derechos fundamentales, otorgan esfera de poder o de indemnidad frente a los poderes públicos y frente a otros individuos y gozan de determinada protección jurídica. Pero hay muchas declaraciones de la Sección 2ª del Capítulo II de Título I de la Constitución que, por sí mismas, no otorgan esfera de poder alguno ni están protegidas mediante acciones judiciales. Por ejemplo, no existe propiamente un “derecho fundamental de fundación” o un “derecho fundamental a la herencia”, ni siquiera un “derecho fundamental de propiedad” tutelable en base a su reconocimiento constitucional. Lo que en este aspecto parece que la Constitución garantiza es la existencia, con contenido esencial⁸², de ciertas instituciones, de manera que el legislador ordinario no puede abolirlas

tensión ínsita en tal evolución la afirmación que Javier PÉREZ ROYO realiza (“Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 237) en el sentido de que “el término Constitución Económica nace, pues, para defender 1789 frente a 1917, para defender la propiedad privada frente a la posible socialización de la misma”.

⁸¹ Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 1258 y siguientes. En la redacción de esta parte del trabajo referida a los derechos relativos al Derecho privado de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución he utilizado también las notas tomadas en la conferencia que sobre la Constitución y el Derecho privado pronunció el profesor Díez-PICAZO en el Parlamento de Andalucía el 9 de julio de 2003 en el ciclo sobre el 25 aniversario de la Constitución.

⁸² Que a los derechos de esta Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución les es aplicable la institución del “contenido esencial” del art. 53.1 de la Constitución es afirmado expresamente en la referida

ni regularlas de modo que sean irreconocibles para lo que, según los juristas, significa esa institución, o desconociendo los intereses jurídicos protegidos. Como veremos más adelante, son características más propias de las garantías institucionales que de los derechos fundamentales⁸³.

En cuanto a la herencia, por ejemplo, nadie tiene un derecho fundamental a la herencia, en todo caso tendrá un *ius delationis* a la herencia a la que ha sido llamado, tutelable mediante acciones ordinarias, pero no puede decirse que uno tenga un derecho genérico, tutelable judicialmente, a la herencia, como sí se tiene al honor o a la libertad de movimientos o a la libertad religiosa o ideológica. Se trata simplemente del reconocimiento de la institución jurídica del fenómeno sucesorio, respecto de la que el legislador tiene una amplísima libertad (de ahí la diversidad de regímenes sucesorios existentes en el Derecho común y en los forales, y las especialidades que debilitan el sistema legitimario que, por ejemplo, se contienen en la Ley 41/2003, de 18 noviembre 2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad).

En lo que respecta a la propiedad, ocurre algo similar. Para el profesor DÍEZ-PICAZO⁸⁴ su reconocimiento constitucional significa que no sería suficiente con sistemas que reconocieran exclusivamente algún tipo marginal de propiedad privada, como era la propiedad “personal” de los antiguos países del Este pues, como resulta del reconocimiento de libertad de empresa de art. 38 de la Constitución, ha de reconocerse la posibilidad de propiedad privada sobre medios de producción⁸⁵. Pero es un derecho que no tiene otras garantías jurídicas que las garantías legales ordinarias. Parece difícil que alguien accione la protección de su “derecho fundamental de propiedad” de modo distinto al ejercicio de las

STC 37/1987, de 26 de marzo, fj. 2º y en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, fj. 5º. Respecto del contenido esencial del derecho de propiedad del art. 33 de la Constitución y la diferencia de una categoría de contenido esencial aplicable genéricamente a la institución de la propiedad privada y el contenido esencial en los diferentes estatutos de propiedades “especiales”, relativo a diferentes categorías de bienes, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *idem*, pág. 1264.

⁸³ La doble naturaleza del derecho de propiedad reconocido en el art. 33 de la Constitución, como derecho individual y como institución, es afirmada expresamente por el Tribunal Constitucional en la STC 204/2004, de 18 de noviembre, fj. 5º.

⁸⁴ Así lo afirmó en la conferencia a que me he referido en una nota anterior.

⁸⁵ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, *cit.*, pág. 1263, y asimismo en la conferencia citada.

acciones ordinarias derivadas de las normas legales que regulan, de diversa forma y en relación a distintos aspectos, el derecho de propiedad.

En definitiva, la mayoría de los “derechos fundamentales” de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución tiene un extenso desarrollo legislativo (propiedad, herencia, fundación, matrimonio). Parece difícil realizar una invocación directa de tales derechos fundamentales en un litigio para defender una determinada pretensión, en vía de acción o de oposición a la misma. Dada la existencia de esta extensa y prolija regulación legal, no parece posible que el juez aplique directamente la regulación constitucional del derecho fundamental, eludiendo la aplicación de la legislación que lo desarrolla. En todo caso, si considera que tal legislación no respeta el contenido esencial de tal derecho fundamental, lo que tendrá que hacer es plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

Su naturaleza parece, pues, más propia de las garantías institucionales⁸⁶. Además, los preceptos sobre derechos de contenido económico que se contienen en esta sección no pueden ser contemplados aisladamente, pues hay que contextualizarlos con los elementos de la democracia social se contienen en otras partes de la Constitución, concretamente la cláusula del Estado social y democrático de Derecho del art. 1, la remoción de los obstáculos que impiden la real igualdad de los ciudadanos en la vida económica del art. 9.2, la vía que el art. 38 abre para que los poderes públicos defiendan la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, y la previsión contenida en los arts. 128 y 131 de que toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general, el reconocimiento de la iniciativa pública en la actividad económica, que mediante ley se puede reservar al sector público recursos o servicios esenciales, y que el Estado, mediante ley, puede planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza del país y su más justa distribución⁸⁷.

⁸⁶ El propio Tribunal Constitucional ha declarado en alguna ocasión (por ejemplo, STC 83/1984, de 24 de julio, f.º 3º) que en el art. 38 de la Constitución “predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional”.

⁸⁷ Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, *cit.*, pág. 1257-1258. Afirma al respecto la citada STC 37/1987 en su f.º 2º:

Podría entenderse que en estos derechos fundamentales de significación económica, el criterio para diferenciar el derecho fundamental del derecho de legalidad ordinaria es el de su nivel de generalidad. El reconocimiento constitucional del derecho de propiedad, de fundación, a la herencia, de libertad de empresa, supone un reconocimiento “general” de tales derechos, de manera que una ley que impidiera u obstaculizara gravemente con carácter general la iniciativa empresarial privada, o la creación de fundaciones, o la sucesión *mortis causa*, o la propiedad privada sería inconstitucional (si lo hiciera respecto de ciertas categorías de sujetos podría ser inconstitucional tanto por infracción del correspondiente derecho fundamental de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I como por infracción del derecho de igualdad y a no ser discriminado del art. 14 de la Constitución). Pero el derecho subjetivo que cada sujeto tiene en los supuestos concretos no es tanto el derecho fundamental sino el derecho “ordinario” a la propiedad, a la sucesión, de fundación, de actuación empresarial (creación de la empresa, contratación de trabajadores, celebración de otros contratos necesarios para el funcionamiento de la empresa, etc.), determinados por la regulación legal de esos derechos, y será tal regulación legal la que deberá haber respetado el derecho fundamental. Si se acepta este criterio de la “generalidad” como determinante del carácter fundamental de estos derechos⁸⁸, no tiene ya tanta trascendencia que los mismos

“la incorporación de tales exigencias a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula. En este orden de cosas, hay que recordar: que el art. 128.1 de la Constitución subordina toda la riqueza del país, «en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad», al interés general; que el art. 40 impone a todos los poderes públicos la obligación de promover «las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa», así como realizar una política orientada al pleno empleo; que el art. 45 ordena a los poderes públicos para que velen «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»; o que, finalmente, el art. 130 exige asimismo de los poderes públicos que atiendan a la «modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura y la ganadería ...». Es claro, en consecuencia, que, de acuerdo con las Leyes, corresponde a los poderes públicos competentes en cada caso delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes”.

⁸⁸ Referido principalmente al ordenamiento jurídico norteamericano es sostenido por Carol ROSE (“¿Quién es responsable por los derechos fundamentales. Algunas perspectivas del presente y del pasado”, pág. II-11, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política -SELA- sobre Derechos Fundamentales celebrado en Iquique, Chile, del 7 al 10 de junio de 2001, disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/srose.pdf>). Para esta autora, el derecho fundamental es el derecho a poseer

estén privados de protección a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, puesto que lo determinante será su regulación en las leyes ordinarias, y su respeto a las exigencias constitucionales está garantizado a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad.

Otro derecho fundamental de la Sección 2ª del Capítulo II que suscita problemas de este orden es el derecho al trabajo del art. 35 de la Constitución. En palabras de la doctrina iuslaboralista, se trata de un derecho sobre el que recaen ciertas sospechas sobre su impracticabilidad⁸⁹, o cuyo reconocimiento constitucional no es sino una fórmula mágica o una voz vacía de contenido normativo⁹⁰. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en las contadas ocasiones en que ha tenido ocasión de pronunciarse⁹¹ ha entendido que el derecho al trabajo constitucionalizado en el art. 35 de la Constitución incluye lo que se denomina “libertad de trabajar”, es decir, un derecho genérico a incorporarse a la vida laboral, así como la igualdad de oportunidades a un puesto de trabajo concreto si se cumplen los requisitos de capacitación, y, una vez obtenido, un derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa⁹². El Tribunal

propiedad en general, no el derecho a esta o aquella propiedad específica, esta casa o aquella granja, el derecho a contratar en general, no sólo a hacer un contrato específico para poner una nueva ventana en mi casa, el derecho a participar en empresas, no sólo el derecho a regentar una estación de servicio. Por ejemplo, dice esta autora, cuando las mujeres en el siglo XIX impulsaron la aprobación de leyes a favor de la propiedad de la mujer casada, estaban reclamando un derecho fundamental. Por ello, manifiesta, el derecho fundamental no es ese derecho específico a una u otra cosa, sino de orden superior: es el derecho a protección, lo que podría enlazarse con la concepción de los derechos fundamentales, en cuanto a su eficacia en las relaciones entre particulares, como mandatos de protección (ver *infra* epígrafe IV-E, “los derechos fundamentales como mandatos de protección”).

⁸⁹ Antonio BAYLOS GRAU, “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pág. 20.

⁹⁰ José Luis MONEREO PÉREZ y Cristóbal MOLINA NAVARRETE, “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, José Luis MONEREO PÉREZ, Cristóbal MOLINA NAVARRETE y Mª Nieves MORENO VIDA (dir.), Comares, Granada, 2002, pág. 291.

⁹¹ Sobre todo al resolver cuestiones de inconstitucionalidad (como es el caso, por ejemplo, de las SSTC 22/1981, de 18 de febrero, 58/1985, de 30 de abril, 227/1998, de 26 noviembre), al carecer de tutela mediante el recurso de amparo, aunque en ocasiones el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este derecho fundamental con ocasión de recursos de amparo interpuestos en relación a una relación jurídico-laboral y en petición de tutela de otro derecho fundamental, como el de igualdad y no discriminación del art. 14 (por ejemplo, STC 20/1994, de 27 de enero).

⁹² STC 22/1981, de 18 de febrero, fj. 8º. También el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa contiene en la Carta de Derechos Fundamentales un precepto, el II-90, denominado “protección en caso de despido injustificado”, según el cual “todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido

Constitucional⁹³ ha ligado el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo con extremos tales como la causalidad en el despido, la necesidad de que el mismo se configure como un acto empresarial rescisorio con exteriorización formal, exteriorización que permite justamente hacer visible la causa del despido, y sometido a tutela jurisdiccional. Así, aunque reconoce que se trata de un derecho de configuración legal⁹⁴, puede entenderse que estas notas básicas que el Tribunal Constitucional reconoce al despido como derivadas del art. 35.1 de la Constitución (acto causal, acto formal y sometido a control jurisdiccional) integran su contenido esencial y quedan por tanto excluidos de la configuración legal que el legislador le otorgue, por lo que, por ejemplo, nunca podría ser constitucional el despido libre o *ad nutum*⁹⁵.

Ahora bien, no puede desconocerse que estas notas del derecho al trabajo en su aspecto “individual” quedan seriamente desdibujadas tanto por la existencia de lo que el Tribunal Constitucional⁹⁶ ha denominado el aspecto “colectivo” del derecho al trabajo, que sería el principio rector de la política económica y social del art. 40.1 consistente en la promoción por los poderes públicos de condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica y la realización de una política orientada al pleno empleo, como por la existencia de otros derechos fundamentales, como el de libertad de empresa del art. 38 de la Constitución, con los que se encuentra en tensión.

En relación a lo primero, el aspecto “colectivo” del derecho al trabajo puede justificar políticas públicas que en aras a la promoción del pleno empleo limiten el derecho individual

injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

⁹³ STC 20/1994, de 27 de enero, fj.2.

⁹⁴ “El tema conductor de este litigio discurre por los campos de las relaciones de trabajo, cuya sede constitucional es el art. 35 de la Ley suprema y cuya configuración se defiere al legislador” (STC 20/1994, de 27 de enero, fj.2).

⁹⁵ “[L]a inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE)...” (STC 20/1994, de 27 de enero, fj. 2º).

⁹⁶ STC 22/1981, de 18 de febrero, fj. 8º.

al trabajo de algunos trabajadores, por ejemplo mediante jubilaciones forzosas⁹⁷. Asimismo, esta justificación de la búsqueda del pleno empleo (sin perjuicio de que la misma se haya revelado en muchos casos más aparente que real, a la vista de sus consecuencias) ha llevado a desdibujar esas notas de acto causal, formal y susceptible de control judicial, reduciendo la causalidad en la extinción de la relación laboral mediante la facilitación legal de la temporalidad en el empleo, debilitando los efectos del despido como acto formal o introduciendo una disuasión indirecta a la impugnación en vía judicial del despido al hacer recaer sobre el impugnante la carga del tiempo de duración del proceso (reforma de la regulación de los salarios de tramitación en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores operada por el art. 2.3 de Ley 45/2002, de 12 diciembre)⁹⁸.

Como limitación derivada del reconocimiento de la libertad de empresa en el art. 38 de la Constitución, las exigencias que del art. 35 de la Constitución se derivan en cuanto a la causa y forma del despido y a su control jurisdiccional no se proyectan con toda intensidad sobre la respuesta del ordenamiento jurídico frente a un despido ilegítimo que no se ajuste a las previsiones normativas, puesto que no se exige en todo caso de despido ilegítimo la reintegración forzosa en el puesto de trabajo como consecuencia de la estabilidad en el empleo que deriva del art. 35 de la Constitución, puesto que si el despido es improcedente por no estar justificado o no haberse cumplido los requisitos de forma, el empresario puede por regla general optar por la indemnización como alternativa a la readmisión.

⁹⁷ Aunque el Tribunal Constitucional ha negado que ello suponga una limitación del “aspecto individual” del derecho al trabajo protegido en el art. 35.1 de la Constitución por el “aspecto colectivo” enunciado en el art. 40.1 de la Constitución, habiendo considerado que se trata de limitar el derecho al trabajo de unos trabajadores para facilitar el derecho al trabajo de otros. La STC 22/1981, de 18 de febrero, fj. 8º, declara al respecto:

“La política de empleo basada en la jubilación forzosa es una política de reparto o redistribución de trabajo, y como tal supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de ella se limita temporalmente al primero el ejercicio del derecho individual al trabajo mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo el ejercicio de ese mismo derecho. La limitación del derecho que la política de empleo a través de la jubilación forzosa lleva implícita no tiene, por consiguiente, su origen y justificación en la realización de una política económica de pleno empleo; de aquí que no pueda afirmarse que con ella se limita un derecho reconocido en el artículo 35 de la Constitución en aras de un principio orientador de política económica recogido en el artículo 40 de la misma”.

⁹⁸ Antonio BAYLOS GRAU, “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, *cit.*, pág. 38.

Ahora bien, pese a su carácter de derecho de configuración legal, en ocasiones se han extraído consecuencias directas del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo como derecho fundamental en el art. 35 de la Constitución. Ello se ha hecho a veces por la doctrina, al entender, por ejemplo, que si el derecho al trabajo en su vertiente individual impide ser despedido sin justa causa, ello no sólo tiene consecuencias en el campo legislativo, en el sentido de impedir una regulación legal que permita el despido libre o *ad nutum*, sino que puede tener consecuencias en el caso concreto sometido a proceso judicial. Si se estuviera en el caso de un despido sin causa alguna, en la más pura arbitrariedad, habría de ser considerado, a efectos de declarar su nulidad radical como un despido vulnerador de un derecho fundamental⁹⁹, y no de otro que justamente el derecho al trabajo del art. 35. Asimismo, en ocasiones los órganos judiciales han deducido en ocasiones consecuencias directas de dicho precepto constitucional para reconocer algún derecho a un trabajador¹⁰⁰.

En lo que se refiere a su eficacia en las relaciones entre particulares, algunos de estos derechos recogidos en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I son traídos con frecuencia a colación para intentar justificar las limitaciones de otros derechos fundamentales, normalmente el derecho a no ser discriminado del art. 14 y otros derechos de la Sección 1ª tales como el derecho a la intimidad, la libertad de expresión o el derecho de autodeterminación informativa, entre otros, de los que son titulares, respectivamente, los particulares situados en uno de los polos de la relación jurídica controvertida. El Tribunal Constitucional así lo ha considerado en conflictos de trascendencia iusfundamental producidos en relaciones laborales. En estos conflictos, mientras que la posición del

⁹⁹ Arts. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

¹⁰⁰ El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia de 7 de febrero de 1990 (BverfGE, 81, 242 [252 y siguientes]) basó en el derecho fundamental a la libre elección de profesión, que también está recogido en el art. 35 de la Constitución española, el amparo concedido a un agente comercial que había sido condenado por la jurisdicción ordinaria por incumplir la cláusula de no competencia durante los dos años siguientes al cese de la relación contractual existente en el contrato que firmó con la empresa demandante. María Luisa BALAGUER CALLEJÓN (“Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, nota al pie núm. 43), hace referencia a una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 2 de Málaga en una situación de carencia del periodo de cotización mínimo exigido por la ley para acceder al derecho a la prestación por jubilación. El Juez de lo social aplicó de modo concurrente los arts. 35.1 y 41 de la Constitución en relación a los arts. 9.2 de la Constitución, 3.1 y 1116 del Código Civil, estimando la impugnación del trabajador a la resolución denegatoria de la prestación, por entender que el trabajador, que fue demandante de empleo de modo ininterrumpido, se encontró con un impedimento insuperable pese a su voluntad. Aquí se hizo derivar el derecho del trabajador, entre otras razones, de su derecho fundamental al trabajo reconocido en el citado art. 35.1 de la Constitución.

trabajador pretende normalmente sustentarse en el derecho a no ser discriminado (despidos discriminatorios), el derecho a la intimidad personal (instalación de sistemas de grabación audiovisual en el centro de trabajo), en la libertad de expresión (sanciones laborales, incluso el despido disciplinario, por declaraciones de trabajadores) o el derecho de autodeterminación informativa (formación de bases de datos personales en la empresa o utilización indebida de los datos procesados por la empresa con otros fines), la actuación del empresario en el ejercicio de sus potestades organizativas o disciplinarias pretende sustentarse en la libertad de empresa (art. 38) en relación al derecho de propiedad (art. 33). Es verdad que el ejercicio de estos últimos derechos de la Sección 2ª está mucho más mediatizada por el desarrollo legal, esto es, por lo general no se pretende tanto la aplicación “directa” del precepto constitucional como el sustento del ejercicio de facultades empresariales previstas y reguladas en la ley ordinaria en una base iusfundamental que permita confrontarla, en igualdad de plano, a la alegación de ejercicio de derechos fundamentales por parte de los trabajadores, que muchas veces sí que ha de ser sustentada directamente en el precepto constitucional relativo al derecho fundamental ante la ausencia de un desarrollo legal (como ocurría con la cuestión de los despidos disciplinarios o las bases de datos en la empresa antes de la regulación legal de la cuestión, o como sigue ocurriendo con la cuestión de los sistemas de grabación audiovisuales instalados en el centro de trabajo o la libertad de expresión en el seno de la empresa, carentes de desarrollo legal).

Mientras que autores como Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ¹⁰¹ asocian la clasificación de los derechos fundamentales en distintas categorías con el establecimiento de una jerarquía entre los mismos, o, como Luis María DíEZ-PICAZO¹⁰², con la atribución por el constituyente a los derechos de la Sección 1ª de una mayor importancia axiológica y un *plus* de justiciabilidad derivada de la protección judicial reforzada, otros autores, como Teresa FREIXES SANJUÁN¹⁰³ o Javier JIMÉNEZ CAMPO¹⁰⁴ niegan esta diferencia de valor. Entiende este autor que la protección constitucional reforzada o cualificada de un

¹⁰¹ “Curso de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 367 y siguientes.

¹⁰² “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 60.

¹⁰³ “Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978”, PPU, Barcelona, 1992, pág. 116.

¹⁰⁴ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, págs. 18 y 57 y siguientes.

derecho no expresa un “mayor valor” del mismo, sino, sencillamente, una reflexión de experiencia: la garantía más intensa se proyecta sobre los derechos más vulnerables, por haber sido los más vulnerados en el pasado inmediato. Y afirma la existencia de lo que llama un “principio de equivalencia” entre los bienes y derechos constitucionales que excluye todo intento de introducir jerarquizaciones internas en la Constitución, cuestión esta que tiene trascendencia a la hora de ponderar los derechos fundamentales o bienes iusfundamentales en conflicto en las relaciones entre particulares.

Se plantea la doctrina¹⁰⁵ si otros derechos reconocidos por la Constitución fuera del Capítulo II del Título I pueden ser considerados como derechos fundamentales. Fuera de este capítulo se reconocen otros derechos, como por ejemplo el derecho de asilo del art. 13.4 o la no discriminación por razón de filiación del art. 39.2 de la Constitución, e incluso fuera del Título I la Constitución reconoce el (derecho de) sufragio universal, libre, igual, directo y secreto (art. 68.1), el acceso a la función pública según criterios de mérito y capacidad (art. 103.3), el acceso a los archivos y registros públicos (art. 105), etc. Los derechos que se reconocen directamente o implícitamente en estos preceptos constitucionales, ¿son propiamente derechos fundamentales?.

Entiendo que siendo determinantes, a efectos de atribuir a un derecho el carácter de fundamental, las notas de vinculación directa de los poderes públicos, reserva de ley con respeto del contenido esencial y tutela judicial efectiva, y no entrando dichos derechos en el ámbito de aplicación del art. 53.1 de la Constitución (que expresamente se refiere a los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución), no pueden ser considerados propiamente derechos fundamentales, sin perjuicio de la trascendencia del “mayor valor” que supone su reconocimiento constitucional, y sin perjuicio del carácter normativo de tales preceptos constitucionales, como ocurre con la totalidad de la Constitución (art. 9.1 de la Constitución).

¹⁰⁵ Pedro CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, *cit.*, pág. 40, Luis María Díez-PICAZO, *“Sistema de derechos fundamentales”*, *cit.*, pág. 52 y siguientes.

No puede olvidarse que, como pone de relieve Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER¹⁰⁶, siendo positivo el amplio reconocimiento de los derechos fundamentales en un sistema político, hay que ser muy conscientes de que un régimen jurídico riguroso de los mismos, sobre todo cuando son muy numerosos, introduce notables rigideces en un sistema jurídico. Sin perjuicio de que exista cierto fluido, ciertos puentes de conexión, entre los derechos fundamentales y el resto de la Constitución, los derechos reconocidos fuera del Capítulo II del Título I de la Constitución no pueden ser considerados propiamente como derechos fundamentales¹⁰⁷.

Esta última cuestión, que ha sido tratada por el Tribunal Constitucional a la hora de decidir si derechos situados fuera de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, del art. 14 y del 30.2 podían ser objeto del recurso de amparo *per relationem*¹⁰⁸, se plantea respecto de determinadas normas constitucionales situadas fuera del Capítulo II del Título I que, se entiende, complementan alguno de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha realizado una cierta “ampliación” de los derechos fundamentales (a efectos del recurso de amparo) mediante el “enriquecimiento” del contenido del art. 24 de la Constitución con normas y principios procedentes del Título VI de la Constitución (justicia gratuita¹⁰⁹, motivación de las sentencias¹¹⁰, acción popular¹¹¹, cumplimiento de las resoluciones judiciales en sus propios términos¹¹², etc.), en ocasiones al utilizar los tratados internacionales sobre derechos fundamentales como canon hermenéutico en base al art. 10.2 de la Constitución¹¹³, o del principio-derecho de igualdad y no discriminación del art. 14 en relación a otros derechos de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I o incluso a principios rectores del Capítulo III de dicho Título I de la Constitución (no discriminación por razón de

¹⁰⁶ “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 66-67.

¹⁰⁷ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, pág. 89-90 lo afirma respecto de los derechos fundamentales de la Sección 1ª, pero lo mismo puede afirmarse del resto de derechos fundamentales.

¹⁰⁸ Esta cuestión se trata más ampliamente en el epígrafe IX-D-a-4, “objeto del recurso de amparo”.

¹⁰⁹ STC 117/1998, de 2 junio, fj. 3º.

¹¹⁰ STC 75/2000, de 27 marzo, fj. 5º

¹¹¹ SSTC 64/1999 y 79/1999, ambas de 26 abril, y las sentencias citadas en el fj. 2º de la segunda de ellas.

¹¹² STC 148/1989, de 21 septiembre, fj. 2º.

¹¹³ Ver *supra* epígrafe III-A, “derechos fundamentales y Constitución”.

sexo en las relaciones laborales, art. 35¹¹⁴, igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, art. 39.2¹¹⁵) dado que el derecho reconocido en el art. 14 de la Constitución podría considerarse que tiene un contenido instrumental referido siempre a otros bienes jurídicos o derechos, fundamentales o no, en relación a los cuales ha de darse la igualdad o no discriminación. El Tribunal Constitucional ha considerado también susceptibles de amparo *per relationem* determinados derechos tales como el derecho a crear partidos políticos, que pese a su mención específica en el art. 6 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha declarado que es susceptible de amparo constitucional a través de la invocación del derecho fundamental de asociación del art. 22¹¹⁶, el derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 de la Constitución, que el Tribunal Constitucional ha vinculado al derecho de sindicación del art. 28.1 de la Constitución¹¹⁷, o el ejercicio de la iniciativa legislativa popular el art. 87.3 de la Constitución, que el Tribunal Constitucional ha vinculado con el derecho a la participación en los asuntos públicos del art. 23.1 de la Constitución¹¹⁸.

Pablo PÉREZ TREMPs¹¹⁹ distingue tres supuestos distintos de “extensión” del contenido de ciertos derechos a previsiones contenidas en otras partes de la Constitución:

- 1) Cuando se acoge en el seno de algún precepto regulador de un derecho fundamental manifestaciones particulares del derecho a las que se hace alusión en otros preceptos de la Constitución, lo que constituye más que una “extensión”, una “concreción” del derecho.
- 2) Cuando se acoge realidades íntimamente unidas al contenido del derecho protegido, lo que supone propiamente un supuesto de “extensión” del objeto del derecho fundamental.

¹¹⁴ STC 145/1991, de 1 julio, f. 3º

¹¹⁵ STC 80/1982, de 20 de diciembre

¹¹⁶ STC 3/1981, de 2 de febrero, f. 1º.

¹¹⁷ STC 184/1991, de 30 de septiembre, si bien en este caso estamos hablando de derechos que se encuentran todos ellos reconocidos en el Capítulo II, por lo que más que una “expansión” del contenido de los derechos fundamentales se trata de una extensión de la posibilidad de amparo.

¹¹⁸ ATC 428/1989, de 21 de julio.

¹¹⁹ “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 66 y siguientes.

3) Cuando se integran contenidos del derecho específicamente reconocidos en la Constitución, normalmente en derechos de configuración legal, lo que supone un supuesto de “integración” del objeto del derecho.

Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁰ se muestra tajante sobre este particular: dentro del Capítulo II no siempre hay derechos fundamentales, pero fuera del mismo nunca los hay, por imperativo del art. 53.1 de la Constitución y sin perjuicio de las conexiones sistemáticas de los derechos allí enunciados con otras reglas y principios constitucionales. Es posible que la infracción de una regla ajena a dicho capítulo, como aquellas a las que el Tribunal Constitucional ha extendido el amparo *per relationem*, cause una lesión de un derecho fundamental, pero ello no convierte en derecho fundamental a lo enunciado en esa regla, cuyo contenido no goza de las garantías del art. 53.1 de la Constitución.

Por último, no pueden ser considerados derechos fundamentales los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución, por cuanto que, sin que ello suponga desconocer la importancia del reconocimiento de tales principios en la Constitución, carecen de la garantía del “contenido esencial” y de la tutela judicial directa, no pudiendo ser invocados directamente ante la jurisdicción ordinaria, sino sólo de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen¹²¹.

Sobre este particular, debe ponerse de manifiesto que la característica de tutela judicial directa o inmediata de que gozan los derechos fundamentales no se debe a su característica de “fundamentales” sino a su cualidad de “derechos”. Ante el debate sobre el carácter programático o normativo de la Constitución y si había o no una justiciabilidad inmediata y directa de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se pronunció desde el primer momento por el carácter normativo de la Constitución (por ejemplo, en las

¹²⁰ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 33 y siguientes.

¹²¹ Para Luis María Díez-PICAZO (“Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 63), la invocabilidad directa de la mayor parte de las previsiones de este capítulo conduciría a un resultado perverso y absurdo: la determinación del gasto público correspondería a los jueces, y ello no sólo sería antidemocrático, sino incompatible con una gestión mínimamente eficiente de la Hacienda Pública. Sin embargo, otros autores han llamado la atención sobre los riesgos de quitar todo valor jurídico a los denominados derechos sociales (en este sentido, Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid, 2002).

SSTC 80/1982, de 20 de diciembre y 81/1982, de 21 de diciembre), por considerar que “la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos” (STC 22/1984, de 17 de febrero, f.º 3º), y por la justiciabilidad directa de los derechos fundamentales: “los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo “ (STC 39/1983, de 17 de mayo, f.º 2º).

Afirma Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²² que la característica de justiciabilidad inmediata que se predica de los derechos fundamentales suele vincularse a la idea de que no existe derecho sin remedio jurisdiccional y a lo previsto en el art. 53.2 de la Constitución respecto de la tutela judicial reforzada y amparo constitucional. Pero, respecto de este segundo argumento, la Constitución seguiría enunciado derechos fundamentales aunque dicho precepto fuera suprimido, como también es posible identificar derechos fundamentales en aquellas Constituciones que carecen de previsión específica para la protección jurisdiccional cualificada de algunos o todos los derechos de este tipo. Los derechos fundamentales han de considerarse integrados por el conjunto de las vías y remedios procesales que preexisten, acompañan y siguen a la entrada en vigor de la norma constitucional. La justiciabilidad es un criterio para identificar, con carácter general, el derecho subjetivo y también el derecho creado por la Constitución, hasta el extremo de que la privación legislativa de defensa jurisdiccional lesionaría el propio contenido del derecho fundamental comprometido y no sólo el genérico derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución). Su condición de “fundamentales” no se la atribuye ni el art. 24.1 ni, como refuerzo del mismo, el art. 53.2 de la Constitución, sino la propia norma constitucional declarativa, en cada caso, del derecho. En definitiva, la tutela jurisdiccional no hace “fundamentales” a ciertos derechos; los hace, sencillamente “derechos”.

¹²² “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 22 y siguientes.

D) DERECHOS FUNDAMENTALES, GARANTÍAS INSTITUCIONALES Y MANDATOS O HABILITACIONES AL LEGISLADOR

Otra cuestión a la hora de intentar delimitar qué consideramos derechos fundamentales es la relativa a que no todo lo regulado en el Capítulo II del Título I son derechos fundamentales. Junto a derechos propiamente dichos, que por tener los preceptos que los regulan dicha ubicación han de ser considerados fundamentales en virtud de lo previsto en el art. 53.1 de la Constitución, en estos preceptos se regulan también garantías institucionales y mandatos o habilitaciones al legislador, como ocurre, por ejemplo, en los arts. 16.3, 17.3 y 4, 18.4, 20.3, 25.2, 26, 27 en varios de sus apartados, 30.2, 3 y 4, 32.2, 35.2, 36, 37.2, 38, entre otros.

Para examinar qué son las garantías institucionales hay acudir a la Constitución de Weimar. Aunque ya la Constitución de Prusia de 1850 había regulado en su Título II (“de los derechos de los prusianos”) las tres instituciones consideradas básicas en este Estado, el Ejército, la Iglesia y la Escuela, es en la Constitución de Weimar y en el debate doctrinal a que la misma dio lugar cuando este concepto es desarrollado de modo más extenso. La segunda parte de la Constitución de Weimar, que contenía la parte dogmática de la Constitución (“derechos fundamentales y deberes fundamentales de los alemanes”) contiene un conjunto abigarrado de preceptos de distinta naturaleza. De acuerdo con Pedro CRUZ VILLALÓN¹²³, pueden distinguirse tres tipos de preceptos: los relativos a derechos tradicionales, los que regulan una pluralidad de materias, con frecuencia con alguna conexión con un derecho fundamental, pero otras veces sin ella, y los que establecen objetivos de carácter social. Los preceptos del segundo grupo son los que regulan lo que se dio en llamar “garantías institucionales”, si bien los mismos tienen una estrecha relación con los derechos fundamentales.

La expresión “garantía institucional” se presta a una utilización anfibológica. De un lado, “garantía institucional” es la institución o el instituto mismo objeto de la garantía; de otro, es la determinada garantía de que se dota a la institución o al instituto en cuestión.

¹²³ “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 54 y siguientes.

En cuanto al primer aspecto, algunas de estas instituciones son de Derecho privado (el matrimonio, la familia, la propiedad, la herencia) y otras de Derecho público (la autonomía local, el régimen de la función pública o la libertad de enseñanza como base de un “derecho fundamental de la Universidad”). En relación a las instituciones de Derecho privado garantizadas en la Constitución de Weimar, la inserción de estas garantías en la Constitución supera la autonomía e incluso primacía material del Derecho privado respecto del Derecho constitucional existente anteriormente. Konrad HESSE¹²⁴ afirma que la razón de dicha garantía constitucional de instituciones de Derecho privado es que, frente a lo que sucedía en el siglo XIX, esos fundamentos del Derecho privado que integran las referidas garantías institucionales ya no resultaban indiscutibles. En el radicalismo de la fase revolucionaria, y también más tarde, habían encontrado una oposición que había de ser tomada en serio, por lo que su incorporación a la Constitución como instituciones garantizadas supone la prohibición de que el legislador ordinario las aboliera. En este mismo sentido, Carl SCHMITT¹²⁵ entiende que la regulación constitucional de las garantías institucionales tiene la finalidad de hacer imposible una supresión en vía legislativa ordinaria. Asimismo, algunas de estas previsiones constitucionales tienen una función de guía, como ocurre con el mandato al legislador para la igualación de los hijos no matrimoniales o con el principio de que el matrimonio se basa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

Indica Pedro CRUZ VILLALÓN¹²⁶ que la primera formulación fue realizada por Martín WOLFF, al destacar en la propiedad su carácter de “garantía de instituto”. El dato es importante porque pone de manifiesto, primero, la estrecha conexión material con los derechos y, segundo, el objetivo perseguido: si el constituyente ha pretendido realizar una “operación de salvamento” al incorporar a la Constitución determinados institutos, dicha pretensión resultaría ilusoria si en definitiva el respectivo precepto constitucional no vinculase en modo alguno al legislador. De lo que se trata, pues, es de salvar la normatividad del precepto sobre la base de identificar un contenido institucionalizado social e incluso jurídicamente reconocido (lo que parece llevar a la idea de tradición jurídica). Por su parte,

¹²⁴ “Derecho constitucional y Derecho privado”, *cit.*, pág. 49.

¹²⁵ “Teoría de la Constitución”, *cit.*, pág. 175.

¹²⁶ “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 59 y siguientes.

Carl SCHMITT entiende que una garantía institucional no es un derecho fundamental, pero sí con frecuencia un elemento complementario, un “añadido” al mismo (garantías conexas o complementarias).

En cuanto al segundo aspecto, la concreta garantía de la que se pretende dotar a ese instituto o institución previamente identificados, es, para Pedro CRUZ VILLALÓN¹²⁷, lo mismo que “contenido esencial”, un “contenido esencial” *avant la lettre*, porque entonces no existía como tal, y ello es así porque el “contenido esencial” es precisamente una derivación de la “garantía institucional” en su contenido adjetivo. Y cita a Hans TOMA cuando dice: “las reiteradamente mencionadas garantías de instituto son prohibiciones dirigidas al legislador, jurídicamente eficaces, de rebasar en la conformación de un instituto aquellos límites extremos, más allá de los cuales el *instituto como tal* quedaría aniquilado o desnaturalizado... Con frecuencia quiere la Constitución dotar incondicionadamente de fuerza constitucional... al instituto mismo, es decir, a un mínimo de aquello que constituye su esencia”. Por tanto, una vez “identificado” un instituto es posible conceptualmente aislar una imagen del mismo sustraída a la disponibilidad del legislador, y la “garantía institucional” permite fijar los límites de la intervención del legislador en la configuración de los derechos, los “límites de los límites”. Ello supone, en el sistema de la Constitución de Weimar, en el que los derechos fundamentales propiamente dichos eran presentados como simples “giros en el vacío” porque la mayoría de los mismos contienen, con una fórmula u otra, una remisión al legislador que los convertía en una mera encarnación del principio de legalidad, que para que un derecho pueda ver preservado algún contenido frente al legislador tendrá que conseguir *presentarse* como instituto, pues sólo en la medida en que quepa elaborar un “contenido institucional” del derecho será éste resistente al Parlamento.

Carl SCHMITT intentará extender de forma general la protección de la garantía institucional a los derechos en forma de lo que podría denominarse “garantía institucional en negativo”: es posible identificar una imagen arquetípica de las distintas leyes reguladoras y limitadoras del ejercicio de los derechos y libertades, con lo que tendríamos un “instituto normativo”, es decir, un tipo de norma identificable que permitiría apreciar la ilegitimidad

¹²⁷ *Ibidem*

constitucional de aquellas leyes de desarrollo de un derecho que no se correspondieran con ese arquetipo.

Es por ello que para CRUZ VILLALÓN¹²⁸, la previsión en el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn de un “contenido esencial” del derecho fundamental que en ningún caso podrá verse afectado por la ley que lo limite, es el último paso en el desarrollo de la “garantía institucional” de la Constitución de Weimar¹²⁹.

Indica Javier JIMÉNEZ CAMPO¹³⁰ que la regulación del art. 53.1 de la Constitución, que como hemos visto es básico a la hora de delimitar qué son derechos fundamentales, no es de aplicación necesaria a aquellos enunciados del Capítulo II de la Constitución que no definen derechos fundamentales alguno sino, más bien, garantías de los propios derechos o mandatos al legislador.

En el mismo sentido se pronuncia Ignacio de OTTO Y PARDO¹³¹, resaltando que al no serle de aplicación a las garantías institucionales la reserva de ley prevista en el art. 53.1 de la Constitución para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, la regulación de estas garantías sólo estará reservada a la ley cuando así lo establezca el específico precepto constitucional en que se regule. Es esta la razón por la que la STC 83/1984, de 24 de julio, resolvió que la regulación del ejercicio de las profesiones u oficios o de las actividades empresariales no estará sujeta a reserva de ley más que si así lo exige una norma específica (como ocurre con las profesiones tituladas en virtud de la previsión del art. 34 de la Constitución), pero no en otro caso, por no tratarse de un derecho fundamental, sino de una garantía institucional.

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ En este sentido, indica Teresa FREIXES SAN JUAN (“Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos”, *cit.*, pág. 46) que aunque en la construcción de Carl SCHMITT la diferencia entre derecho fundamental y garantía institucional es clara, hoy existen opiniones identificativas de ambas categorías y que la existencia de los “institutos” jurídicos y su función frente al legislador puede ser considerada el antecedente de la fórmula que tanto la Ley [Fundamental] de Bonn como la Constitución española de 1978 contienen sobre la prohibición de entrar en el contenido esencial de determinados derechos.

¹³⁰ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 32.

¹³¹ “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 99 y siguientes.

Para Antonio JIMÉNEZ-BLANCO¹³² la mención por el Tribunal Constitucional de la garantía institucional ha tenido siempre un evidente propósito de rebajar la eficacia práctica del alcance del correspondiente precepto constitucional. Al mencionarla en las sentencias que resuelven recursos de amparo, en que el actor pretende el reconocimiento de su derecho o libertad (art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), el desdibujamiento de su carácter de derecho subjetivo implica la desprotección por esta vía, considerada la más enérgica y perfecta. La garantía institucional, pues, si bien sirve como técnica de protección en el ámbito de la organización de los poderes públicos, en el campo de los derechos fundamentales, y no deslindada de la visión objetiva de los mismos, concluye en la rebaja de su contenido y eficacia, primero porque no hay recurso de amparo, segundo, porque el derecho fundamental ofrece más resistencia a la acción del legislador, frente a la mayor vulnerabilidad de la garantía institucional¹³³.

Ahora bien, la cuestión se complica bastante por varias razones. En primer lugar, es necesario distinguir entre institución garantizada en la Constitución e institución que ha sido simplemente “prevista” en la Constitución sólo para reconocer respecto de ella, en tanto subsista, determinados derechos, como ha hecho la STC 86/1982, de 23 de diciembre, fj 3º y 4º, y 63/1987, de 20 de mayo, fj 6º, respecto de los medios públicos de comunicación social.

Un segundo problema es que las fronteras entre lo que son garantías institucionales y mandatos o habilitaciones al legislador, de una parte, y derechos fundamentales, de otra, no están ni mucho menos claras. Es significativo que al analizar la garantía institucional, Carl

¹³² “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 642.

¹³³ El Magistrado Francisco RUBIO LLORENTE, en su voto particular a la STC 26/1987, de 27 de febrero, critica esta idea, al manifestar:

“La idea que subyace a esta errada elaboración teórica es, aparentemente, la de que el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador es más rígido o resistente en los derechos fundamentales que en las garantías institucionales, idea que no es desde luego ni evidente, ni de general aceptación, pues las garantías institucionales, como las de instituto, no son, en la doctrina que establece estas distinciones, sino variedades de los derechos fundamentales como lo son, desde otro punto de vista, los derechos de libertad y los de igualdad o, en la terminología de nuestra Constitución, los derechos fundamentales y las libertades públicas”.

SCHMITT¹³⁴ enumerara como garantías institucionales algunas que en la Constitución española de 1978 son considerados inequívocamente como derechos fundamentales, como es el caso del derecho al juez legal.

La STC 26/1987, de 27 de febrero, ha declarado al respecto en el fj. 4º:

“Lo primero que hay que decir es que derecho fundamental y garantía institucional no son categorías jurídicas incompatibles o que necesariamente se excluyan, sino que buena parte de los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce constituyen también garantías institucionales, aunque, ciertamente, existan garantías institucionales que, como por ejemplo la autonomía local, no están configuradas como derechos fundamentales”.

El Tribunal Constitucional ha negado el carácter de derecho fundamental a la norma que impone al legislador el regular el procedimiento de *habeas corpus* en el art. 17.4 (STC 44/1991, 25 de febrero, fj 2), a la que prescribe los fines orientadores de la política penitenciaria en el art. 25.2 (STC 2/1987, de 21 de enero, fj 2) o a la que en el art. 27.9 impone a la ley prever ayudas a los centros docentes (STC 86/1985, de 10 de julio, fj 3), pero se ha afirmado el carácter de derecho fundamental en sí mismo del mandato al legislador sobre la limitación de la informática del art. 18.4 (que ha venido a llamarse derecho de autodeterminación informativa, STC 254/1993, de 20 de julio, fj 6) del derecho de los reclusos a un trabajo remunerado del art. 25.2, pese a calificarlo como “derecho de aplicación progresiva” (STC 17/1993, de 18 de enero, fj 2º), o de la autonomía universitaria reconocida en el art. 27.10 (STC 26/1987, de 27 de febrero, fj. 4º).

Francisco RUBIO LLORENTE¹³⁵, citando a Carl SCHMITT, afirma que el proceso de objetivación de los derechos fundamentales ha disminuido las diferencias antes existentes entre estos dos tipos de normas, las que reconocen derechos fundamentales y las

¹³⁴ “Teoría de la Constitución”, *cit.*, pág. 176.

¹³⁵ “La Constitución como fuente del Derecho”, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 93.

que reconocen garantías institucionales. Para Pedro CRUZ VILLALÓN¹³⁶, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional no puede afirmarse que la protección frente al legislador del contenido esencial de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales¹³⁷ sea, en general y en abstracto, diferente. Las posibilidades y los límites del legislador en esta cuestión vienen más bien condicionados por la propia estructura de cada derecho fundamental o de cada garantía institucional en concreto.

José María BAÑO LEÓN¹³⁸ considera que la diferenciación entre la figura del derecho fundamental y la de la garantía institucional no es adecuada actualmente. Los derechos fundamentales no son actualmente sólo un ámbito de libertad, sino que incluyen también un aspecto objetivo, en el que es fundamental la labor del legislador. Para este autor, la concepción primaria de Carl SCHMITT acerca de las garantías institucionales como algo distinto de los derechos fundamentales parte de la idea de éstos como algo absoluto, preestatal y prelegislativo, frente a lo cual las garantías institucionales conllevarían una acción del legislador que se trata de controlar. Dado que estos presupuestos han cambiado,

¹³⁶ “El legislador de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, dir. Antonio LÓPEZ PINA, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 131-132.

¹³⁷ Al contenido esencial de las garantías institucionales, como núcleo o reducto indisponible para el legislador, se refiere la STC 32/1981, de 28 de julio, f.j. 3º, cuando afirma:

“El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace”.

¹³⁸ “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 155 a 179.

que exista una identificación conceptual entre el “núcleo duro” de la garantía institucional y el derecho fundamental es todo menos sorprendente.

De hecho, la teoría institucional de los derechos fundamentales los concibe como principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos, concepción que, entiende Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE¹³⁹, vale no sólo para las garantías institucionales o garantías de instituto, sino también para los derechos fundamentales en general y también en especial para los derechos de libertad. Y el hecho de que las garantías institucionales puedan verse en muchos casos como un complemento del derecho fundamental, y que la idea misma de garantía institucional sea el antecedente de la idea de contenido esencial que el art. 53.1 de la Constitución establece como límite infranqueable más allá del cual la limitación del derecho fundamental no está permitida¹⁴⁰, hace que las fronteras entre las distintas instituciones reguladas en el Capítulo II del Título I de la Constitución (derechos fundamentales, garantías de instituto, mandatos al legislador), sean fluidas y difusas. Por ello, habrá que estar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, para determinar qué habrá de considerarse como derecho fundamental y qué no habrá de considerarse como tal¹⁴¹.

E) ¿SON DERECHOS FUNDAMENTALES LOS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO?

El proceso de “constitucionalización” progresiva de la Unión Europea¹⁴² y la Carta de los Derechos Fundamentales incorporada como Parte II del Tratado por el que se

¹³⁹ “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 53.

¹⁴⁰ Especialmente cuando la idea de “contenido esencial” se entiende, más que en una concepción espacial, como equiparada a la idea de tradición jurídica, como hace Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, págs. 53 y 72.

¹⁴¹ Sobre el problema de las garantías institucionales y el recurso de amparo constitucional, ver *infra*, epígrafe IX-D-a-4, “objeto del recurso de amparo”.

¹⁴² El propio TJCE se ha referido en ocasiones a los tratados fundacionales como la “Constitución comunitaria” y, lo que es más importante, la jurisprudencia del TJCE ha interpretado sistemáticamente tales tratados con criterios propios del Derecho constitucional (cfr. Luis María Díez-PICAZO, “Constitucionalismo de la Unión Europea”, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 87). Esta aplicación de criterios de Derecho Constitucional es especialmente clara cuando el TJCE resuelve cuestiones prejudiciales sobre validez de actos comunitarios (art. 234.b TCE), en los que ha de enjuiciar su posible contradicción con los tratados originarios, sea por razones atinentes al modo de producción o por razones atinentes a su contenido.

establece una Constitución para Europa hace que haya que replantearse la unión inescindible entre derechos fundamentales y Constitución estatal¹⁴³ y la negativa a considerar a los tratados internacionales como fuentes directas de derechos fundamentales.

En un principio, los derechos fundamentales estuvieron casi ausentes de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas (Tratados CECA, CEE y EURATOM), por su carácter sectorial y específico, destinado sobre todo a establecer unos mercados comunes y una unión aduanera¹⁴⁴. Aunque tal ausencia no fue completa, por cuanto que desde un principio hubo algunos preceptos que recogieron lo que puede considerarse “derechos fundamentales” comunitarios. Así, el “histórico” art. 119 CEE, que estableció la no discriminación por razón de sexo al garantizar la igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, la no discriminación por razón de nacionalidad en la organización común de mercados o las tradicionales libertades comunitarias de libre circulación de trabajadores, servicios, mercancías y capitales, vinculadas a esa unión aduanera y esos mercados comunes.

Ese silencio inicial (no total, como se ha visto) fue colmado “por vía pretoria”¹⁴⁵ por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de Luxemburgo¹⁴⁶ desde la histórica sentencia de 14 de mayo de 1974, asunto 4/1973, caso

¹⁴³ O, de un modo más general, en la gráfica expresión utilizada por Vlad CONSTANTINESCO (“El Proyecto de Tratado que establece una Constitución de la Unión Europea, entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional”, en *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm 15, 1^{er} semestre, 2005, pág. 77), cuestionarnos “el encierro del Derecho constitucional en la prisión del Estado”.

¹⁴⁴ Según Ángel RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ (“Derecho Constitucional”, Francisco BALAGUER CALLEJÓN [coord.], Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1ª reimpresión, 2004, vol. II, pág. 321) en un principio hubo un reparto de competencias según la cual la integración económica quedaba en manos de las Comunidades Europeas y la integración política, en cuyo marco tenía sentido una declaración de derechos como la contenida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se dejaba para el Consejo de Europa.

¹⁴⁵ Alessandro PACE, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* núm. 7, 1^{er} semestre 2001, pág.176).

¹⁴⁶ Francisco RUBIO LLORENTE (“Una Carta de dudosa utilidad”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Francisco Javier MATÍA PORTILLA [dir.], Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág.172), entiende que no fue la voluntad de garantizar los derechos individuales frente a los poderes comunitarios, sino la de sustraer a los jueces nacionales la función de asegurarla, la que llevó al TJCE a atribuirse a sí mismo la tarea de controlar las normas comunitarias desde el punto de vista de unos derechos que, dado el silencio de los Tratados, tuvo que comenzar por «descubrir». También en este sentido, aunque reconociendo al TJCE también la finalidad de introducir el respeto por los derechos fundamentales como criterio de validez del Derecho comunitario, Ángel RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ (“Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 323 y siguientes).

Nold, y otras posteriores. Esta línea jurisprudencial¹⁴⁷ ha sido resumida por la STJCE de 18 de junio de 1991, asunto C-260/1989, caso *ERT*, en cuyo párrafo 41 se afirma:

*“...según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido (véase, sobre todo, Sentencia de 14 mayo 1974, Nold, 4/73, Rec. pg. 491, apartado 13). El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular (véase, sobre todo, Sentencia de 15 mayo 1986, Johnston, 222/84, Rec. pg. 1651, apartado 18). De ahí se deduce que, como afirmó el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 13 julio 1989, Wachauf (5/88, Rec. pg. 2609), apartado 19, no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera”*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre derechos fundamentales es analizada por Ángel CHUECA SANCHO, “La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Francisco Javier MATÍA PORTILLA (dir.), Civitas, Madrid, 2002, pág. 39 y siguientes, distinguiendo cuatro etapas: la de negación, los primeros pasos en la protección, la consolidación de la protección y, por último, la de coexistencia problemática con el sistema del Consejo de Europa (sistema del CEDH).

¹⁴⁸ El Tribunal de Luxemburgo ha seguido aplicando esta línea jurisprudencial, incorporando las nuevas previsiones de los Tratados. Cabe citar, entre las más recientes, la STJCE de 16 de junio de 2005, C-105/2003, caso *Pupino* en la que el TJCE afirma:

“58 Por otra parte, en virtud del artículo 6 UE, apartado 2, la Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio»), y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho.

59 Por tanto, la Decisión marco debe interpretarse de modo que se respeten los derechos fundamentales, de entre los que es preciso destacar, en particular, el derecho a un proceso equitativo, tal y como se recoge en el artículo 6 del Convenio y se interpreta por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”

Para superar las limitaciones que la naturaleza de las Comunidades Europeas y el principio de atribución de competencias por parte de los Estados miembros suponía para el reconocimiento de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario, el TJCE recurrió a una construcción jurídica consistente en que la protección de tales derechos fundamentales no se basaba en que tal protección fuera una competencia transferida por los Estados miembros a las Comunidades Europeas, sino por el hecho de que las competencias materiales transferidas por tales Estados miembros debían ser ejercidas por las Instituciones Comunitarias respetando las mismas obligaciones en materia de derechos humanos que tenían los Estados miembros antes de transferirlas¹⁴⁹.

Asimismo, el TJCE ha declarado que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario no solamente vinculan a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros, pero solamente cuando éstos aplican la normativa comunitaria. En consecuencia, los Estados miembros (sus autoridades administrativas o judiciales) están obligados a aplicar la normativa comunitaria de modo que no se menoscaben tales exigencias¹⁵⁰.

Esta apertura del TJCE a las tradiciones constitucionales y Convenios internacionales de protección de derechos humanos, iniciada en la sentencia del caso *Nold*, fue apoyada mediante una Declaración adoptada solemnemente el 5 de abril de 1977 por la Comisión, el Parlamento y el Consejo europeos, de valor cuasi-constituyente, que daba un espaldarazo de los Estados y la ciudadanía al control ejercido por el TJCE sobre los actos de las Instituciones y de los Estados, confiriendo “mayor legitimación al poder judicial” en el campo de la protección de los derechos humanos¹⁵¹. Asimismo, las posteriores reformas de los Tratados que constituyen el Derecho originario de las Comunidades Europeas y posteriormente de la Unión Europea, en concreto las operadas por los Tratados de Maastricht y de Amsterdam, han incorporado a los textos normativos fundamentales de la Unión esta línea jurisprudencial, y así el art. 6 del Tratado de la Unión Europea establece:

¹⁴⁹ Araceli MANGAS MARTÍN, “La Constitución Europea”, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pág. 179.

¹⁵⁰ SSTJCE de 24 de marzo de 1994, asunto C-2/1992, caso *Bostock*, de 13 de abril de 2000, asunto C-292/1997, caso *Karlsson*, y de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/2000, caso *Rodríguez Caballero*.

¹⁵¹ Araceli MANGAS MARTÍN, “La Constitución Europea”, *cit.*, págs. 180-181.

“1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 noviembre 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”.

Esta evolución tiene como hito fundamental la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Este tratado tiene unas consecuencias en el proceso de integración europea que exceden de lo que respecta a los derechos fundamentales.

El significado y trascendencia del proceso por el que se ha constituido la Unión Europea y el traspaso de soberanía operado por los Estados Miembros a tal organización supranacional es complejo. La relación entre la Constitución Europea y las Constituciones nacionales de los Estados Miembros (en el caso de que la tengan, puesto que algún Estado, como el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte carece de Constitución “formal”), y concretamente la Constitución española, es compleja. Se trata de un proceso que excede de los parámetros clásicos de los organismos de Derecho internacional público. El citado Tratado, siendo formalmente un tratado de Derecho internacional público, materialmente tiene características constitucionales¹⁵². En el mismo se regula quién ejerce el poder en la Unión Europea, siendo de resaltar que hay una cesión por los Estados miembros de parcelas de soberanía a favor de tal Unión, cómo se ejerce tal poder, qué límites se establecen al ejercicio del poder, en qué valores y principios “constitucionales” se asienta la Unión Europea y qué estatus se atribuye a los ciudadanos de la Unión Europea y a quienes,

¹⁵² Cfr. Vlad CONSTANTINESCO, “El Proyecto de Tratado que establece una Constitución de la Unión Europea, entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 71.

no siendo ciudadanos, pueden por una razón u otra ser sujetos del Derecho comunitario, puesto que la mayoría de los derechos se reconocen a toda persona con independencia de su nacionalidad o lugar de residencia¹⁵³, y únicamente los derechos del Título V, titulado “ciudadanía” (y no todos, véase por ejemplo el art. II-101), son predicables únicamente de los ciudadanos de la Unión Europea.

La articulación entre ordenamientos jurídicos que pretenden tener una fundamentación constitucional última diferenciada es problemática, y también lo es en cuanto que tanto uno como otro tienen un sistema propio de derechos fundamentales y de garantía de los mismos. Aunque no es este el lugar apropiado para extenderse sobre este problema, no está de más reproducir algunos pasajes de la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional (DTC) 1/2004, de 13 de diciembre¹⁵⁴, en el que el Tribunal Constitucional da respuesta al requerimiento del Gobierno de la Nación acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que tratan de esta cuestión. Declara sobre este particular el f. 2º de esta DTC:

“Tal y como se desprende de los trabajos de las Cortes constituyentes, el art. 93 se concibió como el medio constitucional de nuestra integración en las Comunidades europeas, fenómeno de integración que va más allá del puro procedimiento de la misma, y que comporta las consecuencias de la inserción en un ente supranacional distinto, susceptible de crear un Ordenamiento propio dotado de particulares principios rectores de la eficacia y de las exigencias y límites de la aplicabilidad de sus normas. (...)”

El art. 93 CE es sin duda soporte constitucional básico de la integración de otros ordenamientos con el nuestro, a través de la cesión del ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, ordenamientos

¹⁵³ Cfr. Araceli MANGAS MARTIN, “La Constitución Europea”, *cit.*, pág. 200.

¹⁵⁴ Un comentario a esta Declaración puede encontrarse en Antonio LÓPEZ CASTILLO, “La Unión Europea «en constitución» y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DCT 1/2004, de 13 de diciembre de 2004”, en *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm 15, 1º semestre, 2005, págs. 427-458.

llamados a coexistir con el Ordenamiento interno, en tanto que ordenamientos autónomos por su origen. En términos metafóricos podría decirse que el art. 93 CE opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias. De este modo se confiere al art. 93 CE una dimensión sustantiva o material que no cabe ignorar.

Producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.

Como se deriva del mecanismo contenido en el propio precepto constitucional, tampoco cabe ignorar la necesidad de proporcionar a los organismos internacionales en cuyo favor se ha cedido el ejercicio de las competencias los instrumentos indispensables para garantizar el cumplimiento del Derecho por ellos creado, función que sólo puede verse obstaculizada por un entendimiento inadecuado del citado precepto constitucional y de su sustancia integracionista. De ahí que sea imprescindible una interpretación que atienda a la insoslayable dimensión de integración comunitaria que el precepto constitucional comporta.

Esa interpretación debe partir del reconocimiento de que la operación de cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado, aceptables únicamente en tanto el Derecho europeo sea compatible con los principios fundamentales del Estado social y democrático de Derecho establecido por la Constitución nacional. Por ello la cesión constitucional que el art. 93 CE

posibilita tiene a su vez límites materiales que se imponen a la propia cesión. Esos límites materiales, no recogidos expresamente en el precepto constitucional, pero que implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE), límites que, como veremos después, se respetan escrupulosamente en el Tratado objeto de nuestro análisis.”

El Tribunal Constitucional, en esta Declaración, se pronuncia expresamente, al analizar los arts. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y su compatibilidad con la Constitución española, sobre la articulación entre los sistemas de derechos fundamentales la Constitución española, de la Constitución europea y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Declara al efecto en el fj. 6º de la Declaración:

“Los problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo

constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española.

Por tanto la duda que aquí puede examinarse es la relativa a la eventual contradicción con la Constitución de una Carta de derechos que, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, debería erigirse, tras su integración en el Ordenamiento español, en pauta para la interpretación de “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”; ello, claro es, sin perjuicio de su valor en cuanto Derecho de la Unión, integrado en el nuestro ex art. 93 CE. No puede ser otro el sentido de la referencia a los artículos II-111 y II-112 del Tratado, que, respectivamente, delimitan el ámbito de aplicación de los derechos de la Carta, por un lado, y los criterios definidores de su interpretación y alcance, por otro. En cuanto a lo primero el Tratado identifica como destinatarios de la Carta a las “instituciones, órganos y organismos de la Unión”, así como a los Estados miembros “cuando apliquen el Derecho” de la misma, haciendo expresa salvedad de que con la Carta no se altera, por ampliación, el ámbito competencial de la Unión Europea. Esa reducción del ámbito de aplicabilidad de la Carta —y, con ella, de los criterios de interpretación mencionados en el artículo II-112— no podría impedir, de prestar el consentimiento en obligarse por el Tratado, que, en tanto que convenio sobre derechos ratificado por España, a través del procedimiento previsto en el art. 93 CE, su eficacia interpretativa respecto de los derechos y libertades proclamados por la Constitución tuviera el alcance general previsto en el art. 10.2 CE.

La duda, por tanto, es si la inevitable extensión de los criterios de interpretación de la Carta más allá de los contornos definidos por el artículo II-111 es o no compatible con el régimen de derechos y libertades garantizados por la Constitución. En otras palabras, si los criterios

establecidos por el Tratado para los órganos de la Unión y para los Estados miembros cuando apliquen Derecho europeo son o no conciliables con los derechos fundamentales de la Constitución y, en esa medida, pueden también imponerse a los poderes públicos españoles cuando actúen al margen del Derecho de la Unión, es decir, también en circunstancias que no ofrezcan conexión alguna con dicho Ordenamiento. Sin olvidar, por último, que es del todo claro que la aplicación por el juez nacional, como juez europeo, de los derechos fundamentales de la Carta habrá de suponer, casi sin excepción, la simultánea aplicación del correlativo derecho fundamental nacional, hipótesis ante la cual tiene sentido plantearse si la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la Carta (art. 10.2 CE) es a su vez conciliable con la definición que de los mismos se desprende de nuestra jurisprudencia, atenta siempre, como hemos dicho, a los tratados y convenios en la materia.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ... ha reconocido nuestra Constitución” [STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento

de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Esa reducción de la complejidad inherente a la concurrencia de criterios para la interpretación no dice nada nuevo a propósito del valor que para la definición de cada derecho haya de tener la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea. No supone, en otras palabras, un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional. Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten, según se ha dicho, sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer.

Por lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso

por el Derecho interno.

Ha de concluirse así, en respuesta a la segunda de las preguntas del Gobierno, que no existe contradicción entre la Constitución Española y los arts. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”.

El propio Tratado ha establecido también una serie de cláusulas que permiten, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, un “ajuste suave”, mediante la integración en su propio sistema de los sistemas de derechos fundamentales de los Estados miembros, y no sólo de sus textos constitucionales (cuando los tienen), sino también de sus “prácticas nacionales”, en las que hay que considerar incluida la jurisprudencia de sus Tribunales Constitucionales o equivalentes y, en general, de los órganos jurisdiccionales que en cada caso tienen asignada la tutela de tales derechos. A tal fin, en la Parte I, además de las referencias al fundamento de la Unión en determinados valores iusfundamentales “comunes a los Estados miembros” (art. I-2) y al respeto de la Unión a “la identidad nacional [de los Estados miembros], inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos”, el art. I-9.3 establece que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales”. Ya dentro de la Carta de los derechos fundamentales que constituye la Parte II, el art. II-112, dedicado al “alcance e interpretación de los derechos y principios”, en sus apartados 4 y 6, prevé que “en la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones” y que “se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta”¹⁵⁵. La Unión ha reaccionado de este modo frente a las reticencias mostradas

¹⁵⁵ La apertura que los apartados 4 y 6 del art. II-12 supone hacia las Constituciones y prácticas constitucionales de los Estados miembros tiene, según Araceli MANGAS MARTÍN (“La Constitución Europea”, *cit.*, pág. 218) un “efecto balsámico”, que por ejemplo permite armonizar el reconocimiento de la libertad religiosa en los términos en que lo hace el art. II-70 con los límites que Estados laicos como Francia imponen a ciertas manifestaciones públicas de las creencias religiosas (por ejemplo, la prohibición del velo islámico en los colegios), y así lo ha estimado el Consejo Constitucional francés al emitir su dictamen sobre la

por ciertos Tribunales Constitucionales, concretamente el alemán, el italiano y el danés, frente a la virtualidad del principio de primacía del Derecho comunitario cuando éste no respetara las exigencias derivadas del sistema de principios y derechos fundamentales de los respectivos ordenamientos constitucionales nacionales, asimilando estos límites (los “contralímites” a la primacía del Derecho comunitario, como los denominó la doctrina y la jurisprudencia italianas)¹⁵⁶, erigiéndose en su defensora e intentando de este modo limitar la pretensión de algunos Tribunales Constitucionales nacionales de erigirse en defensores de tales derechos y principios constitucionales frente al Derecho de la Unión, cuestionando la primacía de éste¹⁵⁷.

Se producirá además una cierta “retroalimentación”: la aplicación de la Carta de los derechos fundamentales por las instituciones comunitarias, y en concreto por el TJCE de Luxemburgo, se hará tomando en consideración las “tradiciones constitucionales comunes” de los Estados miembros y sus “legislaciones y prácticas nacionales”, prácticas entre las que se encuentran, en el caso de España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y a su vez, éste, en virtud de lo previsto en el art. 10.2 de la Constitución, habrá de interpretar las disposiciones constitucionales nacionales sobre derechos fundamentales de conformidad con el sistema de derechos fundamentales que resulta del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en el que es fundamental la jurisprudencia del TJCE, si bien esa “retroalimentación” se hará enriquecida por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, no sólo del español.

Asimismo, como pone de relieve la DTC 1/2004, el juego del art. 10.2 de la Constitución y de la doctrina que sobre él ha desarrollado el Tribunal Constitucional en

compatibilidad de la Constitución europea con la francesa. Pedro CRUZ VILLALÓN (“La Carta de derechos y la Constitución española”, en *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12, 2005, pág. 8 y siguientes) entiende que parece buscarse un cierto grado de “comprensión” para las distintas culturas nacionales de los derechos a la hora de interpretar los derechos de la Carta; y que estas cláusulas, junto con la del nivel de protección (estándar mínimo), sirven para que los derechos fundamentales nacionales “penetren” en el contenido de los derechos de la Carta.

¹⁵⁶ Cfr. Víctor FERRERES COMELLA y Alejandro SAIZ ARNÁIZ, “¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 645, 2004, ref. West-Law BIB 2004\1807.

¹⁵⁷ Así, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del caso *Solange I*, de 29 de mayo de 1974, (BVerfGE 37, 271) y la de la Corte Constitucional italiana del caso *Frontini* de 27 de diciembre de 1973.

torno a la integración en nuestro sistema constitucional del Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que lo desarrolla¹⁵⁸, de las constantes referencias del Tratado a este sistema del CEDH, no sólo en sus Partes I y II, sino también en la Declaración 12, que contiene las explicaciones sobre la Carta de los derechos fundamentales, e incluso la obligación impuesta a la Unión de adherirse a dicho Convenio (art. I-9.2)¹⁵⁹, y la función y competencias que al Tribunal Europeo de Derechos Humanos atribuyen los actuales arts. 32 y 46 del Convenio de Roma “terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo”¹⁶⁰. Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es esencial en el sistema del Convenio de Roma, por cuanto que ha reinterpretado de tal modo los derechos reconocidos en el mismo que hoy en modo alguno pueden interpretarse tales derechos del mismo modo que en el año 1950, cuando dicho Convenio fue firmado por los primeros Estados parte.

La Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa constituye lo que podría considerarse la parte dogmática de la Constitución Europea. Incorpora, con pocas modificaciones, la Carta de Derechos Fundamentales (de hecho lleva tal título), elaborada por un órgano *ad hoc*, la “Convención”, que aunque, por la oposición de ciertos Estados miembros, fundamentalmente Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido,

¹⁵⁸ Jurisprudencia a la que el Tribunal Constitucional ha otorgado siempre “singular valor interpretativo” (STC 50/1989, de 21 de febrero, f.j. 2º).

¹⁵⁹ El Dictamen del TJCE 2/1994, de 28 de marzo de 1996, emitido a requerimiento del Consejo, declaró que la adhesión de la Comunidad Europea (la Unión Europea carecía de personalidad jurídica) al CEDH no era compatible con el estado actual del Derecho comunitario, pues no había base jurídica que permitiese la adhesión pues los Tratados constitutivos no le habían dotado de competencia alguna en materia de derechos humanos, sin que fuese suficiente la “cláusula de cierre” del art. 308 (ex 235) TCE, por cuanto que “siendo parte integrante de un orden institucional basado en el principio de competencias de atribución, esta disposición no podría constituir un fundamento válido para ampliar el campo de competencias de la Comunidad más allá del marco general que resulta del conjunto de las disposiciones del Tratado y, en particular, de las que definen las misiones y acciones de la Comunidad”.

¹⁶⁰ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, f.j. 6º. Con anterioridad a esta Declaración del Tribunal Constitucional, algún autor había adelantado ya esta opinión. Así, Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, “Constituciones, Constitución y Convenio: derechos, derechos y derechos”, en *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, Esperanza GÓMEZ CORONA, Pablo GUTIÉRREZ VEGA, Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ (coord.), Fundación El Monte-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 176, había afirmado que “seguimos creyendo, como opción más razonable, dentro de un marco europeo integrado de protección de derechos y libertades, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos se erija en el mínimo común denominador y vértice de un sistema europeo e integrado de derechos fundamentales”.

Irlanda y Suecia, no fue incorporada al Tratado de Niza ni, por tanto, dotada de valor jurídicamente vinculante, fue “proclamada” por el Consejo, el Parlamento y la Comisión de las Comunidades Europeas tras el Consejo Europeo de Niza, en diciembre de 2000. En la Declaración sobre *El futuro de la Unión Europea* adoptada en el Consejo Europeo de Laeken el 15 de diciembre de 2001, y al referirse al camino hacia una Constitución para los ciudadanos europeos, el Consejo formuló cuatro preguntas, la tercera de las cuales era: “Hay que preguntarse además si la Carta de Derechos Fundamentales debe integrarse en el tratado básico y plantearse el tema de la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos”. Para preparar la Constitución para los ciudadanos europeos el Consejo eligió el método de la Convención, ya utilizado para la elaboración de la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en Niza. La Convención adoptó un proyecto de Tratado cuyo texto definitivo entregó al Presidente del Consejo Europeo el 18 de julio de 2003. Dicho proyecto fue el documento de trabajo de la Conferencia Intergubernamental (2004) cuyos esfuerzos culminaron con la firma en Roma, el 29 de octubre de 2004, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

La Parte II contiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que, como se ha dicho, incorpora, con pocas modificaciones (aunque algunas de gran importancia, como son algunos párrafos de las llamadas “cláusulas transversales u horizontales” de los arts. II-111 a II-114¹⁶¹), la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en Niza, con un Preámbulo “ad hoc” y con una Declaración, la núm. 12, “relativa a las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales”¹⁶², que “constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta”. Dichas “explicaciones” van dirigidas fundamentalmente a los órganos jurisdiccionales tanto de la Unión como de los Estados Miembros¹⁶³, como se dice expresamente en el art. II-112.7 del Tratado, y muestran

¹⁶¹ Sobre las modificaciones de las cláusulas horizontales de la Carta al ser incorporada al Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, Alejandro SAIZ ARNAIZ, “Constitución y derechos: la Carta «retocada», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado”, en *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Enoch ALBERTÍ ROVIRA (dir.), Eduard ROIG MOLÉS (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 343 y siguientes.

¹⁶² Según Araceli MANGAS MARTÍN (“La Constitución Europea”, *cit.*, pág 196 y siguientes), se emplea un sistema de “ventanas” o de “doble nivel”: el simple, constituido por el articulado de la Parte II, destinado a la ciudadanía europea, caracterizado por su visibilidad y accesibilidad, y una lectura más profunda y compleja, la de la Declaración 12, en la que se desarrolla el origen y alcance de cada derecho o principio.

¹⁶³ El ordenamiento jurídico comunitario ha renunciado a crear un sistema judicial propio y completo

cómo el origen de los derechos fundamentales recogidos en dicha Carta se encuentra fundamentalmente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (tanto el texto original como los Protocolos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo), la Carta Social Europea, la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, varias Directivas comunitarias, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con sede en Estrasburgo y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros¹⁶⁴.

En las citadas “cláusulas horizontales” se encuentran algunas previsiones similares a las contenidas en el art. 53 de la Constitución española (que como se ha visto son las determinantes para decidir qué derechos de entre los reconocidos en la Constitución española han de ser considerados como derechos fundamentales) que muestran que la naturaleza de tales derechos es, cuanto menos, muy similar a la de los derechos fundamentales “estatales”.

La previsión del art. II-111.1¹⁶⁵ puede considerarse que establece el principio de vinculación inmediata de los poderes públicos de la Unión y de los Estados Miembros a los derechos fundamentales de la Carta, si bien limitada al ámbito del Derecho de la Unión. El art. II-112.1¹⁶⁶ establece el principio de reserva de ley en la regulación del ejercicio de los

para la aplicación del Derecho comunitario. Este sistema judicial habría sido de difícil creación y de dudosa eficacia, ya que en la mayoría de las ocasiones el Derecho comunitario y el interno surgen entremezclados. Por eso el ordenamiento comunitario ha optado por un sistema *sui generis* de cooperación judicial. Los jueces comunitarios son, en primer lugar, los jueces nacionales de los Estados Miembros. Además, se ha creado un tribunal específico, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), con sede en Luxemburgo, cuya función es la de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados fundacionales y que además de conocer de una serie de recursos directos, “coopera” con los jueces nacionales en lo relativo a la interpretación uniforme y al cuestionamiento de la validez de los actos normativos comunitarios a través del mecanismo de la cuestión prejudicial. Con posterioridad fue creado un Tribunal de Primera Instancia, que en estos momentos carece de competencia para conocer de cuestiones prejudiciales, a fin de descargar de trabajo al TJCE en asuntos de menor importancia.

¹⁶⁴ Cfr. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *La Ley* núm. 6159, 31 de diciembre de 2004, Araceli MANGAS MARTÍN, “La Constitución Europea”, *cit.*, pág. 177 y siguientes, Alessandro PACE, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares”, *cit.*, pág. 175.

¹⁶⁵ “Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución”.

¹⁶⁶ “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta

derechos fundamentales y de las limitaciones que a dicho ejercicio puede establecerse, así como el de respeto al contenido esencial. También contiene de modo explícito el principio de proporcionalidad como “límite de los límites” de los derechos fundamentales, que en nuestra Constitución se considera que constituye un límite implícito¹⁶⁷.

Asimismo, la previsión contenida en el artículo II-112.5¹⁶⁸ del Tratado, cuyo último inciso recuerda bastante al del art. 53.3 de la Constitución española¹⁶⁹, puede considerarse, *contrario sensu*, como indicativa de que las normas que atribuyan derechos, y no sólo contengan principios, son susceptibles de tutela judicial efectiva sin necesidad de leyes que desarrollen y regulen su ejercicio.

En la regulación de los derechos fundamentales contenida en la Carta que constituye la Parte II de la Constitución europea se observan dos tendencias contradictorias. Por un lado, hay una vocación de “plenitud”, llamativo a la vista del carácter sectorial del ordenamiento comunitario en principio destinado a regular no la totalidad de las relaciones jurídicas que afectan a los Estados Miembros, sino las que afectan la Unión Europea, cuyas competencias, conforme al art. I-11.1 del Tratado¹⁷⁰ vienen delimitadas por el principio de atribución¹⁷¹ y se ejercitan conforme a los principios de subsidiariedad y

deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

¹⁶⁷ *Infra* epígrafe XI-H.

¹⁶⁸ “Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”.

¹⁶⁹ En este sentido, Alejandro SAIZ ARNAIZ, “Constitución y derechos: la Carta «retocada», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado”, *cit.*, pág. 346.

¹⁷⁰ Establece este precepto: “La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”

¹⁷¹ Establece el artículo I-11.2: “En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución para lograr los objetivos que ésta determina. Toda competencia no atribuida a la Unión en la Constitución corresponde a los Estados miembros”.

proporcionalidad¹⁷². Esta vocación omnicompreensiva se muestra en los preceptos que consagran como derechos fundamentales de la Unión Europea la libertad religiosa (art. II-70.1) o el derecho a la educación (art. II-74), por poner sólo dos ejemplos, cuando tanto una como otra materia no son competencia de la Unión Europea. Estas previsiones parecen responder a la voluntad de hacer “visibles” los principios o valores sobre los que se asienta la Unión Europea¹⁷³ y parecen apuntar a un objetivo político de establecer un estándar mínimo de derechos fundamentales aplicable también a todos los ámbitos jurídicos de los Estados miembros, profundizando en una unificación política de los Estados europeos basada en el respeto de unos determinados derechos fundamentales y libertades públicas¹⁷⁴.

De otra parte, hay previsiones que establecen expresamente la aplicabilidad de tales derechos fundamentales sólo cuando se aplique por las instituciones comunitarias o los Estados miembros el Derecho de la Unión (art. II-111.1) así como que la regulación de los derechos fundamentales de la Carta que constituye la Parte II del Tratado no supone una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión ni crea ninguna nueva competencia para la Unión ni modifica las competencias definidas en las demás partes del Tratado (art. II-111.2)¹⁷⁵. Las mismas parecen responder a

¹⁷² Establece el artículo I-11.3 y 4: “3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto de dicho principio con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de la Constitución”.

¹⁷³ Que estas normas de la Parte II versen sobre materias ajenas a las competencias atribuidas a la Unión Europea no les priva de cualquier trascendencia. Por ejemplo, no puede dejar de relacionarse el reconocimiento del derecho a la vida y la proscripción de la pena de muerte que se contiene en el artículo II-62 con el hecho de que Turquía, con motivo de las negociaciones para su ingreso en la Unión Europea, iniciara un proceso de reforma de su ordenamiento destinado a eliminar la pena de muerte de sus leyes penales.

¹⁷⁴ Alessandro PIZZORUSSO (“La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 41): “A pesar de que la Carta de Niza contiene una serie de limitaciones al alcance jurídico que debería asumir una vez incorporada a los tratados institucionales de la UE, está muy extendida la opinión según la cual su eficacia difícilmente se circunscribirá al ámbito de las competencias de la Unión en todos los casos en los que enuncie derechos más amplios de los que ya se contemplan en las constituciones estatales...”.

¹⁷⁵ Como recuerda Alessandro PACE, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares”, *cit.*, pág. 173-174, esta cláusula resuelve explícitamente una duda que

la presión de aquellos Estados más reacios a dotar de un significado político pleno al proceso de integración europea (señaladamente, el Reino Unido¹⁷⁶), que por tanto están interesados en minimizar la eficacia de los derechos fundamentales reconocidos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

En la Constitución europea se plantea también el problema de si todas las normas de la Carta de los derechos fundamentales que constituye su Parte II consagran derechos fundamentales, y si sólo en la Parte II hay derechos fundamentales.

Respecto del primer extremo, el análisis tanto de las concretas normas que regulan las distintas instituciones iusfundamentales como de las “cláusulas horizontales” muestran que junto con el reconocimiento de derechos fundamentales, que atribuyen directamente a las personas, tanto físicas como también en ciertos casos jurídicas, poderes, facultades y garantías directamente invocables ante los tribunales, otras normas regulan solamente principios¹⁷⁷. A tal efecto, es importante la previsión del art. II-112.5, que establece:

“Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional

había atormentado a los *Founding Fathers* de la Constitución estadounidense, relativa a si el reconocimiento explícito en la Constitución federal podía interpretarse como un otorgamiento implícito al Congreso del poder de disciplinar dichos derechos, en detrimento del poder de los Estados federados.

¹⁷⁶ El 11 de junio de 2003, el ministro de Asuntos Exteriores del Reino Unido, Jack Straw, ante la Cámara de los Comunes británica, manifestó que la decisión de su Gobierno de apoyar la incorporación de la Carta a la Constitución europea se hacía depender si se aseguraba que la Carta no ampliaría las competencias de la Unión, modificando sus disposiciones horizontales y atribuyendo a las “Explicaciones” valor interpretativo.

¹⁷⁷ Francisco J. FONSECA MORILLO, “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Francisco Javier MATÍA PORTILLA [dir.], Civitas, Madrid, 2002, pág. 106 y siguientes, entiende que “«los derechos» podrán invocarse directamente ante una jurisdicción para la solución de una situación específica; «los principios», dotados también de una fuerza vinculante para las autoridades –que deberán respetarlos en el ejercicio de sus competencias-, permitirán censurar los actos de dichas autoridades; por el contrario, los particulares no podrán acudir al juez para interponer un recurso individual”.

en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos”.

Parece que se está haciendo referencia a principios que sólo vinculan a los poderes legislativo y ejecutivo, tanto a los comunitarios como a los nacionales, cuando apliquen Derecho de la Unión, pero que no pueden ser invocados ante los tribunales más que en relación a la interpretación y control de legalidad de los actos emanados de tales poderes. Según las “explicaciones” contenidas en el Anexo 12 del Tratado, “los derechos subjetivos deberán respetarse, mientras que los principios deberán observarse...(). Los principios pueden aplicarse mediante actos legislativos o ejecutivos (adoptados por la Unión en función de sus competencias y por los Estados miembros solamente en aplicación el Derecho de la Unión); por consiguiente, son importantes para los tribunales sólo cuando se trata de la interpretación o revisión de tales actos. Sin embargo, no dan lugar a derechos inmediatos de acciones positivas de las instituciones de la Unión o de las autoridades de los Estados miembros...”. Aunque no coincide exactamente con el art. 53.3 de la Constitución española, sí que recuerda la previsión contenida en este precepto¹⁷⁸, si bien el hecho de que tales principios no se contengan en una determinada sección, como por el contrario ocurre con los principios rectores de la política económica y social a que hace referencia el art. 53.3 de la Constitución española, resta certeza a su aplicación. De acuerdo con las “explicaciones” del Anexo 12 citadas, preceptos como los contenidos en los arts. II-85 (derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente), II-86 (derecho de las personas discapacitadas a medidas que garanticen su autonomía, integración social y profesional y participación en la vida en la comunidad) y II-97 (principio de desarrollo sostenible y alto nivel de protección del medio ambiente), incluyen principios y no derechos fundamentales. Entiendo que más claros que los dos primeros casos enumerados en tales explicaciones son los de los arts. II-82 (respeto de la diversidad cultural, religiosa y lingüística), II-93.1 (protección de la familia) y II-98 (protección de los consumidores).

¹⁷⁸ Cfr. Francisco Javier MATÍA PORTILLA, “Los derechos fundamentales y humanos en la CIG’2004”, en *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm 15, 1^{er} semestre, 2005, pág.252 y Pedro CRUZ VILLALÓN, “La Carta de derechos y la Constitución española”, *cit.*, pág. 17.

Lo que abunda también en esta Parte II son derechos que, con las cautelas propias de lo controvertido de esta categoría, podrían definirse como derechos fundamentales de configuración legal, pues son constantes las referencias al reconocimiento de diversos derechos fundamentales “de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales” o “según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”.

Respecto del segundo, en las Partes I y III del Tratado hay también regulación de derechos fundamentales, cuestión ésta que, por otra parte, es expresamente reconocida en la propia Carta contenida en la Parte II, al prever el art. II-112.1:

“Los derechos reconocidos en la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas”.

Efectivamente, en la Parte I se reconocen una serie de derechos “de ciudadanía de la Unión”, en el art. I-10.2, que posteriormente son reiterados o desarrollados en diversos preceptos de la Parte II. Y las libertades profesionales y al trabajo del art. II-75, el derecho a no ser discriminado que resulta de la interdicción de discriminación del art. II-81 y las libertades de circulación y residencia del art. II-105, contenidas todas ellas en la Parte II, reciben un específico desarrollo en la regulación del mercado interior del Capítulo I del Título III de la Parte III, entroncando con las “clásicas” libertades comunitarias de circulación de trabajadores, servicios, mercancías y capitales, regulándose, por ejemplo, de modo detallado la libertad de movimiento de los trabajadores dentro de la Unión y el derecho a no ser discriminados por razón de nacionalidad o la libertad de establecerse o prestar servicios en los diversos Estados miembros, ejerciendo así la libertad de ejercicio de profesión.

La cláusula del art. II-113 del Tratado¹⁷⁹, cláusula de “estándar mínimo” usual en este tipo de tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁸⁰, puede causar no sólo las distorsiones normales propias de este tipo de preceptos en estos instrumentos de Derecho público, sino algunas más a la vista de las especiales características de la Unión Europea. En primer lugar, puede romper, en materia de derechos fundamentales, un principio fundamental del Derecho comunitario, como es el de la aplicación uniforme del mismo, principio que justifica, por ejemplo, la institución de la cuestión prejudicial de interpretación ante el TJCE del actual art. 234 del Tratado de la Comunidad Europea. En aquellos Estados miembros cuyas Constituciones y “prácticas nacionales” establezcan un nivel de protección de los derechos fundamentales superior al que resulta de la Carta europea, la aplicación de la normativa comunitaria que incida en materia de derechos fundamentales será distinta a la que se produzca en otros Estados con nivel de protección similar o inferior a la de tal Carta.

En segundo lugar, dado que conforme al art. II-111.1 la Carta de los derechos fundamentales de la Constitución europea sólo ha de ser aplicada por las autoridades de los Estados miembros “cuando apliquen el Derecho de la Unión”, encontrándose entre tales autoridades los órganos jurisdiccionales, puede darse el caso de que en un mismo asunto el juez nacional haya que aplicar Derecho interno y Derecho comunitario¹⁸¹, y que si se entiende que el nivel de protección del Derecho comunitario es superior al que otorga el Derecho interno, como la cláusula del art. II-113 impone que el Derecho comunitario no otorgue un nivel de protección en materia de derechos fundamentales inferior al que resulte del Derecho interno, pero no viceversa, el juez habría de aplicar dos estándares distintos de

¹⁷⁹ Establece este precepto: “Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.”

¹⁸⁰ Por ejemplo, el actual art. 53 del CEDH establece: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte”.

¹⁸¹ Es corriente que, por ejemplo, en litigios sobre libre competencia y abuso de posición dominante, o sobre competencia desleal en los que la supuesta inducción a la infracción de los deberes contractuales básicos de los competidores se intenta combatir invocando el Derecho comunitario sobre competencia que impide ciertos pactos contractuales dirigidos a compartimentar los mercados y restringir la competencia, junto con estas cuestiones se acumulen otras relativas a Derecho contractual ajeno al ordenamiento jurídico comunitario.

protección de derechos fundamentales en un mismo litigio, y no solamente en cuanto a derechos fundamentales “sustantivos” (Vg., libertades de profesión, de establecimiento), sino también “procesales” (derechos a la tutela judicial efectiva de los arts. 24 de la Constitución española y II-107 de la Constitución europea)¹⁸². En el caso español, este supuesto es difícil de imaginar, a la vista del nivel de protección que resulta del sistema constitucional nacional de derechos fundamentales (aunque también lo era en relación al sistema del CEDH y sin embargo España ha sido condenada por vulneración del mismo en materias como el derecho a la vida privada y al domicilio en casos de inmisiones de olores o ruidos, o en el secreto de las comunicaciones). En todo caso, la penetración que el sistema europeo de derechos fundamentales ha de tener en nuestro sistema constitucional interno a través del art. 10.2 de la Constitución lleva a pensar que en estos casos en que pueda considerarse superior el nivel de protección que resulte de la Carta europea (seguramente por la interpretación de la misma que pueda hacer el TJCE de Luxemburgo), se producirá una igualación del nivel de protección, no en base al citado art. II-111.1 del Tratado, pero sí por el art. 10.2 de la Constitución española.

En el momento en que se escriben estas líneas (julio de 2005), el proceso de ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se encuentra en suspenso tras el fracaso de los referenda en Francia y Holanda. Ahora bien, en el citado Tratado pueden verse dos vertientes: una, de codificación y sistematización del Derecho comunitario ya existente, también en materia de derechos fundamentales, y otra de innovación, que también afecta a los derechos fundamentales.

En cuanto a lo que el Tratado tiene de sistematización y codificación, la no ratificación del mismo no quita que buena parte de la regulación de los derechos fundamentales contenida en la Parte II exista ya en el Derecho comunitario. No obstante, la situación actual del Derecho comunitario plantea varios problemas sobre este extremo. Ese tratamiento jurídico de los derechos fundamentales se encuentra disperso en fuentes de

¹⁸² Francisco RUBIO LLORENTE, “Una Carta de dudosa utilidad”, *cit.*, pág. 178, pone de manifiesto que tanto en la práctica como en la teoría es imposible mantener dos concepciones distintas de los derechos dentro de un mismo ordenamiento. Los derechos de estatus, precisamente por serlo, han de ser iguales para todos, con independencia de que su actividad tenga trascendencia comunitaria o no, pues al aplicar normas comunitarias el Estado no sale de su propio ordenamiento, del que esas normas forman parte.

distinto rango: Tratados constitutivos de la Unión, Derecho derivado, jurisprudencia del TJCE.

En primer lugar están las denominadas tradicionalmente libertades comunitarias, a que hemos hecho referencia. Se trata de una serie de normas dispersas a lo largo de los tratados fundacionales que consagran determinadas políticas comunitarias cuya consecución puede implicar el respeto y promoción de algunos derechos fundamentales¹⁸³. Entre estas libertades comunitarias están la de libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, que supone la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (art. 39 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, TCE¹⁸⁴), la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro (art. 43 TCE), los derechos individuales que resultan de principios como el de libre circulación de bienes (art. 23 TCE), servicios (art. 49 TCE), y capitales (art. 56 TCE). Se trata en realidad de políticas comunitarias, de las que pueden resultar derechos individuales, pero tales derechos ocupan en la práctica un lugar subordinado al de las libertades comunitarias de alcance limitado al tráfico económico¹⁸⁵. Como derecho así reconocido, sin vinculación a una política comunitaria concreta, está el de interdicción de discriminación por razón de nacionalidad (art. 12 TCE), si bien tal prohibición de discriminación es aplicable, como todas las normas comunitarias, solamente a relaciones jurídicas cuya regulación sea competencia de la Unión, lo que no siempre es fácil de precisar, en lo que se diferencia claramente del sistema de protección del CEDH, aplicable a todos los casos bajo la jurisdicción de un Estado parte, con independencia de la relación jurídica de que se trate.

Desde la reforma operada por el Tratado de Maastricht, completada por el de Amsterdam, el TCE cuenta con un apartado que establece una ciudadanía de la Unión, en el

¹⁸³ Cfr. Ángel RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, “Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 324, y “Juez español, Derecho europeo y mayor protección de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, pág. 98 y siguientes.

¹⁸⁴ Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Europea, de 25 de marzo de 1957 (modificado por el Acta Única Europea, por el Tratado de la Unión Europea y por el Tratado de Amsterdam).

¹⁸⁵ Cfr. Antonio LÓPEZ PINA (“Encuesta. El tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 15, 1^{er} semestre, 2005, pág. 41)

que se reconocen una serie de derechos a toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro, como son los de residir y circular libremente por el territorio de los Estados miembros (art. 18 TCE), al sufragio activo y pasivo en el Estado de residencia en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo (art. 19), a la protección consular y diplomática de otro Estado de la Unión de quien se encuentre en un tercer Estado en el que el suyo propio no tiene representación (art. 20 TCE), y los derechos de petición ante el Parlamento Europeo, de queja ante el Ombudsman y de comunicación con las instituciones comunitarias en la lengua oficial de su elección (art. 21 TCE).

Por último, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea, que se ha transcrito anteriormente, establece como uno de los principios en que se basa la Unión el del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, debiendo la Unión respetar los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

Pero, como indica Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS¹⁸⁶, la noción de derechos fundamentales no es actualmente en el Derecho comunitario un concepto normativo en la medida en que no está dogmáticamente elaborado ni es posible determinar con exactitud las consecuencias jurídicas que se asocian a la calificación de un determinado derecho como fundamental. De ahí la relativa inseguridad jurídica que deriva de una situación en la que el Tribunal de Justicia debe decidir, en cada caso, si un determinado derecho fundamental debe o no ser reconocido como parte integrante del Derecho comunitario. Además, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea proclama el respeto a los derechos fundamentales “como principios generales del Derecho comunitario”, otorgándoles, pues una categoría jurídica de eficacia limitada¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Citado por Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *cit.*

¹⁸⁷ Sobre las limitaciones que implica la conceptualización de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, Luis-María Díez-PICAZO, “La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm 15, 1^{er} semestre, 2005, pág. 161.

En este sentido, la ratificación y entrada en vigor del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa supondría, respecto del reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario, un “plusvalor”, derivado no sólo de la sistematización y “visibilidad” de tales derechos fundamentales, sino también de su formulación específica y con un valor general, como normas positivas y no sólo como “principios generales”, frente a la vaguedad y casuismo de su reconocimiento por la jurisprudencia del TJCE, y asegura también su inclusión en el Derecho originario frente a la dispersión actual de los mismos en fuentes del Derecho comunitario de diverso valor y jerarquía (Tratados, Derecho derivado, jurisprudencia).

Pese a encontrarse actualmente en tal fase de ratificación, la Carta de los Derechos Fundamentales contenida en su Parte II, y otros preceptos de la Constitución que reconocen igualmente derechos, ha sido invocada en algunas conclusiones de los Abogados Generales del TJCE (por ejemplo, Abogado General Dámaso RUIZ-JARABO en las conclusiones de fecha 12 de mayo de 2005¹⁸⁸).

¹⁸⁸ Asunto C-207/04, caso *Paolo Vergani contra Agenzia delle Entrate Ufficio di Arona*, cuyos párrafos más relevantes a estos efectos son:

27. *Mayor relevancia asume la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en el Consejo Europeo de Niza, ya que, al margen de la polémica suscitada en torno a su naturaleza jurídica, ejerce una influencia importante sobre los textos proyectados y aprobados con posterioridad.*

28. *Por último, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (29) cita la igualdad entre los valores en los que se asienta la Unión, aludiendo concretamente a la de «hombres y mujeres» (artículo I-2); declara que la Unión «combatirá la exclusión social y la discriminación, fomentando la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres [...]» (artículo I-3, apartado 3, párrafo segundo); y, en la parte dedicada a los derechos fundamentales, advierte que «la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución», aunque dicho principio «no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado» (artículo II-83). Otras manifestaciones constan al regular la política social: previendo el apoyo y el complemento a las acciones nacionales orientadas hacia «la igualdad entre mujeres y hombres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo» [artículo III-210, apartado 1, letra i)], e imponiendo a los Estados la obligación de asegurar «la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por el mismo trabajo o por un trabajo de igual valor», habilitándolos para conservar o adoptar medidas «destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de una actividad profesional o a prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales», a la vez que remite a la ley y a la ley marco europea el diseño de las cautelas para evitar distingos «en asuntos de empleo y de ocupación», así como en el campo retributivo (artículo III-214).*

Por otra parte, está la Carta de Niza, “proclamada” por las instituciones comunitarias pero no incorporada a un acto normativo comunitario. Aunque se trate, por tanto, de una Carta de derechos fundamentales “no justiciable”, ello no supone que carezca de cualquier efecto jurídico, siquiera sea como lo que ahora ha venido en llamarse *soft law*¹⁸⁹. Así, ha sido ya utilizada por los órganos jurisdiccionales comunitarios (por ejemplo, por el Abogado General Antonio TIZZANO en las conclusiones de fecha 8 de febrero de 2001¹⁹⁰, o por el también Abogado General Dámaso RUIZ-JARABO en las conclusiones de fecha 12 de

¹⁸⁹ La propia Comisión Europea, en su Comunicación de 11 de octubre de 2000 sobre la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea [Documento COM(2000)644 final] vaticinaba que la Carta desplegaría efectos, también jurídicos, cualquiera que fuera la naturaleza que le fuera conferida a la misma por el Consejo Europeo.

¹⁹⁰ Asunto C-173/99, caso *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU) contra Secretary of State for Trade and Industry*. Los párrafos más significativos de estas conclusiones declaran:

“26. Aun más significativo, por otro lado, me parece el hecho de que dicho derecho haya sido solemnemente confirmado ahora en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión tras haber sido aprobada por los Jefes de Estado y de Gobierno, a menudo por mandato expreso y específico de los Parlamentos nacionales. En efecto, en el artículo 31, apartado 2, de la Carta se declara que: «Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas». Y esta enunciación, según declaración expresa del «Presidium» de la «Convención» que elaboró la Carta, por un lado, se inspiró precisamente en el artículo 2 de la Carta Social Europea y en el apartado 8 de la Carta comunitaria de los derechos de los trabajadores y, por otro, «se basa en la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo».

27. Es cierto que, al igual que algunos de los actos anteriormente citados, tampoco a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se le atribuyó un verdadero alcance normativo, quedando privada, desde un punto de vista formal, de un carácter vinculante autónomo. Sin embargo, sin que tenga la intención de entrar en el amplio debate ya en curso sobre los efectos que, bajo otras formas y por otras vías, podría producir la Carta pese a todo, lo cierto es que ésta recoge formulaciones que, en su mayor parte, parecen reconocer derechos ya consagrados en otras normas. Por lo demás, en su Preámbulo puede leerse que «la presente Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

28. En consecuencia, creo que no puede ignorarse, en un procedimiento que versa sobre la naturaleza y el alcance de un derecho fundamental, las formulaciones pertinentes de la Carta y, sobre todo, que tampoco puede ignorarse su evidente vocación de servir, cuando sus disposiciones lo permitan, como parámetro de referencia fundamental para todos los actores -Estados miembros, Instituciones, personas físicas y jurídicas- de la escena comunitaria. En este sentido, considero, por tanto, que la Carta proporciona la confirmación más cualificada y definitiva de la naturaleza de derecho fundamental que reviste el derecho a vacaciones anuales retribuidas.”

mayo de 2005¹⁹¹ y 26 de mayo de 2005¹⁹²) lo que puede ser debido a dos razones básicas: 1ª) Porque se trata de un “referente teórico” de indudable importancia. 2ª) Por lo que tiene de “alcance reconocedor” de derechos ya existentes en el acervo comunitario, extremo éste al que hace expresa referencia el Abogado General Antonio TIZZANO en las conclusiones citadas¹⁹³. 3º) Porque no se trata de una mera declaración de intenciones o de unas simples líneas programáticas, sino de un documento redactado en la “lengua de los derechos”, por utilizar la expresión del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, hasta el punto de que ha sido trasladada, con leves modificaciones, a la Parte II de la Constitución europea.

Esas mismas razones, sobre todo la primera, explica también la cita que de dicha Carta se ha hecho por el Tribunal Constitucional español, en las SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, f.j. 8º y STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005, f.j. 4º¹⁹⁴.

¹⁹¹ Asunto C-207/04, caso *Paolo Vergani contra Agenzia delle Entrate Ufficio di Arona*, ya citado.

¹⁹² Asunto C-176/03, caso *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de la Unión Europea*.

¹⁹³ Cfr. Alessandro PACE, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares”, *cit.*, págs. 174-175.

¹⁹⁴ Fj. 4º:

*“Como hemos señalado, el principio de libre investigación de la paternidad ha de compatibilizarse necesariamente con exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) al concurrir derechos e intereses legítimos dignos de protección que derivan de las relaciones paterno-filiales que refleja el Registro Civil. Por ello el establecimiento de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial, además de presentar una conexión evidente con el reconocimiento tácito (tacens consentit si contradicendo impedire poterat), tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica en las relaciones familiares y la estabilidad del estado civil de las personas, así como a proteger a los intereses de los hijos (art. 39.1 y 2 CE). Así lo impone la primacía del interés de los menores que recoge el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, recordando los principios inspiradores de instrumentos internacionales en los que España es parte, a los que resulta obligado remitirse con arreglo a lo dispuesto en el art. 39.4 CE, especialmente a la Convención de derechos del niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, o también, en el marco de la Unión Europea, la Carta europea de los derechos del niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo y el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001 y cuyo contenido (aun sin fuerza jurídica vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Título II). En el mismo sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que no vulnera el art. 14 (prohibición de discriminación), en relación con los arts. 6 y 8 (derecho a un proceso equitativo y derecho al respeto de la vida privada y familiar) del Convenio europeo de derechos humanos, la institución de plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad, institución que se justifica por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y proteger los intereses del niño (STEDH de 28 de noviembre de 1984, caso *Rasmussen c. Dinamarca*, § 41)”*.

Incluso aunque esta Carta de Niza fuera finalmente dotada, como tal, de valor jurídico vinculante, la trascendencia de la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa habría ido más allá, en cuanto que la misma contiene no sólo una Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) sino también la regulación de una estructura de poder (*Frame of Government*). La inclusión de tales derechos en una Constitución como la europea supondría no solamente que los mismos participan de las garantías derivadas de su rigidez (no la propia de los procedimientos de reforma constitucional, sino la derivada de su carácter de tratado internacional sólo modificable por los mecanismos previstos por el Derecho internacional público para los tratados internacionales, es decir, firma y ratificación por todos los Estados parte), sino que implicaría también que las situaciones jurídicas así reconocidas se sitúan en posición de recíproca interdependencia y condicionamiento con las estructuras organizativas públicas previstas y disciplinadas por la Constitución europea¹⁹⁵, lo que no ocurre con la Carta de Niza, que no prevé ninguna estructura de poder.

¹⁹⁵ Cfr. Alessandro PACE, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares”, *cit.*, pág. 178.

CAPÍTULO IV

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES

Como se ha dicho antes, aunque no hay nada en el origen de los derechos fundamentales que permita afirmar que se tengan sólo frente al Estado, lo cierto es que durante el siglo XIX y la primera mitad del XX los mismos estuvieron configurados exclusivamente como derechos públicos subjetivos. La Constitución no era la norma fundamental de la sociedad, sino del Estado, y los derechos fundamentales eran derechos que se tenían frente al poder público y otorgaban al ciudadano un ámbito de libertad y de indemnidad en sus relaciones jurídico-públicas, así como ciertos derechos de prestación y participación frente al Estado.

La doctrina y la jurisprudencia alemana de los años cincuenta entendieron que los derechos fundamentales también eran eficaces en las relaciones entre particulares¹⁹⁶, cuestión que en Alemania vino a denominarse *Drittwirkung*, denominación que ha tenido éxito y se ha generalizado incluso fuera de sus fronteras.

En el seno de la *Drittwirkung* se han planteado numerosas cuestiones: el conflicto entre los derechos fundamentales y la autonomía de la voluntad (tanto en lo que respecta a la posibilidad de limitar contractualmente los propios derechos fundamentales como en lo que se refiere a la posible vulneración de los derechos fundamentales como consecuencia de la negativa a contratar), la relación entre la *Drittwirkung* y la existencia de poderes privados, sobre todo cuando se trata de relaciones jurídico-laborales, la consideración de la *Drittwirkung* como una exigencia derivada de la dignidad humana, la desigual eficacia *inter privatos* de los distintos derechos fundamentales, su eficacia en el aspecto de “garantía de indemnidad” de aquellos que, como el derecho a la tutela judicial efectiva, parecen en

¹⁹⁶ Esta cuestión se desarrolla más ampliamente *infra* epígrafe V-A, “Alemania”.

principio eficaces sólo frente al Estado, la *Drittwirkung* del derecho de asociación, fundamentalmente la colisión entre el derecho individual del asociado o de quien pretende serlo y el derecho de autoorganización de la propia asociación, la *Drittwirkung* del derecho a no ser discriminado, etc¹⁹⁷.

En la discusión generada sobre esta cuestión, el reconocimiento de efectos de los derechos fundamentales más allá de las relaciones jurídico-públicas entre los ciudadanos y los poderes públicos ha sido realizado con diversas matizaciones¹⁹⁸. Aunque muchas veces no existe entre las mismas una delimitación estanca, pueden sistematizarse a efectos de una mayor claridad en su comprensión.

A) LA EFICACIA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

Mientras que para los autores que sostienen la tesis de la *Drittwirkung* mediata o indirecta los derechos fundamentales, como se verá, vinculan directamente sólo al legislador de Derecho privado o al juez cuando resuelve litigios entre particulares, quienes apoyan la tesis de la *Drittwirkung* directa entienden que también los actos de los particulares están vinculados directamente a los derechos fundamentales. Los particulares, por tanto, no pueden vulnerar los derechos fundamentales de los demás sujetos con quienes se relacionan.

Es a Hans Carl NIPPERDEY, presidente de Tribunal Laboral Federal alemán entre 1954 y 1963, a quien se debe la formulación inicial de la teoría de la *Drittwirkung* entendida como eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas (*unmittelbare Drittwirkung*). NIPPERDEY¹⁹⁹ acepta la concepción tradicional clásica de los

¹⁹⁷ Estas cuestiones han sido objeto de estudio por numerosos autores también en nuestro país. Destaca por su detallado y completo análisis de estas y otras cuestiones Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, 1997, que constituye su tesis doctoral, si bien la parte relativa al derecho de asociación fue publicada de modo independiente, “Libertad de asociación y derechos de los socios”, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1ª ed., 1997, pág. 12 y siguientes.

¹⁹⁸ Me remito no obstante a las precisiones sobre la diferencia entre *Drittwirkung* y *Fiskalgeltung* que se hicieron en el capítulo I, “Introducción”

¹⁹⁹ NIPPERDEY había tratado la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las

derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, en la concepción de los mismos creada por JELLINEK, pero hace un añadido substancial: no pocas disposiciones tienen además la importante función de «proposiciones ordenadoras o principios» para con el «orden jurídico en su conjunto». Se trata del efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como «derecho constitucional objetivo» vinculante, que ha venido a derogar, modificar, completar o crear disposiciones jurídico-privadas. Considera NIPPERDEY que alguna disposición de los derechos fundamentales, junto a su carácter de derecho fundamental, tiene la importante función de principio inmediatamente vigente para el conjunto del ordenamiento jurídico y con ello también para el Derecho privado²⁰⁰. Este Derecho constitucional contiene para los ámbitos jurídicos extraconstitucionales no solamente «directrices» o «reglas de interpretación», sino una regulación normativa del orden jurídico en su conjunto unitario, de la que también emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo²⁰¹.

Para NIPPERDEY, la *Drittwirkung* es una consecuencia de las transformaciones que implica el Estado social, y en concreto la de realización efectiva del mandato de igualdad. No acepta la exclusiva eficacia de los derechos fundamentales frente al Estado, y entiende que los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental de Bonn no pueden tener el mismo significado y eficacia que tuvieron en las anteriores Constituciones. Aboga porque en la interpretación de la Constitución se tengan en cuenta las tendencias determinantes y las circunstancias de cada momento histórico. Si en el siglo XIX los derechos fundamentales se conciben exclusivamente como derechos frente al Estado, es porque el propósito principal de la incorporación de los derechos fundamentales a la

relaciones entre particulares ya en 1950, fecha en que publicó un trabajo sobre «igual salario de la mujer para igual prestación». Más tarde trató la cuestión, concretamente el significado del postulado de la dignidad humana, consagrada como intangible en el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, en las relaciones jurídico-privadas en “Die Würde des Menschen” (la dignidad del hombre), en la obra *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, de NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, Duncker-Humblot, Berlín, 1954, volumen II. Pero es en sus comentarios a la “Parte general del derecho civil” de ENNECERUS, Tübingen, Mohr, 1959, en la que hace un desarrollo más amplio de la cuestión.

²⁰⁰ Cfr. Christian STARCK, “Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.* págs. 67.

²⁰¹ NIPPERDEY acepta que un buen número de derechos fundamentales sólo vinculan exclusivamente a los poderes públicos, como ocurre, en su opinión, con la libertad de reunión, de circulación, la inviolabilidad del domicilio, la propiedad privada, el derecho a la nacionalidad o el derecho de petición. Para él no puede afirmarse la eficacia absoluta de todos los derechos fundamentales, sino que es necesario analizar cada caso según el contenido, la esencia y la función de cada uno de ellos (“Grundrechte und Privatrecht”, pág. 20, “Die Würde des Menschen”, pág. 19, citado por María VENEGAS GRAU, pág. 184).

Constitución es la protección del individuo ante intrusiones arbitrarias del Estado, mientras que la protección jurídico-constitucional frente a los poderes sociales y a los terceros en general aparece como secundaria. Esta circunstancia habría cambiado radicalmente en la época actual, porque el individuo depende cada vez más de los grupos, asociaciones y grandes empresas, por lo que debe ser protegido también frente a esos poderes²⁰². Por ello, entiende NIPPERDEY, en las constituciones modernas existen normas de derechos fundamentales o en todo caso preceptos constitucionales que no se refieren (o no se refieren en primer término o no únicamente) a la protección de una esfera individual de libertad frente al Estado, sino que también garantizan a los individuos, en sus relaciones jurídicas, un *status socialis*.

Respecto de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del caso *Lüth*, de fecha 15 de enero de 1958²⁰³, NIPPERDEY considera acertado el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado que sienta esta sentencia, pero pone de relieve la contradicción de que mientras se afirma que el sistema objetivo de valores debe regir para todos los ámbitos del derecho, incluido el derecho civil, seguidamente se afirme que dicha influencia se ejerce por medio del derecho imperativo y de las cláusulas generales del Código Civil. Reconocer el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el conjunto del sistema normativo supone para NIPPERDEY reconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado. El ordenamiento jurídico forma una unidad, y todo Derecho solamente rige en base a y en el marco de la Constitución. Los derechos fundamentales no necesitan de ningún “punto de infiltración”, como serían las cláusulas generales, para regir como normas objetivas en el Derecho privado. El efecto jurídico es uno, directo y normativo y afecta a todo el Derecho privado, modificando o

²⁰² A esta cuestión hace también referencia Norberto BOBBIO (“Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica”, en la revista *Politica del Diritto*, núm. 4, año IV, 1975, pág. 453): hoy existen problemas de libertad que se sitúan no sólo frente al Estado, sino al nivel más profundo de la sociedad civil. “No importa que el individuo sea libre en el Estado si después no es libre en la sociedad. No importa que el Estado sea constitucional si la sociedad subyacente es despótica. No importa que el individuo sea libre políticamente si después no es libre socialmente”. La falta de libertad más profunda es la que procede de la sumisión al aparato productivo y a las grandes organizaciones del consenso y del disenso que la sociedad de masas inevitablemente genera en su seno. “El problema actual de la libertad no puede ya ser restringido al problema de la libertad frente al Estado y en el Estado, sino que afecta a la organización misma de toda la sociedad civil, incide no sobre el ciudadano en cuanto a tal, es decir, el hombre público, sino sobre el hombre total, en cuanto ser social”.

²⁰³ BverfGE 7, 198. A esta sentencia se hace referencia más amplia *infra* en el epígrafe IV-C, “la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

regenerando las normas jurídico-privadas existentes, sean Derecho imperativo o dispositivo, cláusulas generales o normas jurídicas determinadas, prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, derechos de protección o causas de justificación.

En la elaboración de NIPPERDEY se observan ya una serie de elementos fundamentales para todo acercamiento a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: el doble carácter de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos y como normas objetivas que encarnan un orden de valores, el carácter normativo de la Constitución, la unidad del ordenamiento jurídico y la Constitución como norma superior de todo el ordenamiento jurídico y no solamente del ordenamiento jurídico-público regulador del Estado y de las relaciones del Estado con los ciudadanos.

B) CRÍTICAS A ESTA TEORÍA

La tesis de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas ha sido objeto de numerosas críticas. Algunas de estas críticas parten de una visión bastante simplista de la cuestión: si admitimos la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares un particular se vería obligado a repartir sus compras entre los distintos tenderos del barrio, un arrendador no podría ser más tolerante con los retrasos en el pago de uno u otro arrendatario, no serían posibles las mejoras testamentarias, o las empresas no podrán impedir a sus empleados que prestaran servicios a empresas de la competencia.

El simplismo de esta crítica la descalifica. Como afirma Tomás QUADRASALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO²⁰⁴, “el reconocimiento de un derecho fundamental no supone, en ningún caso, que éste tenga que imponerse sin matices, en cualquier tipo de relación jurídica. Por el contrario, pertenece a la naturaleza misma del derecho fundamental la de tener que articularse con otros derechos fundamentales y no sólo con éstos, como ha recordado recientemente la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 [STC 11/1981] sobre el derecho de huelga al rechazar tajantemente la tesis de

²⁰⁴ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Civitas, Madrid, 1981, pág. 60.

que los derechos y libertades fundamentales solamente estén limitados por los demás derechos y libertades, ya que por el contrario han de acomodarse también a otros bienes o valores protegidos constitucionalmente”. Tampoco en las relaciones jurídico-públicas los derechos fundamentales se imponen en cualquier caso o circunstancia (piénsese en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las modulaciones del ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial, como es el caso de presos²⁰⁵, militares, policías o funcionarios en general), y sin embargo no cabe duda de que los derechos fundamentales tienen plena eficacia en las relaciones jurídico-públicas, frente a los poderes públicos.

Víctor FERRERES COMELLA²⁰⁶, haciendo una comparación entre las tradiciones constitucionales europea y norteamericana, hace una sistematización de las críticas que se realizan a la tesis de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, que, en buena parte, sirve como una primera aproximación a los problemas que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas plantea.

a. La naturaleza de la Constitución

Una primera objeción apela a que la Constitución tiene atribuido un determinado ámbito material: regular los principios básicos que regulan las relaciones entre los diversos órganos del Estado y las relaciones entre los individuos y el Estado. La Constitución existe para estructurar y limitar al Estado. Las relaciones entre los individuos entre sí caen fuera del

²⁰⁵ Son muy abundantes las sentencias del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales de los presos y las modulaciones que en los mismos provoca la relación de sujeción especial en que los mismos se encuentran con la Administración penitenciaria. Pueden citarse las SSTC 74/1985, de 18 junio, 2/1987, de 21 de enero, 89/1987, de 3 junio, 120/1990, de 27 de junio, 11/1991, de 17 enero, 57/1994, de 28 febrero, 97/1995, de 20 junio, 129/1995, de 11 de septiembre, 143/1995, de 3 octubre, 35/1996, de 11 de marzo, 48/1996, de 25 marzo, 170/1996, de 29 octubre, 192/1996, de 26 noviembre, 60/1997, de 18 de marzo, 175/1997, de 27 octubre, 141/1999, de 22 julio, 175/2000, de 26 junio, 204/2000, de 24 de julio, 116/2002, de 20 mayo, 140/2002, de 3 de junio, 218/2002, de 25 de noviembre, 169/2003, de 23 octubre 2003, entre otras. Ha declarado con carácter general el Tribunal Constitucional que “la situación de sujeción especial del interno en establecimiento penitenciario, no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales (STC 120/1990), e impedir que la justicia se detenga en la puerta de las prisiones (SSTC 2/1987, 297/1993, 97/1995, y Sentencia del TEDH de 28 de junio de 1984 -Caso *Campbell y Fell*-)”. Pero del mismo modo ha admitido la existencia de importantes limitaciones en sus derechos fundamentales, no sólo en el de libertad de movimientos necesariamente limitado por la pena privativa de libertad, sino también en otros tales como los de intimidad, secreto de las comunicaciones, etc.

²⁰⁶ “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, *cit.*

ámbito de la Constitución y deben ser reguladas por el legislador ordinario y por los jueces (en la medida en que éstos creen derecho a través de precedentes o jurisprudencia)²⁰⁷. Ampliar su ámbito material a la regulación de las relaciones entre particulares supondría “desnaturalizar” la Constitución.

Como afirma Pedro CRUZ VILLALÓN, una consecuencia fundamental del carácter constitucional de los derechos fundamentales es que los problemas de los derechos fundamentales son los problemas de la Constitución, y uno de estos problemas consiste en cuál es la naturaleza de la Constitución, centrada tanto en su ámbito de eficacia como en su carácter normativo o simplemente programático.

Esta controversia sobre la naturaleza programática o normativa de la Constitución será analizada más adelante²⁰⁸. En cuanto a su ámbito material, Víctor FERRERES COMELLA opina que “si la función de la Constitución (en materia de derechos) es asegurar que las controversias políticas se resolverán teniendo en cuenta ciertos valores fundamentales, existe una presión por constitucionalizar los conflictos entre particulares, pues las controversias políticas no se refieren sólo a conflictos entre los individuos y el Estado. La concepción «amplia» del ámbito constitucional satisface esta necesidad de manera natural. La concepción «restrictiva», en cambio, responde a ella convirtiendo en intereses estatales lo que para el público en general son derechos e intereses individuales. Se mantiene la concepción restrictiva a costa de «desnaturalizar» la estructura del problema moral que subyace a la controversia constitucional”.

b. La asimetría en los riesgos de error

También desde una posición muy influenciada por las discusiones jurídicas del mundo anglosajón, expone Víctor FERRERES COMELLA que, aceptando que no existe problema conceptual para admitir que la Constitución pueda regular las relaciones entre particulares, sólo hay que incorporar a la Constitución aquellas normas que regulan materias

²⁰⁷ En este punto se observa claramente la influencia de la tradición jurídica anglosajona, que atribuye un papel más importante que la tradición jurídica europea continental a la creación judicial del derecho.

²⁰⁸ *Infra* capítulo VI, “la significación de la Constitución en el ordenamiento jurídico”.

acerca de las cuales existen razones para pensar que el legislador va a tener cierta tendencia a errar. Y esa tendencia al error se produce, sobre todo, cuando el legislador regula las relaciones entre el individuo y el Estado, y no cuando disciplina las relaciones entre individuos.

Cuando el Estado, a través del legislador, regula las relaciones entre el individuo y el Estado, es juez y parte en la controversia. Esta parcialidad le puede llevar a sobreproteger los intereses estatales en detrimento de los derechos individuales. Pero cuando regula conflictos entre particulares, es un tercero imparcial, imparcialidad que reduce el riesgo de error.

Sin embargo, aduce FERRERES COMELLA, cuando una ley regula relaciones entre particulares, no desaparece el riesgo de error, pues no todos los ciudadanos tienen la misma capacidad de influir sobre el legislador. Ciertos grupos de presión pueden obtener una regulación muy favorable a sus intereses a costa de los intereses de los demás. Y además existen minorías vulnerables cuyos derechos no son tenidos en cuenta de manera adecuada en el proceso político. Sobre este particular, recuerda Javier JIMÉNEZ CAMPO²⁰⁹, un sector de la doctrina norteamericana califica a los derechos fundamentales como derechos “contramayoritarios”, y de ahí que su inclusión en la Constitución suponga la imposibilidad de que el legislador desconozca el contenido esencial de los mismos apelando “a cualesquiera clase de intereses, incluidos los de carácter más general o comunitario” (STC 52/1983, 17 de junio, fj 5º).

Pese a lo interesante del argumento, entiendo que el mismo puede considerarse más como *de Constitutione ferenda* que *de Constitutione data*, por cuanto que cuestiona la oportunidad o inoportunidad de regular en una Constitución determinados sectores en los que no exista “riesgo de error” del legislador, pero no es un argumento determinante a la hora de interpretar si en una determinada Constitución ya promulgada los derechos fundamentales que se contienen en la misma tienen una eficacia meramente vertical o también horizontal.

²⁰⁹ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 26.

c. La seguridad jurídica

Víctor FERRERES COMELLA comenta que la objeción que apela a la seguridad jurídica para rechazar la eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares es una crítica bastante arraigada entre un sector de juristas de Europa occidental. Entiendo que ello sea quizás debido a que en Estados Unidos y en el mundo anglosajón en general, este factor de inseguridad jurídica (o de lo que para la visión europea supone una mayor inseguridad jurídica) está más asumido por la tradición jurídica que otorga un mayor peso a las técnicas de creación judicial del Derecho y por la técnica de control difuso de la constitucionalidad de las normas, la *judicial review*.

Esta crítica hace referencia a que si el juez debe tener en cuenta los derechos y libertades consagrados en la Constitución a la hora de interpretar las disposiciones que regulan las relaciones entre particulares, es decir, el Derecho privado, la inseguridad jurídica aumenta considerablemente. Con frecuencia se plantearán colisiones entre los derechos constitucionales de ambas partes, que habrán de resolverse a través del método de la ponderación: el juez tendrá que sopesar los derechos en juego, a la luz de las circunstancias del caso, y decidir cuál debe prevalecer. En muchos supuestos resultará controvertido determinar qué derecho debe primar. Las reglas del Derecho privado establecidas por el legislador pierden entonces su rigidez, su capacidad para indicar de modo categórico el contenido de la decisión judicial. Las reglas devienen más flexibles, el juez tiene un mayor ámbito de discrecionalidad, y, en definitiva, los individuos ven mermada su capacidad de predecir cuál será la decisión judicial. Parece especialmente grave que en los diversos ámbitos de la vida cotidiana, en la que se desenvuelven las relaciones entre los particulares, las normas relevantes ofrezcan pautas poco claras. Se contraponen de este modo la seguridad y certeza de la ley a la inseguridad de las normas constitucionales y de su aplicación judicial. Al respecto, afirma Javier JIMÉNEZ CAMPO²¹⁰ que el principio de constitucionalidad (art. 9.1 de la Constitución) no puede abolir el principio de legalidad (art. 9.3 de la Constitución), que define para el individuo la definición segura de su propio ámbito de libertad. Las reglas

²¹⁰ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 46.

y principios de la Constitución no pueden valer, del mismo modo, en contra y a favor de la libertad. El principio general de libertad de los arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución, aun sin rango de derecho fundamental, impide que en los derechos fundamentales se realicen restricciones singulares al margen de la ley, por previstas que estén tales intervenciones en la propia Constitución. La indeterminación propia de los enunciados constitucionales puede aceptarse sólo como límite del poder público, no como restricción directa de la libertad del sujeto.

La abundante bibliografía sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre los particulares, y, en general, sobre la eficacia normativa de la Constitución, pone de relieve lo ajustado de estas observaciones. Los autores se plantean de modo reiterado cuestiones como el riesgo de que la atribución de eficacia a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución aumente el riesgo de desvinculación del juez a la ley²¹¹; la crisis de la ley que la normatividad directa de la Constitución y en concreto de su parte dogmática acentúa²¹²; la “politización” de la función judicial, no en el sentido en el que usualmente se emplea este término en el debate político cotidiano, sino desde el punto de vista que contrapone la política como esfera de la lucha en la incertidumbre con el Derecho como esfera de la lucha en la seguridad, es decir, de la disputa predecidida material o/y formalmente, desde el punto de vista del contenido o/y procedimiento²¹³. Y, relacionado con esto, el cuestionamiento que ello conlleva de los perfiles tradicionales de la distribución de funciones entre el legislador, el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria²¹⁴.

La objeción de propiciar la inseguridad jurídica es, según observa Alexei Julio ESTRADA²¹⁵, la tacha más socorrida que suele utilizarse contra cualquier innovación en el ámbito del Derecho. Pero en lo que se refiere a los derechos fundamentales, no ha impedido

²¹¹ Ver *infra* epígrafe X-B, “el riesgo del juez desvinculado”.

²¹² Ver *infra* epígrafe VI-B, “la reacción frente a la degradación de la ley”

²¹³ Tomo la descripción de esta dicotomía de Javier PÉREZ ROYO, “Las fuentes del Derecho”, Colección *Temas clave de la Constitución española*, Editorial Tecnos, 4ª edición, 6ª reimpresión, Madrid, 1998, pág. 40. Ver *infra* epígrafe IX-B-b, “la polémica sobre la naturaleza de la justicia constitucional”.

²¹⁴ Ver *infra* epígrafe X-A, “los riesgos para el equilibrio entre el legislador, el Tribunal Constitucional y el juez ordinario”.

²¹⁵ “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 120 y siguientes.

que las innovaciones hayan sido considerables a lo largo de la historia. Así, como reflexiona Javier BALLARÍN IRIBARREN²¹⁶ lo que ahora es una verdad de Perogrullo, que los derechos fundamentales limitan jurídicamente al Estado, es algo que hubo de afirmarse trabajosamente frente a quienes entendían que los ciudadanos no gozaban de verdaderos derechos subjetivos frente al Estado, beneficiándose tan sólo del “reflejo” de normas objetivas en su esfera jurídica. O, como recuerda Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE²¹⁷, frente a la concepción anterior de que la eficacia de los derechos fundamentales estaba limitada a la relación general Estado-ciudadano, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania extendió la vigencia de los derechos fundamentales también a las denominadas relaciones de sujeción especial (a la relación del funcionario, del soldado, del escolar con la Escuela pública, a la de los presos, etc.). Prueba evidente de que lo que ahora nos parece normal, que los derechos fundamentales vinculan al Estado en todo caso y en todo tipo de relaciones jurídicas, aunque sea con sus correspondientes matizaciones, no era en absoluto pacífico hace unos años.

Además, para la doctrina iusprivatista más clásica, causa especial preocupación la sustitución de las reglas prolijas y muy decantadas de los Códigos que tradicionalmente han regulado las relaciones jurídico-privadas por otras reglas mucho más inseguras, por fragmentarias y por nuevas, derivadas de la escueta regulación de los derechos fundamentales en los textos constitucionales. Afirma Konrad HESSE²¹⁸ que la atribución de eficacia en las relaciones jurídico-privadas a los derechos fundamentales “amenaza con entrar en contradicción con la misión de un Derecho privado conforme a las exigencias del Estado de Derecho, que debe hacer posible con ayuda de regulaciones claras, detalladas y precisas, la modelación de las relaciones jurídicas y la solución judicial a los problemas del caso”. En este sentido, no está de más recordar, como se verá más adelante²¹⁹, que la oposición inicial más rotunda a la idea de otorgar a los derechos fundamentales reconocidos

²¹⁶ Recensión a “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 285.

²¹⁷ “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *cit.*, pág. 100 y siguientes.

²¹⁸ “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 108. En similar sentido, de este mismo autor, “Derecho constitucional y Derecho privado”, *cit.* pág. 59 y siguientes.

²¹⁹ Ver *infra* epígrafe VI-A, “valor normativo de la Constitución y eficacia de los derechos fundamentales”.

en la Ley Fundamental de Bonn provino de los sectores tradicionales de la doctrina iusprivatista.

Es cierto que este riesgo de inseguridad jurídica es real, y entiendo que en buena parte está determinado por el importante papel que los jueces ordinarios tienen en esta materia, por lo que es importante buscar mecanismos que lo reduzcan a límites aceptables²²⁰.

d. El riesgo para la libertad individual

Víctor FERRERES COMELLA establece una última objeción a la posibilidad de otorgar a los derechos fundamentales eficacia en las relaciones entre particulares: la libertad individual se halla en peligro si la Constitución, en lugar de limitarse a proteger los derechos individuales frente al Estado, impone a los individuos el deber de respetar los derechos de los demás. La objeción, añade, puede provenir de una posición “conservadora” y de otra “progresista”.

La posición “conservadora” no quiere que la Constitución dote a los derechos de eficacia frente a los particulares porque no desea que los derechos de propiedad privada y de libertad de contratación se vean limitados.

Son efectivamente muchos los autores que alertan sobre el riesgo que puede suponer para la autonomía de la voluntad la atribución de efectos directos en las relaciones jurídico-privadas a los derechos fundamentales. Porque este fenómeno es parejo a una reconsideración del modelo tradicional de autonomía de la voluntad²²¹ y a una mayor acentuación de los valores de igualdad real y de respeto a la dignidad humana frente a ese modelo tradicional de autonomía de la voluntad, basado en la consideración de que los particulares, en sus relaciones privadas, se mueven en un plano de igualdad formal y que por ello el acuerdo alcanzado por las partes para regular tales relaciones se presume siempre correcto, y en el que el único “orden público” que limitaba la libertad de pactos venía

²²⁰ Ver *infra* epígrafe X-B “el riesgo del juez desvinculado”.

²²¹ Sobre esta cuestión, María VENEGAS GRAU, “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada”, *cit.*, en especial págs. 57 y siguientes.

determinado en buena parte por los dictados de la moral burguesa decimonónica (ilicitud del comercio carnal, de los juegos de azar, etc)²²².

Sin entrar a analizar detenidamente la cuestión, íntimamente relacionada con la posibilidad de renuncia o limitación consentida de los propios derechos fundamentales²²³, pueden apuntarse ahora unas simples notas: de un lado, pese a que la autonomía de la voluntad tiene un anclaje constitucional claro en varios artículos de la Constitución (10.1, 22, 33, 38), no puede dársele un valor superior al del resto de los derechos fundamentales o bienes iusfundamentales. De otro, también es cierto que en esta materia no puede relegarse a la autonomía de la voluntad a un segundo plano²²⁴. En todo caso, creo que no es aceptable rechazar la posibilidad de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares por el riesgo que ello supone para la autonomía de la voluntad sin hacer referencia alguna al fundamento constitucional de esta institución. No es un derecho fundamental, pero sí una institución con anclaje constitucional, estrechamente ligada a varios derechos fundamentales (señaladamente, dos reconocidos en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I, el derecho de propiedad del art. 33 y la libertad de empresa del art. 38), y como tal ha de ser considerada cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales. No puede tomarse, pues, como algo con un fundamento iusnatural, como una institución “previa” a la

²²² Sobre el sentido de la “igualdad” instaurada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, José María RODRÍGUEZ PANIAGUA (“Derecho Constitucional y Derechos humanos en la revolución norteamericana y en la francesa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-abril 1987, pág. 65), afirma: “Así ocurre con la primera frase (después del preámbulo), la más famosa y tal vez la clave de toda la Declaración: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». Lo que primero suena y que todo el mundo capta es la proclamación de la libertad y de la igualdad: esto a todo el mundo gusta; la coletilla, «en derechos», queda en penumbra; y, sin embargo, es la que determina el sentido de la igualdad reconocida. Esta no es otra que la supresión de los estamentos privilegiados (clero y nobleza), es decir, la abolición del régimen feudal, ya reconocida la noche del 4 de agosto y de hecho impuesta en la práctica por la revolución campesina e incluso antes; porque puede decirse que, antes de la Revolución, los franceses eran mucho más desiguales en derechos que en la realidad, mientras que con la Revolución se suprime la desigualdad en los derechos, pero no en la realidad”.

²²³ Sobre esta cuestión han tratado detenidamente numerosos trabajos, entre los que puede destacarse: Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *cit.*, María VENEGAS GRAU, “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada”, *cit.*, Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, “Derechos Fundamentales y Libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho* núm. 45, 2001, pág. 133-138, Jesús ALFARO AGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, Fasc. 1, 1993.

²²⁴ Robert ALEXY, “Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 522.

Constitución y que se impone a la misma. Como tal institución jurídica con anclaje constitucional e íntimamente relacionada con varios derechos fundamentales, cuando entre en conflicto con otros derechos fundamentales (no discriminación, intimidad, libertad ideológica, etc.), habrá de realizarse la correspondiente ponderación de bienes y derechos, del mismo modo que cuando otros derechos y bienes jurídicos iusfundamentales colisionan.

La crítica “progresista” de la *Drittwirkung* directa es, según Víctor FERRERES COMELLA, la que sostiene que debe ser la legislación, y no la Constitución, la que reconozca derechos frente a los particulares, pues existe una separación estructural crucial para la libertad: la que separa la esfera pública de la privada. Si los derechos constitucionales, originariamente previstos para regir en la esfera pública, se extienden a la esfera privada, se difumina la necesaria separación entre ambas.

A esto replica FERRERES COMELLA que la constitucionalización de la esfera privada no significa que no subsistan diferencias importantes entre las dos esferas. Cuando un derecho reconocido en la esfera pública se extiende a la privada, sucede con frecuencia que los particulares frente a los que se dirige ese derecho son, a su vez, titulares de otros derechos. Se produce entonces un conflicto de derechos que no se plantea en absoluto en la esfera pública y que puede ser resuelto de manera diversa según las circunstancias de cada tipo de caso. La consecuencia sería que el contenido específico de un mismo derecho será normalmente distinto según se dirija frente al Estado o frente a los particulares.

En esta crítica se hace mención a varias de las cuestiones más importantes que plantea esta materia. En primer lugar, que mientras que en las relaciones verticales en que se insertan los derechos fundamentales en su concepción de derechos públicos subjetivos, sólo uno de los polos de la relación, el ciudadano, es titular de derechos fundamentales, cuando se les dota de eficacia frente a terceros la relación en la que se produce esa eficacia es mantenida entre dos titulares de derechos fundamentales²²⁵.

Esto ha de ponerse en relación con la polémica sobre si de la regulación de los derechos fundamentales en la Constitución nacen deberes para los particulares. Santiago

²²⁵ Robert ALEXY, *op. cit.*, pág. 511.

VARELA DÍAZ²²⁶ mantiene una postura muy crítica hacia la *Drittwirkung* directa. Entiende que de la misma resulta una sujeción de las conductas de los ciudadanos a deberes jurídicos fijados en la Constitución, provistos de sanción y que integran un deber jurídico de subordinación del ciudadano a ciertos elementos valorativos o materiales, idea que reposa sobre la identificación entre lo político y lo social, entre gobernantes y gobernados, poderes públicos y ciudadanos, y que supone el abandono de la idea originaria o clásica del constitucionalismo como límite del poder, basada en separación entre Estado y sociedad civil²²⁷.

No comparto esta tesis. El contenido del derecho fundamental, como todo derecho subjetivo, se halla integrado por un determinado haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación –conectado con el ámbito material que da nombre al derecho- que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares. Estos concretos poderes y facultades, en cuanto manifestaciones o proyecciones del bien jurídico a cuya tutela se encomienda el derecho fundamental, constituyen su “contenido constitucionalmente protegido”²²⁸. La sujeción de los ciudadanos a la Constitución que establece el art. 9.1 de la Constitución no implica tanto, en materia de derechos fundamentales, el nacimiento de deberes autónomos como el respeto que cada ciudadano ha de tener a ese haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que los diversos derechos fundamentales otorgan a los demás

²²⁶ “La idea del deber constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 4, enero-abril 1982, págs. 69 a 96.

²²⁷ Afirma Santiago VARELA DÍAZ, *op. cit.*, pág. 88, como síntesis de su rechazo a la tesis de la *Drittwirkung* inmediata: “todo ello confirma que la Constitución es esencialmente una norma relativa al poder público o al orden jurídico, en cuanto fenómenos distantes y separados de las relaciones sociales; que no es posible, por tanto, acordar la naturaleza de la Constitución con esa pretendida identidad, sobre la que reposa, según vimos, la idea de una sujeción constitucional de las conductas privadas. Es decir: la identidad entre Estado y sociedad, entre poderes públicos y ciudadanos, entre el hecho de poder y la idea moral de obligación. Así sucede que la Constitución, conforme a su naturaleza, se manifiesta incapaz de establecer vínculos eficaces para las conductas privadas. Hasta el punto de que incluso aquellas normas constitucionales que aparentemente se refieren a tales conductas acaban revelándose como normas relativas al ejercicio del poder”. También en la doctrina alemana se ha afirmado que de la tesis de la *Drittwirkung* inmediata convierte los derechos fundamentales en obligaciones para los ciudadanos (H. EHMKE, citado por Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 273, nota al pie 89). Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (“Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 146) alertan sobre el “totalitarismo de los derechos fundamentales” que podría suponer el reconocimiento de que los particulares también están vinculados por los derechos fundamentales.

²²⁸ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 10-11.

ciudadanos. Que un empresario no pueda despedir a un trabajador por la ideología de éste no significa que de la Constitución se derive su sometimiento a un “deber jurídico de subordinación a ciertos elementos valorativos o materiales”, como pretende Santiago VARELA DÍAZ, sino más bien que se reconoce y garantiza al trabajador un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que no puede ser vulnerado por los demás, y concretamente por su empleador en la relación contractual laboral que les une. Cuestión distinta es que ese empresario tenga unos poderes de dirección y disciplinarios, basados en los derechos fundamentales a la propiedad y a la libertad de empresa, que modulan el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador en el seno de la relación laboral, o que dicho empresario sea también titular de derechos fundamentales encuadrables en el art. 16 de la Constitución y que si la empresa puede ser considerada *de tendencia*, se producen unas limitaciones recíprocas entre la libertad religiosa e ideológica de que son titulares ambos particulares en la relación jurídica que les une. Ver en eso un riesgo de “totalitarismo de los derechos fundamentales” creo que es, simplemente, sacar las cosas de su sitio.

La segunda cuestión que pone de manifiesto esta crítica “progresista” es el importante papel que, por lo antes expuesto, tiene la labor de ponderación entre los derechos fundamentales, bienes iusfundamentales y demás bienes y derechos protegidos por el ordenamiento jurídico, y también los riesgos de inseguridad jurídica que esa ponderación entraña²²⁹.

Y por último, que hay que plantearse hasta qué punto el contenido de los derechos fundamentales puede no ser el mismo cuando se insertan en una relación de derecho público que cuando afectan a relaciones entre privados²³⁰.

²²⁹ Especialmente alerta con los riesgos que la técnica de ponderación entre derechos fundamentales entre sí o con otros bienes iusfundamentales conlleva se muestran Ignacio de OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 124 y Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 55 y siguientes.

²³⁰ Manuel MEDINA GUERRERO, con cita de la STC 99/1994, de 11 de abril, f.j. 4º, en “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 86.

C) LA EFICACIA MEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Frente a esta versión “dura” de la *Drittwirkung*, otros autores se niegan a admitir la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y en su lugar prefieren hablar de una eficacia mediata.

Para esta teoría, los derechos fundamentales obligan a los particulares en sus relaciones privadas pero sólo indirectamente, como decisiones valorativas objetivas que se proyectan sobre el conjunto del ordenamiento y, en esa medida, vinculan al legislador y al juez. No son, pues, los actos de los sujetos privados, sino las normas de Derecho privado elaboradas por el legislador, o las resoluciones judiciales dictadas por los jueces resolviendo litigios entre particulares las que están directamente vinculadas a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales obligan directamente a los poderes públicos y sólo indirectamente a los particulares. Tienen una repercusión cierta sobre el ordenamiento jurídico-privado, pero no en el sentido de que impongan a los individuos, en sus relaciones con los demás sujetos, un deber de acción o de omisión invocable en la vía judicial.

Esta es la postura mantenida por el Tribunal Constitucional Federal y la mayoría de la doctrina en Alemania²³¹, y también por algunos autores en nuestro país.

Los distintos autores que defienden esta *Drittwirkung* mediata suelen coincidir en dos ideas-fuerza que han de ser preservadas frente a la proyección horizontal de derechos fundamentales: la protección del principio de la autonomía de la voluntad como rector de las relaciones entre particulares y la defensa de la independencia del Derecho privado frente al Derecho constitucional.

Fue Günter DÜRIG²³² quien formuló esta versión de la *Drittwirkung* según la cual los derechos fundamentales tienen una eficacia mediata en las relaciones entre particulares.

²³¹ Ver *infra* epígrafe V-A, “Alemania”.

²³² “Grundrechte und Zivilrechtsprechung”, FS Nawiavsky, Th. Maunz (hrsg.), Munich, 1956, citado por Alexei Julio ESTRADA, Ingo Wolfgang SARLET y Juan María BILBAO UBILLOS.

DÜRIG parte de que el principio de garantía de la dignidad de la persona, establecido en el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, no se limita a establecer una obligación negativa a cargo del Estado, la de abstenerse de violaciones de la dignidad humana y de los derechos fundamentales que le están ligados, sino que impone un deber de proteger y tutelar los valores que los derechos fundamentales y el concepto normativo de la dignidad humana colocan como base del ordenamiento. Pero objeta que la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares acabaría por generar una estatalización del Derecho privado y un virtual vaciamiento de la autonomía privada. En consecuencia, es tarea del legislador realizar, en el ámbito de su libertad de conformación y en la condición de destinatario principal de las normas de derechos fundamentales, la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones jurídico-privadas. El sistema de valores que encarna la regulación constitucional de los derechos fundamentales informa el Derecho privado de la misma forma que lo hace con el resto del ordenamiento jurídico, por lo que debe ser respetado por el legislador al formular las normas de Derecho privado.

Es, pues, el legislador, quien ha de resolver los posibles conflictos que se produzcan entre los derechos fundamentales de los que son titulares los particulares. Sobre este particular, afirma Konrad HESSE: “en la medida en que los derechos fundamentales también han de ser protegidos en el Derecho Privado, lo que puede hacerse particularmente mediante preceptos imperativos, el legislador... debe considerar las posiciones jurídico-fundamentales que vengan al caso correspondientes a ambas partes, y, si coliden, ordenarlas recíproca y proporcionalmente”²³³.

Del mismo modo, este orden de valores debe ser respetado por la interpretación judicial de normas de Derecho privado, no tanto directamente como a través de la interpretación de las cláusulas generales (*Generalklauseln*: buena fe, buenas costumbres, moral, orden público) incluidas en el Código Civil, que actuarían como “puntos de irrupción” de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico-privado.

La eficacia de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado es consecuencia de la vinculación de la legislación y la

²³³ “Derecho Constitucional y Derecho privado”, *cit.*, pág. 64 y siguientes.

jurisprudencia a la Constitución, entendida como la norma suprema que preside el ordenamiento jurídico, considerado como un todo unitario. Los derechos fundamentales son normas de principio dadas para todo el ordenamiento, no sólo para el Derecho público.

De acuerdo con esta segunda versión de la *Drittwirkung*, dos serían las vías por las que los derechos fundamentales inciden en el Derecho privado. La primera sería la acción del legislador, a través de las leyes que los Parlamentos democráticos elaboran, tomando en consideración los valores objetivos que esos derechos fundamentales representan. La ley es el medio óptimo para conjugar en este ámbito los derechos fundamentales y la autonomía privada. Se trataría de una función fundamentalmente creadora, con el límite del contenido esencial del derecho fundamental, que en todo caso ha de ser respetado, pero con un amplio margen para que el Parlamento democrático haga distintos desarrollos legislativos, según el juego de mayorías parlamentarias existente en cada momento, puesto que la Constitución no determina el concreto nivel de vigencia que los derechos fundamentales han de tener en las relaciones jurídico-privadas. Este “margen de maniobra” del legislador democrático ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional español desde el inicio de su funcionamiento. En la STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 7º, afirma el Tribunal:

“Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53”.

La segunda sería la actuación de los jueces y tribunales, al interpretar y aplicar el Derecho teniendo en cuenta los valores que los derechos fundamentales encarnan. Los jueces no declaran derechos subjetivos “fundamentales” en las relaciones privadas, sino que tienen en cuenta los valores que éstos representan para la interpretación del Derecho privado. Los conceptos indeterminados que suponen las cláusulas generales a que antes se ha hecho referencia (buena fe, buenas costumbres, moral, orden público) han de ser entendidos a la

vista de esos valores presentes en los derechos fundamentales. Como afirma Juan María BILBAO UBILLOS²³⁴, para la tesis de la Drittwirkung mediata es el juez, en el desarrollo de su función jurisdiccional, el vehículo a través del cual se concreta esa incidencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado. El Tribunal Constitucional Federal alemán parte de la incapacidad o inidoneidad de las disposiciones constitucionales para solucionar directamente un conflicto entre particulares. Para evitar la desconexión entre la normativa constitucional y el Derecho privado, se abre una puerta de entrada a la influencia de los valores constitucionales, una “vía suave y flexible” de penetración. Los derechos fundamentales van a llenar de contenido preciso las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados típicos del Derecho común (orden público, buenas costumbres, buena fe...), cláusulas y conceptos susceptibles de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial²³⁵.

Esta doctrina presupone el reconocimiento del significado objetivo de los derechos fundamentales, una dimensión que ha sido resaltada por la teoría de los valores (*Wertheorie*), que goza de un amplio respaldo entre los juristas alemanes²³⁶. Los derechos fundamentales, en su conjunto, se conciben como un sistema de valores, expresión de una determinada conciencia de la dignidad humana, que pretende tener vigencia en todas las esferas del ordenamiento y servir de inspiración al legislador y al juez en materia civil²³⁷. En

²³⁴ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, páginas 302 y siguientes.

²³⁵ La STC 6/1988, de 21 de enero, parece apuntar en esta dirección al declarar en su f.j. 5º:

“No es ésta, desde luego, una cuestión que resulte ajena a nuestra Jurisdicción en un recurso como el presente, pues las categorías que ordenan el recto desenvolvimiento de las relaciones contractuales (las de "lealtad", "confianza" y "buena fe" que aquí se aplicaron) pueden ser objeto de examen por este Tribunal -y no sólo por los órganos judiciales ordinarios, inicialmente llamados a su interpretación- cuando tales nociones sirven para delimitar, en el proceso, el ámbito que corresponde a un derecho fundamental”.

²³⁶ Alessandro PACE (¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares”, *cit.*, pág. 186) se muestra muy crítico con esta teoría de los valores, en cuanto que “liberando” al intérprete de los vínculos textuales para consentirle realizar una pretendida mayor justicia en el caso concreto, antes o después acaba por debilitar, correlativamente, la tutela de los derechos fundamentales. Una vez teorizado el «subjetivismo» (y/o el «finalismo») de las elecciones interpretativas –como tal ineliminable en la teoría de los valores- nadie ni nada garantiza que dicho subjetivismo se utilice *sólo en favor* de los derechos humanos.

²³⁷ Esta concepción es llevada, en mi opinión, a límites extremos, influenciadas en exceso por concepciones iusnaturalistas, por autores como Christian STARCK (“Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, pág. 74 y siguientes), quien afirma que “aun cuando en el tráfico jurídico entre particulares deben ser respetados la vida, la salud, el honor y la propiedad, esto no es una consecuencia de una vinculación inmediata de todos los ciudadanos a los derechos fundamentales, que se ha concretado en la ley, sino de las

consecuencia, los derechos fundamentales, además de ser derechos subjetivos de defensa, oponibles frente al Estado, operan como normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) que incorporan valores cuya protección no puede supeditarse a la naturaleza pública o privada de una concreta relación, por lo que estarían dotados, por eso mismo, de una especial fuerza expansiva. Este efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*), que supera la tradicional incomunicación entre el Derecho público y el privado, se proyecta sobre todas las normas del ordenamiento y afecta a todos los poderes del Estado (no sólo al judicial). Rigen como principios supremos del ordenamiento jurídico en su conjunto, no sólo en la relación entre el individuo y el poder público, sino también afectando a las relaciones entre particulares, limitando su autonomía de la voluntad. Pero, a diferencia de lo sostenido por los partidarios de reconocer eficacia directa a los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, el Tribunal Constitucional Federal alemán niega que el particular sea titular de un derecho fundamental en el seno de sus relaciones jurídico-privadas.

Esta tesis fue acogida en la sentencia del caso *Lüth*²³⁸, de 15 de enero de 1958. En ella se resolvía el recurso de amparo interpuesto por H. Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, que fue condenado por los tribunales ordinarios por una “incitación al boicot contraria a las buenas costumbres”, en base al parágrafo 826 del Código Civil alemán, BGB, por haberse expresado públicamente, con motivo de un festival cinematográfico, contra el director de una de las películas, cuyas actividades durante el Tercer Reich expuso y censuró, y haber enviado una carta abierta a la prensa exhortando a no comercializar la película y a que el público no fuera a verla.

reglas de la convivencia recibidas, sobre las que también se fundamentan los derechos fundamentales... En el tráfico jurídico del Derecho privado se trata siempre y solamente de la contemplación sobre la imagen del hombre que ha sido expresada en los derechos fundamentales”. Sustituir la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares por la vinculación del tráfico jurídico-privado a “los valores recibidos” y a la “imagen del hombre”, como conceptos previos a los derechos fundamentales, supone sustituir un debate jurídico, por complejo que sea y por complejos que sean los problemas derivados de la concisión de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, por un debate centrado exclusivamente en el campo de valores tan etéreos como los citados por STARCK, más propio de la filosofía del Derecho que del Derecho positivo.

²³⁸ BVerfGE 7, 198. Según Ernst-Wolfgang BÖCKENFORDE, entre la interposición del recurso de amparo y la sentencia transcurrieron más de 6 años, lo que indica que el Tribunal Constitucional Federal era consciente de su importancia capital.

Los puntos más relevantes de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional Federal son:

- La Constitución, al regular los derechos fundamentales, no quiere ser neutral frente a los valores, sino que instaura un sistema de valores que tiene su centro en el libre desarrollo de la personalidad humana y su dignidad en el interior de la comunidad social, sistema que debe regir en todos los ámbitos del Derecho, incluido el civil, cuyas disposiciones no pueden interpretarse en contradicción con él.

- La influencia de los derechos fundamentales, como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del Derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio.

- Para la realización de la influencia de los valores constitucionales en el ordenamiento civil sirven, sobre todo, las "cláusulas generales" que remiten para el juicio de la conducta humana a medidas metaciviles e incluso metajurídicas. Por eso se han calificado las cláusulas generales como los "puntos de irrupción" o "penetración" de los derechos fundamentales en el Derecho civil (DÜRIG).

- Por mandato constitucional, el juez ha de examinar si las disposiciones de Derecho civil están influidas por los derechos fundamentales y lo ha de tener en cuenta en su labor de aplicación e interpretación. El juez civil está vinculado a los derechos fundamentales. Si no observa esa medida y basa su sentencia en el olvido de la influencia de la Constitución sobre las normas civiles, no sólo actúa contra el Derecho constitucional, sino que como poder público viola mediante su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto también por el poder judicial tiene el particular un derecho jurídico-constitucional. Contra dicha sentencia puede recurrirse al Tribunal Constitucional Federal en "queja constitucional" (el equivalente a nuestro recurso de amparo).

El Tribunal Constitucional Federal, en esta sentencia, censuró al órgano judicial por no tener en cuenta las modificaciones del Derecho privado que resultan de la conexión con las normas que garantizan los derechos fundamentales y libertades públicas y se reservó la

facultad de controlar, por vía del recurso de amparo constitucional, el acierto de los tribunales ordinarios a la hora de medir el “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales en el ámbito normativo en cuestión.

Así pues, de acuerdo con Juan María BILBAO UBILLOS²³⁹, el Tribunal Constitucional Federal alemán, aunque considera que los derechos fundamentales operan no sólo frente a los poderes públicos, descarta, sin embargo, su vigencia inmediata e incondicionada en las relaciones privadas. Se amplía el área original de incidencia de los derechos fundamentales, pero esa extensión se efectúa en su dimensión de valores, que el juez ha de interiorizar, y no en su calidad de derechos subjetivos. El juez no puede reconocer la oponibilidad *erga omnes* del derecho subjetivo constitucional. Se ha de limitar a ponderar los bienes e intereses en juego teniendo presente ese efecto de irradiación. Los derechos fundamentales informarían la práctica judicial como simples parámetros interpretativos, a los que se acude, sobre todo, cuando existen lagunas que integrar o la ley está redactada de forma imprecisa. Se trataría de una influencia correctora o matizadora en sede interpretativa, característica de todos los principios generales del Derecho. Una influencia que afectaría, en primer lugar, a aquellas disposiciones del Derecho Privado que contienen reglas imperativas y forman parte, por ello, del orden público, en el sentido más amplio, como veíamos que se declaraba en la sentencia del caso *Lüth*.

Para Claus-Wilhelm CANARIS²⁴⁰, que critica la tesis de la “irradiación” de la sentencia del caso *Lüth*, los derechos fundamentales tienen una eficacia mediata en las relaciones entre particulares que se traduce en la vinculación del legislador al elaborar las leyes de Derecho privado a los derechos fundamentales, derivada del art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn y que responde a la idea de que la Constitución es norma superior también respecto al Derecho privado, y asimismo en que los derechos fundamentales valen también para la aplicación y el desenvolvimiento judicial de Derecho privado, no tanto por la previsión de vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales del art. 1.3 Ley Fundamental de Bonn como porque en el plano fáctico las leyes sólo tienen eficacia con

²³⁹ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, páginas 312 y 313.

²⁴⁰ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, traducción al portugués de Ingo Wolfgang SARLET y Paulo MOTA PINTO, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, pág. 129 y siguientes.

contenido concreto si son aplicadas por la jurisdicción, lo que se vería confirmado por el art. 93.1.4.a de la Ley Fundamental de Bonn, del que resulta la posibilidad de impugnación de las decisiones de los tribunales ante el Tribunal Constitucional Federal porque al aplicar erróneamente el Derecho privado hayan vulnerado los derechos fundamentales. CANARIS también sostiene claramente que en las relaciones horizontales, el particular no es titular de derechos fundamentales, y critica por ello al Tribunal Constitucional Federal alemán cuando en la sentencia del caso *Blinkfuer*²⁴¹, junto al mandato de protección, reconoció el aspecto subjetivo del derecho fundamental al afirmar: “el boicot del seminario Blinkfuer violó esta libertad garantizada constitucionalmente”. Según CANARIS²⁴², el boicot en cuanto tal sólo podría violar el derecho fundamental si el autor del boicot fuese un destinatario normal de la Constitución, es decir, un poder público. Por tanto, la libertad de empresa del editor de Blinkfuer no fue violada por quien promovió el boicot (el poderoso grupo editorial Springer, editor, entre otros, del Bild Zeitung²⁴³) sino por el Tribunal Supremo Federal, o por la “norma del caso” subyacente a su sentencia, según la cual no procede conceder protección a una empresa de comunicación social contra una llamada al boicot apoyada por presiones económicas.

En nuestra doctrina, autores como Francisco RUBIO LLORENTE²⁴⁴ mantienen la tesis de que los derechos fundamentales y libertades públicas vinculan inmediatamente sólo a los poderes públicos, aunque mediatamente, a través de la ley y muy especialmente de las cláusulas generales, también a los particulares. Jesús ALFARO AGUILA-REAL²⁴⁵ opina, en línea con la tesis del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que las cláusulas generales del Derecho privado son auténticas “normas de delegación” al juez por parte del legislador para que aquél “componga” la norma concreta aplicable al caso mediante un proceso de “concretización”. Normas como las de los arts. 6.2²⁴⁶, 7.2²⁴⁷ y 1255²⁴⁸ del Código Civil

²⁴¹ BVerfGE 25, 256

²⁴² *Idem* pág. 85.

²⁴³ No puedo dejar de recordar aquí la referencia a los métodos periodísticos del diario Bild Zeitung contenidos en “El honor perdido de Katharina Blum” de Heinrich Böll, con mención expresa a los mismos en la nota introductoria del autor.

²⁴⁴ “El recurso de amparo constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 141.

²⁴⁵ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 75.

²⁴⁶ “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo

establecen los límites a la autonomía privada. Al interpretar lo que sea “antisocial” o “contrario al orden público” el juez debe incorporar los valores recogidos en la Constitución, y de este modo los jueces contribuyen a dotar de vigencia social a los derechos fundamentales pero no están autorizados a dotar de vigencia entre particulares a los derechos fundamentales más allá de esta delegación legislativa.

D) CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA EFICACIA MEDIATA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Como se ha expuesto anteriormente²⁴⁹, Hans Carl NIPPERDEY, admitiendo el acierto del reconocimiento del efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, criticó la tesis de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares mantenida en por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del caso *Lüth* por desconocer el efecto normativo directo de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado y exigir la presencia de normas de Derecho imperativo o de cláusulas generales como “puntos de infiltración”.

Son varias las críticas que se han hecho a esta doctrina de la *Drittwirkung* mediata. Alexei Julio ESTRADA²⁵⁰ recoge algunas de ellas. La vinculación del legislador a los derechos fundamentales constitucionales, transformándolos en Derecho vinculante (que se hace efectiva a través del sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, constituido por el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) no es *Drittwirkung*. Si el particular sólo está vinculado a la ley que desarrolla los derechos fundamentales, se está negando la

serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

²⁴⁷ “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

²⁴⁸ “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

²⁴⁹ Ver *supra* epígrafe IV-A “La eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas”.

²⁵⁰ “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 122 y siguientes.

vinculatoriedad de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución respecto de los particulares, y se trata de vinculación del poder público a la Constitución y de los particulares a la ley. En el reconocimiento de eficacia indirecta de derechos fundamentales, como normas objetivas de principio, realmente no opera el derecho fundamental, sino el principio que el derecho fundamental justifica.

Si se considera al derecho fundamental como una mera norma de principio, es un simple mecanismo de interpretación adaptadora de preceptos legales ordinarios a mandamientos constitucionales²⁵¹. Si las cláusulas generales son meras normas de referencia que cada vez han de ser colmadas por el contenido específico del derecho fundamental, se vacía de contenido a cláusulas generales de contenido propio (buena fe, orden público, etc), convirtiéndolas en meras normas de reenvío. Distinto es que puedan coincidir conceptos de moral social que encarnan las cláusulas generales con el contenido valorativo de derechos fundamentales, pero eso no es dotar a los derechos fundamentales de eficacia en las relaciones jurídicas.

Ingo Wolfgang SARLET²⁵² entiende que no debe confundirse el problema de la eficacia de las normas de derechos fundamentales en el Derecho privado y su aplicación a las relaciones jurídico-privadas (que incluye la vinculación del legislador privado y de los órganos judiciales en cuanto les incumbe la aplicación de las normas jurídico-privadas) con el problema específico de la vinculación de los particulares, en su condición de destinatarios de las normas, a los derechos fundamentales. Porque, añade SARLET, el hecho de que el legislador disponga, en principio, de la prerrogativa y de la primacía de la concretización de las normas de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas (lo que, guardando ciertas distancias, también ocurre en el Derecho público) es, en definitiva, corolario de la propia vinculación directa del legislador (como órgano estatal) a los derechos fundamentales, situación que no puede ser confundida con el problema específico de la vinculación de los particulares.

²⁵¹ En nuestro ordenamiento, art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²⁵² “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en *A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, pág. 141 y siguientes.

En nuestra doctrina, Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, en un trabajo pionero sobre la cuestión²⁵³, critica la postura del Tribunal Constitucional Federal alemán y la tesis de la *Drittwirkung* mediata que éste postula. Pone de relieve este autor que la sentencia del caso *Lüth* evita afirmar que el señor Lüth ejerza un derecho fundamental a la libertad de expresión. Lo que dice el Tribunal Constitucional alemán es que el parágrafo 826 del Código Civil alemán, BGB, ha quedado modificado por la Constitución. Entiende QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO que la transformación de los derechos fundamentales en valores y principios objetivos, de los que nadie es titular, dejando de configurarse como derechos subjetivos perfectamente delimitables y oponibles frente a todos, supone una “degradación” de los derechos fundamentales. Porque, como afirma Robert ALEXY²⁵⁴, el reconocimiento de derechos subjetivos significa una mayor medida de realización que la sanción de meros mandatos objetivos. Una mera prohibición objetiva de intervención es menos que un derecho subjetivo de defensa con el mismo contenido²⁵⁵.

En segundo lugar, y en concreta referencia a la sentencia del caso *Lüth*, se pregunta Tomás QUADRA-SALCEDO cómo el Tribunal Constitucional Federal anula una sentencia que, según él, no viola un derecho fundamental del señor Lüth (pues éste no era titular de derechos fundamentales en el seno de la relación jurídico-privada que era objeto del enjuiciamiento del órgano judicial) sino la interpretación del derecho objetivo, cuando el *Verfassungsbeschwerde* (equivalente a nuestro recurso de amparo constitucional) sólo se concede a quien ha visto violado uno de sus derechos fundamentales. Critica fuertemente este autor la consideración de que, en el Derecho privado, los derechos fundamentales sólo actúan como valores. Afirma que la dificultad de interrelacionar los derechos fundamentales con el principio de autonomía de la voluntad que, en base al art. 10 de la Constitución española, inspira y sustenta todo el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas, no justifica que tales derechos dejen de ser derechos subjetivos porque pierdan claridad y

²⁵³ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 54, 63 y 77.

²⁵⁴ “Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 440.

²⁵⁵ Aunque en este extremo Robert ALEXY asume la postura del Tribunal Constitucional Federal de que ese derecho subjetivo de los ciudadanos, derivado del derecho fundamental, es solamente un derecho a que los fallos de los tribunales no lesionen con su contenido derechos fundamentales, lo que no comparto, como expongo a continuación.

carácter absoluto al tenerse que articular con otros derechos: “los derechos fundamentales tienen una misión multifuncional, son desde luego valores, pero no pueden dejar de ser, sobre todo, derechos subjetivos, por inciertos que puedan ser sus límites”.

En definitiva, estas voces críticas rechazan la tesis mantenida en la sentencia del caso *Lüth* de que los ciudadanos no son titulares de derechos fundamentales frente al resto de los ciudadanos, sino que tienen una expectativa a que los fallos de los tribunales no lesionen con su contenido los derechos fundamentales. Los ciudadanos tienen no sólo una expectativa a que un tribunal tenga en cuenta principios iusfundamentales en la interpretación y aplicación del Derecho, sino que tienen también derechos subjetivos concretos derivados de las normas reguladoras de los derechos fundamentales, son titulares de tales derechos fundamentales también en el seno de las relaciones entre particulares. Lo primero, la “expectativa” a que los fallos de los tribunales no lesionen con su contenido los derechos fundamentales, la tienen todos, sean o no titulares de derechos fundamentales, tanto personas físicas como jurídicas, y tanto privadas como públicas, y equivale en la práctica al derecho a la tutela judicial efectiva, a que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico sea aplicado por los jueces en sus resoluciones.

En opinión de Juan María BILBAO UBILLOS²⁵⁶, el Tribunal Constitucional español no ha formulado una teoría análoga a la sentada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso *Lüth* y siempre ha dado a entender que lo que rige en la relación jurídico-privada, lo que el órgano judicial ha de tutelar cuando se solicita su intervención, es el derecho fundamental, en tanto que derecho subjetivo, y no el valor subyacente. Cuando el Tribunal Constitucional declara la nulidad de un despido por violación de un derecho fundamental está reconociendo que ese derecho ha sido vulnerado por el empleador en el marco de la relación laboral, no está reconociendo el derecho del trabajador a que el órgano judicial interprete la legislación laboral con arreglo a los valores constitucionales ni su derecho a la correcta aplicación del sistema de fuentes.

²⁵⁶ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, páginas 322 y 323.

Cuestión distinta es que la configuración legal, que no constitucional, del recurso de amparo constitucional como recurso frente a actos de los poderes públicos²⁵⁷ haga que el Tribunal Constitucional controle de forma mediata²⁵⁸ y no directa las vulneraciones de los derechos fundamentales causadas por los particulares, dado que lo hace a través de las resoluciones de los jueces ordinarios que no ampararon adecuadamente frente a tal vulneración.

E) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DEBERES DE PROTECCIÓN

Pese a que la polémica entre la *Drittwirkung* mediata e inmediata sigue abierta, se observa la irrupción de una nueva perspectiva, relacionada con la concepción de los derechos fundamentales como imperativos de tutela, mandatos de protección o deberes de protección, según la distinta terminología empleada por la jurisprudencia y la doctrina.

Jean RIVERO²⁵⁹ y Tomas QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO²⁶⁰ destacan como precedente de esta construcción la importante doctrina sentada en Francia por el Consejo de Estado en su *arrêt Benjamin* de 19 de mayo de 1933, en que, a propósito de la libertad de reunión, sentó el criterio de que esta libertad no se agota en el deber de abstención del Estado frente a una reunión que no altera el orden público, sino que el Estado está obligado a procurar que los demás respeten también el ejercicio de ese derecho de reunión, no siendo admisible que el Estado no utilice sus fuerzas de policía contra quienes pretenden alterar el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás. Si una reunión amenaza con ser perturbada por contramanifestantes, el primer deber de la autoridad de policía, cuando tiene medios materiales para ello, es utilizar estos medios para permitir a las dos reuniones antagonistas desarrollarse simultáneamente, no solamente para

²⁵⁷ *Infra* epígrafe IX-D-b-1, “art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el requisito del origen público de la lesión del derecho fundamental”.

²⁵⁸ Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, pág. 192, en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

²⁵⁹ “La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées”, en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, Tomo III, Edit. A. Pedone, Paris, 1971.

²⁶⁰ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 67 y siguientes.

prevenir un atentado al orden (para ello bastaría la prohibición de ambas) sino también que la libertad de unos no sea menoscabada por los otros.

Desde hace ya cierto tiempo, el Tribunal Constitucional Federal y la ciencia jurídico-constitucional alemana atribuyen a los derechos fundamentales una función de “imperativos de tutela” o “deberes de protección”, adicional a su función como “derechos de defensa”, que tiene trascendencia especialmente en las relaciones entre particulares.

El Tribunal Constitucional Federal alemán, en la sentencia del caso *Schleyer*²⁶¹, que resolvía el amparo solicitado por el hijo del presidente de la patronal alemana para que el Gobierno aceptara las exigencias de los secuestradores de su padre, que amenazaban con matarle (lo que finalmente hicieron), derivó del derecho fundamental a la vida (art. 2.2, de la Ley Fundamental de Bonn) un amplio deber del Estado de proteger toda vida humana “incluso frente a agresiones antijurídicas por parte de terceros”, si bien en el caso sometido a su consideración decidieron que correspondía a los órganos nacionales competentes adoptar la decisión de cómo reaccionar frente al chantaje terrorista, sin que el Tribunal pudiera prescribir una solución determinada a tales órganos. Y en su sentencia sobre el caso *KalKar*²⁶², admitió expresamente que del reconocimiento de los derechos fundamentales podrían derivarse deberes de protección “que ordenan conformar las regulaciones jurídicas de tal forma que se ponga coto al peligro de violaciones de derechos fundamentales”.

Según Ingo VON MÜNCH, mientras que los derechos fundamentales, en tanto que derechos de defensa, deben rechazar intervenciones o intromisiones injustificadas del poder estatal, el deber de protección derivado de los derechos fundamentales obliga a una intervención del Estado frente a vulneraciones de tales derechos procedentes no ya del propio Estado, sino de cualquier otra parte, y en concreto de la actuación de particulares²⁶³.

Este aspecto de los derechos fundamentales supone un acercamiento entre las categorías, propias del Derecho internacional público, de derechos civiles y políticos y

²⁶¹ BverfGE 46, 160

²⁶² BVerfGE 49,89 (8 de agosto de 1978)

²⁶³ “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 45.

derechos económicos y sociales, cuando los mismos tienen reconocimiento constitucional de derechos fundamentales. Tradicionalmente se había considerado que existía una diferencia radical entre unos y otros, puesto que mientras que los primeros suponían la existencia de deberes negativos, de abstención, por parte del Estado, de lo que derivaba su exigibilidad directa en vía judicial, los segundos suponían deberes positivos para el Estado, lo que les privaba de esa accionabilidad directa, puesto que el cumplimiento de tales deberes estaba supeditado a las capacidades financieras y presupuestarias del Estado, en las que el juez no puede inmiscuirse. Pero al reconocerse también a los derechos civiles y políticos una faceta de deber de protección, y al presentar algunos derechos económicos y sociales facetas de defensa o de garantía de indemnidad directamente actuables ante los tribunales, las diferencias entre una y otra categoría se relativizan, pasan a ser diferencias de grado más que diferencias sustanciales²⁶⁴.

Para Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE²⁶⁵ el deber de protección (que, entiende, puede que constituya el concepto central de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales), implica que los derechos fundamentales como normas objetivas de principio o decisiones axiológicas denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado; no son derechos que persigan la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos. Por ello, afirma Ekkehart STEIN²⁶⁶ “los derechos fundamentales no sólo se dirigen contra el Estado, sino que, además, le imponen la obligación de configurar la situación jurídica de los terceros de acuerdo con esos derechos fundamentales”. Los poderes públicos no sólo estarían obligados a respetar ellos mismos los derechos de rango fundamental, sino también a hacerlos respetar por todos.

Robert ALEXY²⁶⁷ examina la cuestión desde el punto de vista de los “derechos a protección” de los ciudadanos, reverso de los “deberes de protección” de los poderes públicos. Por “derechos a protección” habrán de entenderse los derechos del titular del

²⁶⁴ Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *cit.*, pág. 24-25.

²⁶⁵ “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, *cit.*, pág. 114-115.

²⁶⁶ “Derecho Político”, Aguilar, Madrid, 1973, pág. 242.

²⁶⁷ “Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 435 y siguientes.

derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. Los derechos a protección pueden tener objetos muy diferentes, desde la protección frente a acciones de homicidio del tipo clásico hasta la protección frente a los peligros del uso pacífico de la energía nuclear, y son bienes susceptibles de protección no sólo la vida o la salud, sino todo aquello que, desde una perspectiva iusfundamental, es digno de ser protegido, como la dignidad, la libertad, la familia y la propiedad. También son variadas las formas posibles de protección: la protección a través de normas de Derecho penal, de normas de Derecho procesal, de acciones administrativas o de la simple actuación fáctica. Son “derechos subjetivos constitucionales frente al Estado” para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía como así también la imposibilidad y la imposición de esta demarcación. Se plantea ALEXY la cuestión de si existen derechos subjetivos de protección o sólo normas que prescriben al Estado la protección de los individuos, sin conferirles derecho subjetivo. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal del caso *Kalkar*²⁶⁸ distingue entre derechos fundamentales y “deberes de protección jurídico-objetivos que pueden ser derivados del orden de los derechos fundamentales”, “que ordenan conformar las regulaciones jurídicas de forma tal que se ponga coto al peligro de violaciones de derechos fundamentales”. Según ALEXY, la tesis de esta sentencia ha de ser reinterpretada, pues presupone la posibilidad de lesiones de derechos fundamentales por parte de terceros; pero esta posibilidad existe sólo si existen relaciones iusfundamentales entre iguales que consisten en que ellos pueden ser destinatarios de derechos fundamentales, lo que ALEXY, en línea con la doctrina mayoritaria en Alemania, considera una tesis demasiado fuerte y problemática; más débil y menos problemática es la tesis de que el individuo tiene un derecho fundamental frente al Estado de protección con respecto a terceros.

Alexei Julio ESTRADA²⁶⁹, al analizar esta tesis surgida en la jurisprudencia y la doctrina alemana, entiende que una de las principales consecuencias del entendimiento de los derechos fundamentales como decisiones valorativas es la atribución a los derechos fundamentales de esta nueva función, el deber de protección, al lado de las funciones

²⁶⁸ BverfGE 49, 89

²⁶⁹ “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 74 y siguientes.

tradicionalmente reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia, fundamentalmente las relativas a la concepción de los derechos fundamentales como derechos de defensa. Esta nueva función afecta al comportamiento a adoptar por los órganos estatales cuando la conducta de terceros vulnera o pone en peligro bienes iusfundamentales de ciudadanos. La típica función de defensa no procede en estos casos pues el individuo afectado no gana nada con que se ordene a las autoridades estatales que se abstengan de intromisiones en su esfera de libertad. Hay que reclamar una actuación del órgano competente según las circunstancias (ejecutivo, legislador o judicial) para impedir la lesión iusfundamental. El desarrollo de esta faceta de los derechos fundamentales se debe fundamentalmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y actualmente tiene una recepción generalizada en la doctrina, desencadenada por la obra de Josef ISENSEE, para quien el deber de protección de los derechos fundamentales no constituye un cambio de su significado original, sino tan sólo el “redescubrimiento de su significado primitivo” como derechos subjetivos preestatales, concepción vinculada con el modelo contractualista de Estado. El fundamento del deber de protección sería, según Alexei Julio ESTRADA, la renuncia de la autodefensa privada y la consiguiente necesidad de protección pública.

A la pregunta que se formulaba Robert ALEXY de si corresponde al deber de protección un “derecho de protección” accionable por el particular, Alexei Julio ESTRADA entiende que tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán como el Tribunal Constitucional español han respondido afirmativamente.

Pero para la realización del deber de protección no suele haber una sola vía adecuada. Corresponde a las autoridades, especialmente al legislador (sentencia del Tribunal Constitucional Federal del caso *Schleyer*²⁷⁰), elegir la vía más adecuada. Al legislador le corresponde decidir la naturaleza de las normas que expida para cumplir el deber de protección en base a su pronóstico de efectividad (decidir, por ejemplo, si basta con que la vulneración del derecho fundamental constituya un ilícito de Derecho privado o son necesarias normas penales que sancionen tal vulneración) y ponderar los intereses en juego, limitando en su caso el derecho de protección en atención a derechos de terceros.

²⁷⁰ BverfGE 46, 160

También le corresponde tal deber de protección al poder judicial. De acuerdo con Luigi FERRAJOLI²⁷¹, en el papel de garante de los derechos fundamentales está el principal fundamento de la legitimación del poder judicial y su independencia de los demás poderes.

Para Ingo Wolfgang SARLET²⁷², la concepción de los derechos fundamentales como deberes de protección parte de presupuestos teóricos de la *Drittwirkung* indirecta. Los deberes de protección derivados de las normas definidoras de derechos fundamentales imponen a los órganos estatales (pues es el Estado el destinatario principal de esta obligación) un deber de protección de los particulares contra agresiones a los bienes jurídicos. Esta protección debe ser realizada por el legislador y subsidiariamente por los órganos judiciales. Por el contrario, Ingo VON MÜNCH²⁷³ no ve clara la relación mutua existente entre la construcción de un deber de protección del Estado frente a los ataques de particulares, por una parte, y la construcción de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, por otra. Se pregunta si el reconocimiento de la función de los derechos fundamentales como deber de protección significa el abandono de la *Drittwirkung*, cuestión a la que OETER responde afirmativamente, y que VON MÜNCH no ve claro en el caso de sentencias como la del agente comercial²⁷⁴. Concluye en todo caso VON MÜNCH que la función adicional de los derechos fundamentales como deberes de protección y la *Drittwirkung* son en todo caso construcciones afines, pero diferenciables dogmáticamente.

En esta línea se pronuncia también Alexei Julio ESTRADA²⁷⁵, que, examinando las construcciones teóricas de ISENSEE, OETER, STERN y CANARIS, entiende que aunque debe distinguirse en principio la cuestión de la *Drittwirkung*, que gira en torno a si, y cómo, los derechos fundamentales actúan en las relaciones entre particulares, y la de los deberes fundamentales de protección, que se dirigen al Estado y se insertan, por tanto, en la relación particular-Estado, hay coincidencias temáticas, pues es siempre objeto del deber-derecho de

²⁷¹ “El derecho como sistema de garantías”, en revista *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992, pág. 66.

²⁷² “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, *cit.*, pág. 126.

²⁷³ “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 47 y siguientes.

²⁷⁴ BverfGE 81, 242

²⁷⁵ “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 139.

protección la defensa de las intervenciones no estatales (producidas por particulares) en bienes iusfundamentalmente protegidos.

En nuestro país, esta cuestión está íntimamente relacionada con el problema procesal de la regulación (en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y no en la Constitución, al contrario de lo que ocurre en Alemania) del recurso de amparo como únicamente ejercitable frente a violaciones de derechos fundamentales procedentes de los poderes públicos²⁷⁶. Muy en sintonía con la jurisprudencia constitucional y la ciencia jurídica alemana, Jesús ALFARO AGUILA-REAL²⁷⁷ entiende que el problema de la vigencia social de los derechos fundamentales debe plantearse en la forma en que vinculan a los poderes públicos. Los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos (art. 53.1 de la Constitución) como mandatos para que respeten la esfera de libertad reconocida a los ciudadanos (prohibición de intervención) y, simultáneamente, como mandatos para que establezcan medios de protección eficaces frente a su infracción por otros particulares (exigencias de protección). La vinculación de los poderes públicos a la Constitución permite hablar de la existencia de un “derecho fundamental a la tutela (no sólo judicial) efectiva” en cuanto que los poderes públicos no sólo han de abstenerse de intromisiones ilegítimas, sino que están obligados también a garantizar a los particulares un mínimo de protección frente a su desconocimiento por parte de otros particulares (arts. 1, 9.2 y 53.1 de la Constitución)²⁷⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, en algunas resoluciones, ha enfocado la cuestión de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas desde el punto de vista de su consideración como mandatos de protección, pero normalmente lo ha hecho para solucionar el problema procesal derivado de la configuración del recurso de amparo por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como amparo frente a los poderes públicos, por lo que para permitir el acceso al amparo de quien había sufrido la vulneración del derecho fundamental debía imputar tal vulneración al órgano judicial que había

²⁷⁶ Ver *infra* epígrafe VIII-D, “la interferencia de cuestiones procesales relativas al recurso de amparo: el deber de protección”.

²⁷⁷ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 66 y siguientes.

²⁷⁸ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, págs. 83 y 23, no cree que el art. 53.2 de la Constitución establezca un “derecho fundamental” a los derechos fundamentales, sino que éstos, como tales derechos, tienen tutela judicial efectiva por el art. 24 de la Constitución, y lo tendrían aunque no existiera el art. 53.2 de la Constitución

incumplido ese deber de protección²⁷⁹. En algunas ocasiones la consideración de los derechos fundamentales como mandatos de protección no ha venido condicionada por esa cuestión procesal y ha sido referida al legislador. Así, en la STC 129/1989, de 17 de julio, declara en su f.j. 3º:

“La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones subjetivas que repunte a tal fin necesarias”.

Como se analizará con más detenimiento en el apartado correspondiente²⁸⁰, esta concepción de los derechos fundamentales como deberes de protección por el Estado, junto con la legitimación activa que se reconoce a los particulares en el art. 34, en la redacción dada por el Protocolo Adicional 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha permitido que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya condenado a Estados Parte por violación del citado Convenio en el caso de infracciones de derechos reconocidos en el Convenio provocadas por particulares, pero a las que los órganos judiciales del Estado no pusieron remedio.

F) CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO DEBERES DE PROTECCIÓN

Algunos autores parecen entender que la única virtualidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es la que se deriva de esa faceta de “deber de protección”, que hace que su eficacia se sitúe exclusivamente en la relación pública que se establece entre el legislador que debe proteger los derechos fundamentales al legislar en el

²⁷⁹ Ver *infra* epígrafe VIII-D, “la interferencia de cuestiones procesales relativas al recurso de amparo: el deber de protección”, y epígrafe IX-D-b, “la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo”.

²⁸⁰ Ver *infra* epígrafe V-E, “el espacio supranacional europeo”.

Derecho privado y los destinatarios de las normas legales, o entre el juez, órgano del Estado, y el particular que acude a él porque entiende que otro particular ha violado sus derechos fundamentales.

Por ejemplo, Jean RIVERO²⁸¹, mantiene que la eficacia de los derechos fundamentales sólo se concreta cuando las relaciones entre particulares emergen al nivel del debate contencioso, y la parte que considera que una de sus libertades ha sido infringida acude al juez, que, como órgano del Estado, está vinculado por los principios constitucionales que rigen la actividad estatal. A partir de ese momento, el problema abandona el ámbito de las relaciones entre particulares y se sitúa en el terreno de las relaciones entre particulares y el poder público. Si éste rehúsa la protección que se le pide, entonces hay ya una carencia imputable a un órgano estatal en la garantía de una libertad que está obligado a promover. Sobre la relación entre dos personas privadas, el recurso al juez incorpora una relación entre la parte que solicita la protección de su libertad y la autoridad pública, vinculada por los términos de la Constitución.

Tomando en consideración este “deber de protección” ínsito al derecho fundamental podría pensarse que la única virtualidad de los derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones entre particulares sería el deber del legislador y del poder ejecutivo, cada uno en su ámbito de competencias, de adoptar las normas que protejan los derechos fundamentales frente a injerencias de terceros, y el deber del juez, como poder del Estado, de actuar interpretando y aplicando las leyes que desarrollan las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (o, para el caso de que legislativamente no se haya desarrollado el derecho fundamental, aplicando las instituciones del ordenamiento jurídico conforme a las exigencias que se derivan de los derechos fundamentales) también cuando enjuicia relaciones jurídicas *inter privatos*, y si dicho enjuiciamiento no ha seguido esos parámetros, el ordenamiento jurídico prevé que el ciudadano pueda acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional pero no frente a la violación de su derecho fundamental por otro particular, sino frente a la acción del poder público, en este caso el judicial, que no protegió su derecho fundamental. Pero, como ya se ha dicho, eso no es otra cosa que la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn y

²⁸¹ “La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées”, *cit.*, pág. 320.

53.1 de la Constitución española), como por otra parte lo están al resto de la Constitución y del ordenamiento jurídico. No se aclara, pues, si los derechos fundamentales también rigen y son eficaces en las relaciones entre particulares.

En lo que afecta al poder judicial, al “deber de protección” de los derechos fundamentales que tendrían los jueces también cuando enjuician conflictos surgidos entre particulares, la virtualidad de los derechos fundamentales quedaría, pues, limitada a la relación pública que se establece entre el órgano judicial y los litigantes en cuya relación privada se produjo el conflicto, la alegada vulneración iusfundamental. Entiendo que esta idea no es correcta. Como recuerda Ingo VON MÜNCH²⁸², “el simple hecho de que un tribunal tenga que juzgar, en calidad de órgano estatal, una relación jurídico-privada, no altera en nada la naturaleza jurídica de la relación. El tribunal tiene que observar los derechos fundamentales en tanto que éstos están vigentes; no están vigentes (los derechos fundamentales) únicamente por el hecho de que un tribunal esté interviniendo”²⁸³. También en este sentido, afirma Rafael NARANJO DE LA CRUZ²⁸⁴ que “por ello, porque los derechos fundamentales también protegen al individuo en sus relaciones de Derecho privado, sería por lo que los poderes públicos, que están vinculados a los mismos, tienen el deber de, en su actividad legislativa, ejecutiva o judicial, respetar y proteger su desenvolvimiento en este ámbito de la vida de los ciudadanos, y no al revés”.

Quiere ello decir que el deber de protección que el tribunal tiene respecto del derecho fundamental del particular que solicita el amparo no quita que ese derecho fundamental tiene vigencia no solamente en el proceso judicial, sino también previamente, en la relación jurídico-privada que mantenía con otro particular y en el seno de la cual su derecho fundamental fue violado. Cuestión distinta es que, naturalmente, la *Drittwirkung* sólo

²⁸² “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 43, con cita a su vez de K. DOEHRING, “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, 3ª ed., 1984, pág. 309.

²⁸³ Cita también VON MÜNCH a Karl DOEHRING, en “Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland”, 3ª ed. 1984, pág. 309, citado también por Ingo Wolfgang SARLET, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, *cit.*, pág. 137, que afirma: “das Gericht hat die Grundrechte zu beachten soweit sie gelten; nicht etwa gelten sie weil ein Gericht entscheidet” (el Juez debe considerar los derechos fundamentales en la medida en la que valen; ellos no valen por el hecho de que un Juez o Tribunal así lo decide).

²⁸⁴ “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, *cit.*, pág. 244.

adquiere relevancia cuando, en caso de conflicto entre los particulares, un tribunal estatal interviene y decide sobre el alcance de la vinculación de un determinado derecho fundamental. Porque, como recuerda Juan Miguel BILBAO UBILLOS²⁸⁵, citando a Konrad HESSE²⁸⁶, contra el hecho de que alguien acepte limitaciones o vulneraciones de su derecho sin pedir tutela judicial, no existe garantía.

Como ya se ha comentado, en el Derecho español, el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que el recurso de amparo constitucional protege a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por la actuación de los poderes públicos. Gracias a la “relativización” que el Tribunal Constitucional ha hecho de la exigencia de origen inmediato y directo de la violación del derecho fundamental en un acto u omisión de un órgano judicial, puede recurrirse en amparo ante el Tribunal Constitucional la resolución del juez ordinario que no protegió el derecho fundamental, pero no directamente la propia violación del derecho fundamental por otro particular²⁸⁷. Además, está la influencia alemana, determinante en nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional por la “germanización” que se aprecia en muchos aspectos del tratamiento que la Constitución dio a los derechos fundamentales²⁸⁸, y en Alemania la previsión de vinculación inmediata de los poderes públicos del art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn (del que la previsión del art. 53.1 de la Constitución podría ser su equivalente) carece de una previsión de sujeción de todos los ciudadanos, y no sólo de los poderes públicos, a la Constitución (que sí contiene el art. 9.1 de la Constitución española), y la exclusividad del recurso de amparo frente a los actos de los poderes públicos tiene rango constitucional (art. 93.1.4-a de la Ley Fundamental de Bonn), y no infraconstitucional como ocurre en España (art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)²⁸⁹.

²⁸⁵ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 304, nota 164,

²⁸⁶ “Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland”, 17, 1990.

²⁸⁷ Ver *infra* epígrafe IX-D-b “la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo”.

²⁸⁸ Influencia alemana que, para algunos autores, como Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ (“Curso de derechos fundamentales. Teoría general”, *cit.*, pág. 618) o Javier BALLARÍN IRIBARREN (Recensión a “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 313), es excesiva.

²⁸⁹ En este sentido, María VENEGAS GRAU, “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, *cit.*, 2004, pág. 115.

Esto condiciona mucho el enfoque que se hace de la cuestión y puede explicar que parte de la doctrina, y algunas resoluciones del propio Tribunal Constitucional²⁹⁰, consideren determinante, en cuanto a la trascendencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, su función de deber de protección. Pero entiendo que esta configuración legal del recurso de amparo y esta influencia, quizás injustificada en este concreto aspecto, del modelo alemán, no resta fundamento a esta crítica: si el órgano judicial estaba obligado a proteger el derecho fundamental en la relación jurídico-privada sometida a su conocimiento (y, como no lo hizo, el particular recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, que puede anular la resolución judicial al otorgar el amparo solicitado), esta obligación venía determinada por el hecho de que el derecho fundamental tenía vigencia también en la relación jurídico-material de Derecho privado, y no solamente en la relación jurídico-procesal que surgió con el inicio del proceso judicial, por lo que el particular que infringió ese derecho fundamental en la relación jurídico-privada estaba sujeto al respeto al ámbito de facultades, garantías e inmunidad que para el otro particular suponía la titularidad del derecho fundamental. Por tanto, no es la intervención del juez lo que atribuye vigencia a los derechos fundamentales en la relación jurídico-privada, sino que el juez debe respetar y proteger esos derechos fundamentales porque están vigentes²⁹¹. Si los derechos fundamentales no desplegaran eficacia alguna en la relación jurídico-privada, el órgano judicial no estaría obligado a protegerlos y el Tribunal Constitucional no podría otorgar amparo frente a su actuación, pues si no hay derecho fundamental que proteger, nada se puede reprochar al juez en vía de amparo constitucional²⁹². Es significativa al respecto la cuestión que se plantea Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN²⁹³: “es extraordinariamente difícil saber por qué el Juez viola un derecho fundamental si éste no existía previamente entre aquellos que le han sometido al litigio”.

²⁹⁰ Por todas, el ATC 382/1996, de 18 de diciembre.

²⁹¹ María VENEGAS GRAU, “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, *cit.*, pág.195.

²⁹² En este sentido, Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 314.

²⁹³ “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas, 1ª ed., 1991, pág. 293.

Cabría plantearse hasta que punto ese “deber de protección” no es más que la concreción de la tutela judicial efectiva y las garantías no jurisdiccionales de los derechos fundamentales, es decir, del sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales, cuando los mismos son violados por particulares. En todo caso, ello no puede ocultar la cuestión sustantiva de fondo, a saber, que los derechos fundamentales también rigen las relaciones entre particulares. Es difícil entender que pueda existir amparo estatal, tutela jurisdiccional o institucional frente a particulares si no se es titular del derecho fundamental también frente a ellos. Es como plantear una acción sin derecho, una garantía sin una situación jurídica subjetiva que garantizar, y supondría en la práctica reducir la protección estatal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a la garantía de una norma objetiva o un bien jurídico protegido en abstracto, sin una situación subjetiva que lo sustente.

G) LA RELACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS TEORÍAS

Pese a que en la exposición anterior se han “compartimentado” las distintas teorías, exponiéndolas hasta cierto punto como enfrentadas entre sí y conducentes a resultados distintos (y sin haber entrado a analizar multitud de teorías intermedias o de especialidades de alguna de estas tres teorías fundamentales²⁹⁴), esto debe matizarse.

En primer lugar, las exigencias un tanto escolásticas de una “clasificación” que diferencie unas posturas de otras no deben ocultar que más que compartimentos estancos, existe una comunicación fluida entre las mismas. Parten todas ellas de la aceptación del doble carácter de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos y como normas que encarnan valores o principios objetivos que informan todo el ordenamiento²⁹⁵.

²⁹⁴ Modelo de los tres niveles del efecto en terceros sostenida por R. ALEXY (“Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 515 y siguientes), teoría de la imputación estatal o de la convergencia estatista de Jurgen SCHWABE (“Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte”, Wilhelm Goldmann Verlag, Munich, 1971), de la eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los poderes sociales de Giorgio LOMBARDI (“Potere privato e diritti fondamentali”, Università di Torino, 1970), etc.

²⁹⁵ Sobre la asunción por el Tribunal Constitucional español de la concepción del doble carácter de los derechos fundamentales se tratará *infra* en el epígrafe VIII-A, “el doble carácter de los derechos fundamentales”.

Asimismo, responden a la existencia de un cierto consenso, al menos entre los juristas continentales europeos, sobre las limitaciones de la concepción decimonónica de los derechos fundamentales como exclusivos derechos públicos subjetivos frente al Estado y afectantes únicamente al ámbito del Derecho público. Se acepta con carácter general que los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos por los diversos textos constitucionales, tienen, además de un carácter vinculante para los poderes públicos, una trascendencia en las relaciones entre particulares²⁹⁶. Dicha trascendencia será menor o mayor de acuerdo con la teoría que se acepte en esta cuestión, pero, al menos, puede conceptuarse como “una cierta vigencia social” de los derechos fundamentales, en el sentido de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento (o directamente su violación) por otros particulares²⁹⁷.

También existe coincidencia en la importancia del papel del legislador en la regulación del alcance de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, con un amplio margen de libertad política derivada de su papel institucional, que no es el de un mero ejecutor de la Constitución, y justificada por su legitimidad democrática, puesto que los autores que sustentan la idea de la eficacia directa en ningún momento pretenden que la misma se realice eludiendo o ignorando al legislador, ni desconocen la legitimidad institucional de éste para regular la materia de acuerdo con los criterios políticos derivados de la mayoría parlamentaria existente en cada momento. Desde que la ley se pronuncia sobre la eficacia horizontal de un derecho fundamental en una concreta relación jurídico-privada, la cuestión deja de ser problemática, o su problematicidad se reduce a lo que es habitual en otras cuestiones reguladas por la legislación ordinaria. La discrepancia surgiría en todo caso cuando no existe una norma aplicable al supuesto

²⁹⁶ Sobre este particular, afirman Josep FERRER I RIBA y Pablo SALVADOR CODERCH (“Asociaciones, Democracia y *Drittwirkung*”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 99), que “nadie niega hoy seriamente la relevancia de la Constitución en las normas del Derecho privado ni en su aplicación judicial, ni en la necesidad de una concordancia práctica entre las normas sobre derechos fundamentales y el Derecho privado o de conciliar el alcance de los distintos derechos fundamentales cuando se produce una colisión entre ellos en el ámbito de una relación privada negocial o extranegocial”.

²⁹⁷ Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 58. En el mismo sentido, Robert ALEXANDER, “Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 510-511.

específico, caso en el que los partidarios de la *Drittwirkung* directa proponen soluciones acudiendo directamente a la regulación constitucional de los derechos fundamentales²⁹⁸.

Por otra parte, las tres teorías expuestas hacen hincapié en la función del juez en la tutela de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, unos porque entienden que tales derechos tienen plena vigencia y, consecuentemente, eficacia inmediata en tales relaciones y, en consecuencia, el juez ha de tutelarlos de un modo directo, sin que sea imprescindible la mediación del legislador ordinario; otros porque entienden que es vital la función del juez al interpretar el Derecho privado teniendo en cuenta la irradiación que las normas de derechos fundamentales de la Constitución tienen en las normas jurídico-privadas y al colmar las cláusulas generales de Derecho privado con contenidos iusfundamentales; y los últimos al entender que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares proviene del deber de protección de tales derechos que el juez, como poder del Estado, tiene en su ámbito de competencia.

Del mismo modo, como recuerda María VENEGAS GRAU²⁹⁹ la doctrina admite de forma generalizada que una eficacia horizontal de los derechos fundamentales plena y homogénea sería incompatible con todo sistema de Derecho privado, y ninguna de las teorías existentes sobre la *Drittwirkung* trata de extender a los particulares los mismos límites que se imponen al poder público, trasladando a través de un simple cambio de destinatario, los derechos fundamentales a la relación ciudadano/ciudadano. Además, todas ellas reconocen que, en las relaciones privadas, las dos partes son titulares de derechos fundamentales, por lo que el alcance de la eficacia horizontal es en buena medida una cuestión de ponderación: ni los más firmes defensores de la *Drittwirkung* directa postulan la prevalencia sistemática del derecho fundamental en cuestión sobre la autonomía privada, precisamente porque este principio también goza de protección constitucional.

Pero además de estos puntos de conexión, la aplicación por los tribunales, tanto ordinarios como constitucionales, de unas y otras teorías ha llevado en la práctica a similares

²⁹⁸ En este sentido, María VENEGAS GRAU, “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, *cit.*, pág. 163 y 202.

²⁹⁹ “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, *cit.*, pág. 201.

resultados, como han puesto de manifiesto numerosos autores. Alexei Julio ESTRADA³⁰⁰ pone de relieve los resultados similares a los que llevan dos de estas teorías, la figura del deber de protección y la teoría de la *Drittwirkung* directa: la vigencia normativa directa de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado, según la *Drittwirkung* inmediata por aplicación inmediata de derechos fundamentales en tráfico jurídico privado, según la teoría del deber de protección tal vigencia sería el resultado de la vinculación de los jueces a los derechos fundamentales.

Por su parte, Johannes HAGER³⁰¹, firme defensor de la *Drittwirkung* inmediata, pone de relieve que el alcance de los derechos fundamentales no difiere sustancialmente en cuanto a su eficacia en el tráfico jurídico privado tanto si actúan como derechos de defensa como si se entienden como deberes de protección. En uno como en otro caso conducen a que los tribunales declaren la invalidez del acto del particular contrario a los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales, tanto en su función de deberes de protección como de derechos de defensa, tienen un elemento común: “Esto es, que la ley mediadora frente al mínimo de protección constitucionalmente necesario carece de una función propia”, pues “la invalidez del acto del particular lesivo en ambos casos no procede de la mediación de la ley, sino que procede directamente de la Constitución”.

Robert ALEXY³⁰² afirma que, “en tanto construcciones referidas a la actividad judicial, las tres [*Drittwirkung* inmediata, *Drittwirkung* mediata y teoría del deber de protección] son equivalentes en sus resultados”, en tanto que “todo resultado que puede ser alcanzado dentro del marco de la una puede ser también alcanzado dentro del marco de la otra”. “El hecho de que el inventor de una construcción la haya creado para obtener otros resultados a los alcanzados con las construcciones ya existentes, el hecho de que los representantes de una construcción tiendan a otros resultados que los de otras construcciones o el hecho de que una construcción sugiera más unos resultados que otros, no afecta a la equivalencia de resultados. Lo que importa es que en todos los casos se *puede* alcanzar el

³⁰⁰ “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 146 y siguientes.

³⁰¹ “Grundrechte im Privatrecht”, en *Juristen Zeitung*, núm. 8, 1994, pág. 373 y siguientes, citado por Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 150.

³⁰² “Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 514 y siguientes.

mismo resultado”. Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO³⁰³ hace también referencia a esta equivalencia de los resultados en relación a la *Drittwirkung* directa y a la indirecta a través de la acción judicial: “...la consecuencia importante de esta teoría es que, en definitiva, el Juez acaba declarando el derecho de uno u otro litigante; a la parte no le interesa que a la declaración de su derecho se haya llegado reconociendo la directa aplicabilidad de un derecho fundamental o se haya llegado limitando y modulando las relaciones jurídico-privadas por la aplicación de los valores objetivos. A la parte le da igual: lo cierto es que al final se le reconoce un derecho concreto”.

En el campo de la jurisprudencia constitucional, puede observarse que aunque la adopción por el Tribunal Constitucional Federal alemán de la tesis de la eficacia mediata sostenida por DÜRIG, como sucedió en la sentencia del caso *Lüth*, o de la tesis del deber de protección en sentencias como las de los casos *Blinkfüer*, *Schleyer*, *Kalkar*, ya citados, o *Mülheim-Kärlich*³⁰⁴, responde a un rechazo de la teoría del efecto inmediato sostenida por NIPPERDEY, por entender que llevaba la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares más allá de que la Ley Fundamental de Bonn permitía, el caso es que las soluciones adoptadas por dicho Tribunal en asuntos como los del agente comercial o los del llamado “Derecho constitucional arrendaticio” van, para muchos autores, mucho más allá de lo sostenido por NIPPERDEY³⁰⁵.

El Tribunal Constitucional español, como veremos, ha basculado en sus resoluciones entre las distintas teorías expuestas, si bien puede adelantarse que los resultados en unas y otras ocasiones han sido similares³⁰⁶.

³⁰³ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 59.

³⁰⁴ BverfGE 53, 30

³⁰⁵ Ver *infra* epígrafe V-A, “Alemania”.

³⁰⁶ La cuestión se analiza *infra* en el capítulo VIII, “el posicionamiento del Tribunal Constitucional español”.

CAPÍTULO V

TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Ha sido en Alemania donde la cuestión de la *Drittwirkung* ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia de un modo más completo. A las aportaciones de esta doctrina y jurisprudencia se hace referencia puntual a lo largo de todo este libro, pese a lo cual conviene hacer una breve exposición sobre el tratamiento de la *Drittwirkung* en este país. Pero además de en Alemania, en otros muchos países se ha planteado el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, con soluciones muy variadas. Vale la pena analizar el estado de la cuestión en algunos casos especialmente significativos, tanto por la disparidad de las soluciones a las que se ha llegado, como por el interés que presentan para nosotros.

A) ALEMANIA

Afirma Ingo VON MÜNCH³⁰⁷ que la idea de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales es una creación de la ciencia jurídica alemana en la década de los años 50 del siglo XX. Ello se debería fundamentalmente, según este autor, a la experiencia histórica del régimen hitleriano. Durante esta época los derechos fundamentales se vulneraron diaria y masivamente hasta prácticamente dejar de existir. Por ello, el constitucionalismo alemán a partir de 1945 se dedicó con especial intensidad a los derechos fundamentales³⁰⁸, cuya dogmática “estaba de moda”³⁰⁹.

³⁰⁷ “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 29 y siguientes.

³⁰⁸ Según Peter HÄBERLE, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, febrero-octubre 1993, pág. 149, la doctrina jurídico-pública alemana posterior a la segunda guerra mundial puede caracterizarse como “ciencia de los derechos fundamentales”.

³⁰⁹ A esta situación se refiere, reflejando de un modo muy gráfico el efervescente ambiente existente en los círculos universitarios alemanes, Alfredo GALLEGO ANABITARTE (“Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial”, *cit.*, pág. 23): “Al empezar a participar en los

La Ley Fundamental de Bonn, como reacción a las injerencias del poder público en el ámbito de libertad y dignidad de los particulares durante el periodo nacional-socialista, había adoptado el concepto liberal-burgués de derechos fundamentales, configurando un catálogo de derechos que suponía un regreso a cánones más “clásicos” que los adoptados incluso en la Constitución de Weimar. La Ley Fundamental de Bonn estableció que los derechos fundamentales eran vinculantes para los poderes públicos (art. 1.3) y previó el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales sólo frente a la vulneración de los derechos de la persona por los poderes públicos (art. 19.4), así como que el recurso de amparo del que conoce el Tribunal Constitucional Federal puede ser interpuesto “por cualquiera que se crea lesionado por los poderes públicos en alguno de sus derechos fundamentales...” (art. 93.1.4^a). Muy pronto se vio la insuficiencia de este modelo para satisfacer las exigencias sociales en la segunda mitad del siglo y concretamente del Estado social y democrático de derecho que pretenden configurar las Constituciones de la postguerra³¹⁰.

Conforme al art. 3.2 de la Ley Fundamental de Bonn, “hombres y mujeres son iguales en derechos”. El art. 117.1, ubicado en el capítulo dedicado a cláusulas transitorias y finales, establecía que toda la legislación que contraviniera el mandato de igualdad entre hombres y mujeres establecido en el art. 3.2 sólo seguiría vigente hasta que fuera adaptada a dicho precepto constitucional, y fijaba como fecha límite para dicha adaptación el 31 de marzo de 1953. Sin embargo, llegada esa fecha la adaptación no había tenido lugar en cuestiones como las de igualdad salarial o el Derecho de familia, que seguía estableciendo la primacía masculina (no fue hasta 1957 que se promulgó la Ley de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer).

seminarios en el curso 1959/1960 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, así como a través de múltiples conversaciones con doctorandos, ayudantes y docentes, la impresión que se obtenía era muy clara: el gran tema eran los derechos fundamentales, los posibles métodos para su interpretación, los límites entre los diversos derechos fundamentales, y sobre todo en aquel momento, el posible efecto jurídico de los derechos fundamentales entre los particulares frente a la concepción originaria, según la cual los derechos fundamentales eran derechos de libertad del individuo frente al Estado (la expresión tópica de la doctrina alemana sobre esto era *Drittwirkung*, esto es, efecto a terceros de los derechos fundamentales). [...] El prestigioso profesor Nipperdey era un conocido defensor de esta tesis y justamente en aquel semestre vino a dar una conferencia a Munich sobre este tema. Se celebró este acto en un local no universitario, multitudinariamente y con gran expectación, dada la extraordinaria polémica que existía en el Derecho Público alemán entre los partidarios o no de la *Drittwirkung*...”.

³¹⁰ Ver *supra* epígrafe II-C, “el reconocimiento de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales”.

Se planteó entonces una polémica entre quienes afirmaban la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas (y, dentro de ellos, entre quienes afirmaban que tal eficacia debía ser directa, derivada de modo inmediato de la Ley Fundamental, y quienes afirmaban que debía ser una eficacia mediata, a través del influjo de los preceptos constitucionales en la interpretación de la legislación vigente) y quienes negaban tal eficacia, entre los que estaba la mayor parte de la doctrina iusprivatista.

En lo relativo al Derecho de familia, el Tribunal Constitucional Federal, ante la cuestión planteada por un tribunal federal, dejó a los tribunales civiles la tarea de crear un nuevo derecho de familia en virtud del principio de igualdad de sexos del art. 3.2, una vez vencido el término fijado en el art. 117.1 de la Ley Fundamental, y hasta que el legislador estableciera una nueva legislación, entendiéndolo que esta función no estaba en contradicción con la distribución de funciones entre el poder legislativo y el poder judicial³¹¹.

La cuestión de la igualdad salarial entre hombres y mujeres se planteó ante el Tribunal Laboral Federal, presidido por Hans Carl NIPPERDEY, firme defensor de la eficacia directa de los derechos fundamentales declarados en la Ley Fundamental en las relaciones jurídicas privadas. Este tribunal, en la sentencia de 18 de enero de 1955, se pronunció en favor de la eficacia directa del art. 3.2 de la Ley Fundamental de Bonn, que establecía la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y la aplicó estableciendo la igualdad salarial de hombres y mujeres ante igual rendimiento laboral, con lo que justificó la vinculación de los convenios colectivos a los derechos fundamentales. En otra sentencia posterior, de fecha 5 de mayo de 1957³¹², el Tribunal Laboral Federal estimó la demanda de una joven que trabajaba en un hospital privado para formarse en la profesión de enfermera. El contrato de trabajo y formación preveía que, en caso de matrimonio, el empresario podía extinguir la relación laboral y de formación. Basándose en esta cláusula contractual, la demandante fue despedida tras contraer matrimonio. En la demanda se alegaba que el despido vulneraba los derechos fundamentales previstos en el art. 6.1 (protección del

³¹¹ Ekkehart STEIN, “Derecho Político”, *cit.*, pág. 243.

³¹² BAG «NJW», 1957, págs. 1688 y siguientes. Ingo VON MÜNCH (“*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág.35) considera esta sentencia como “la primera gran sentencia de un tribunal federal superior” sobre la *Drittwirkung*.

matrimonio y la familia), 1.1 (dignidad de la persona) y 2.1 (libre desarrollo de la personalidad) de la Ley Fundamental de Bonn. La sentencia declaró nula la cláusula contractual en cuestión por vulnerar los derechos fundamentales invocados en la demanda, que consideraba eficaces en las relaciones entre particulares.

Aunque en un primer momento el Tribunal Laboral Federal, y en él de modo destacado Hans Carl NIPPERDEY, sostuvo la tesis de la *Drittwirkung* directa o inmediata, finalmente, bajo la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia tanto del orden civil como del orden laboral, adoptaron la tesis de la *Drittwirkung* indirecta o mediata, hasta el punto de que, en opinión de Ingo VON MÜNCH³¹³ “la teoría de la *Drittwirkung* indirecta de los derechos fundamentales constituye, en la República Federal de Alemania, efectivo Derecho vigente”³¹⁴. Ello no significa que la aceptación de tal doctrina haya sido pacífica, pues, como dice Ingo VON MÜNCH³¹⁵ “en Alemania la crítica de la *Drittwirkung* no ha enmudecido nunca”.

Siguiendo a Ralf BRINKTRINE³¹⁶, varios son los presupuestos básicos de esta teoría. El primero de ellos es que conforme al art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn sólo los actores estatales están vinculados por los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, con la excepción del derecho de asociación sindical del art. 9.3, que vincula también directamente a los particulares por preverlo así expresamente dicho precepto al establecer la nulidad de los acuerdos tendentes a limitar o impedir el derecho de crear asociaciones para defender y promover las condiciones laborales y económicas³¹⁷. En este

³¹³ “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 42.

³¹⁴ También en este sentido se pronuncia Ralf BRINKTRINE (“The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of «mittelbare Drittwirkung der Grundrechte»”, en *European Human Rights Law Review*, issue 4, 2001, pág. 423): “This theory of an indirect effect of basic rights on legal relations of private persons is –with only some degree of modification- still the ruling doctrine in German constitutional law”.

³¹⁵ “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 42.

³¹⁶ “The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law...”, *cit.*, pág. 423 y siguientes.

³¹⁷ Konrad HESSE, “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 107

sentido, Claus-Wilhelm CANARIS³¹⁸ entiende que la vinculación de las leyes de Derecho privado a los derechos fundamentales corresponde a la letra de art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn y responde a la idea de jerarquía, de que la Constitución es norma superior también respecto al Derecho privado. La vinculación del legislador de Derecho privado a los derechos fundamentales es inmediata, aunque, entiende CANARIS, los derechos fundamentales no tienen el mismo contenido en la relación entre sujetos de Derecho privado que en la relación Estado-ciudadano. Asimismo, los derechos fundamentales valen también para la aplicación y el desenvolvimiento judicial del Derecho privado, entendiendo CANARIS que ello no tanto por la previsión del art. 1.3 de la Ley Fundamental de Bonn como porque en el plano fáctico las leyes sólo tienen eficacia con contenido concreto si son aplicadas por la jurisdicción. Lo que para este autor vendría confirmado por art. 93.1.4a de la Ley Fundamental, que prevé el recurso de amparo como una de las competencias del Tribunal Constitucional Federal, conforme al cual es posible la impugnación de las decisiones tribunales ante el Tribunal Constitucional Federal porque al aplicar erróneamente el Derecho privado violan derechos fundamentales.

El segundo presupuesto es que los derechos fundamentales no son solamente derechos individuales en el sentido de derechos defensivos frente al Estado, sino que también constituyen un orden objetivo de valores (*eine objektive Wertordnung*). De acuerdo con Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE³¹⁹, los derechos fundamentales son normas objetivas de principio y el Tribunal Constitucional es quien tiene la competencia para su concretización. De hecho, el Tribunal Constitucional Federal ha utilizado el concepto de orden objetivo de valores en algunas sentencias resolutorias de recursos de amparo, como las de los casos *Blinkfüer*³²⁰ y *Lebach*³²¹. Para el Tribunal Constitucional Federal, si el juez ordinario hace caso omiso de la influencia del contenido objetivo de un derecho fundamental en las relaciones entre particulares, no sólo lesiona el derecho constitucional objetivo, sino también vulnera el derecho constitucional subjetivo del recurrente en amparo.

³¹⁸ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, pág. 22 y siguientes y 129 y siguientes.

³¹⁹ “Sobre la situación de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pág. 130 y siguientes.

³²⁰ BverfGE 25, 256

³²¹ BverfGE 35, 202

El tercero es que este orden objetivo de valores tiene un efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*), por el cual ese orden objetivo de valores impregna todo el ordenamiento jurídico, influyendo la interpretación y aplicación de todas las normas de rango inferior a la Constitución.

En el Derecho privado, esta influencia se entendió en un primer momento que se producía a través de las cláusulas generales (*Generalklauseln*). Más recientemente el Tribunal Constitucional Federal ha ampliado las vías de influencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado, a través de las figuras de la interpretación orientada por los derechos fundamentales (*grundrechtsorientierte Auslegung*), interpretación de acuerdo con los derechos fundamentales (*grundrechtskonforme Auslegung*) o ponderación orientada por los derechos fundamentales (*grundrechtsorientierte Abwägung*).

Asimismo, desde principios de los años 70, el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina atribuyen a los derechos fundamentales una función adicional de deberes de protección (*Schutzpflichten*). Mientras que los derechos fundamentales, en cuanto que derechos de defensa, sirven para rechazar intervenciones injustificadas de los poderes públicos en el ámbito de los particulares protegido por tales derechos, en cuanto que deberes de protección obligan al Estado a intervenir para proteger las facultades, garantías e indemnidades que constituyen el objeto de derecho fundamental frente a vulneraciones procedentes de cualquier sujeto, sea público o privado. Así, en la sentencia del caso *C-Waffen*³²², el Tribunal Constitucional Federal argumenta:

“El art. 2.2.1 de la Ley Fundamental no garantiza simplemente un derecho de defensa subjetivo sino que representa al mismo tiempo una decisión valorativa jurídico-objetiva de la Constitución, que es válida para todos los ámbitos del derecho y crea deberes de protección constitucionales [...] Si estos deberes son lesionados, entonces ocurre una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 2.2.1 de la Ley Fundamental”.

³²² BverfGE 77, 170 (214),

Afirma Ingo VON MÜNCH³²³ que esta función adicional de deber de protección del Estado frente a ataques de particulares está expresamente establecida en la Ley Fundamental de Bonn solamente en algunos supuestos, concretamente en el art. 1.1º *in fine*, conforme al cual el respeto y la protección de la dignidad humana son obligación de todos los poderes públicos, y en otros tales como el 6.1º y 4º, que imponen la protección del matrimonio y la familia, y de toda madre. Pero que esta limitada mención al deber público de protección es extendida por la jurisprudencia y la doctrina constitucional alemanas a otros derechos fundamentales, al deducir dicha función de protección del principio del Estado de Derecho.

En relación a esta función, Claus-Wilhelm CANARIS distingue entre «prohibición de defecto de protección» (*Untermaßverbot*) y «prohibición de exceso de protección» (*Übermaßverbot*). Por una parte, la protección no deberá ser inferior al mínimo constitucionalmente exigido (*Untermaßverbot*): el Estado debe proteger los valores reconocidos en los derechos fundamentales, frente a una vulneración procedente de una persona privada, y debe hacerlo, si es necesario, a través de una acción positiva, especialmente mediante la promulgación de leyes adecuadas. Por otra parte, el Estado no debe interferir en los derechos fundamentales del otro sujeto privado de una forma excesiva (*Übermaßverbot*), es decir, superior a aquella que sea necesaria y proporcionada.

Para Ingo VON MÜNCH, *Drittwirkung* indirecta y deber de protección son construcciones afines, aunque diferenciables dogmáticamente. Para Ralf BRINKTRINE³²⁴ se trata de dos caras de la misma moneda.

La teoría de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en combinación con la idea del deber de protección tiene, en el ordenamiento jurídico alemán, varias consecuencias. La primera de ellas es que es el Parlamento y no el juez civil quien tiene el primer puesto en orden a dar eficacia en las relaciones entre particulares a los derechos fundamentales. El legislador, al elaborar las leyes, debe tomar en consideración los intereses de los particulares afectados.

³²³ “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 46.

³²⁴ “The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law...”, *cit.*, pág. 426.

En segundo lugar, si un juez, al interpretar las leyes elaboradas por el Parlamento, llega a la conclusión de que una ley ha favorecido en exceso los intereses de una parte y no hay un justo equilibrio, tiene dos opciones. La primera, interpretar la ley de modo que sea compatible con la Ley Fundamental (interpretación conforme con la Constitución, *verfassungskonforme Auslegung*). Si esto no es posible, ha de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal.

Por último, si la ley de Derecho privado contiene cláusulas generales u otras previsiones que dan al juez un margen de apreciación, el juez civil tiene la facultad y a su vez la obligación de tener en cuenta la importancia de los derechos fundamentales y darles plena eficacia.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal, especialmente cuando conoce de los recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) en materia de Derecho privado relativos a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, es controvertida y ha dado lugar a fricciones con la jurisdicción ordinaria³²⁵. El Tribunal Constitucional Federal enfatiza que no es una última instancia de revisión y que no es su función dictar al tribunal civil cómo debe resolver el caso. Suele utilizar al efecto una fórmula introductoria del siguiente tenor³²⁶:

“...el Tribunal Constitucional Federal ha de limitarse a examinar si los tribunales civiles han tenido en cuenta suficientemente la influencia de los derechos fundamentales. No es función del Tribunal Constitucional Federal ordenar a los tribunales civiles cómo deben decidir finalmente el caso. Una violación de los derechos fundamentales que fundamenta un recurso de amparo existe sólo si el tribunal civil fracasa en ver que en la interpretación y aplicación de las previsiones de Derecho privado, que están en armonía con la Constitución, los derechos fundamentales han de ser tenidos en

³²⁵ Ver *infra* epígrafe IX-B-h, “fricciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios en la protección de los derechos fundamentales”.

³²⁶ BVerfG NJW 2000, 1021 (1024), caso *Carolina de Mónaco*.

cuenta, si la extensión de la protección garantizada por los derechos fundamentales relevantes ha sido fijada incorrecta o incompletamente o si la importancia de los derechos básicos ha sido juzgada mal de modo que la ponderación entre las dos posiciones legales dentro de los límites de la regulación de Derecho privado es afectada negativamente...”

El Tribunal Constitucional Federal aplica un sistema de control de dos fases. En primer lugar, estima normalmente el recurso de amparo:

1.- Si el tribunal civil no percibe en absoluto la relevancia del derecho fundamental para un correcto entendimiento de la ley de Derecho privado, es decir, fracasa en tomar en consideración la existencia del derecho fundamental, o

2.- Si el tribunal civil ha reconocido la relevancia del derecho fundamental pero ha errado en su significado o importancia, es decir, fracasa en tomar en consideración el peso de un derecho fundamental.

En segundo lugar, si el proceso de interpretación no da motivo para estimar el recurso, el Tribunal Constitucional Federal examina, hablando en sentido amplio, si la “aplicación” de la norma de Derecho privado presta suficiente atención a la existencia e importancia de la cuestión de derechos fundamentales.

Aunque, como se ha dicho, el Tribunal Constitucional Federal no acepta la eficacia inmediata o directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la aplicación de la teoría de la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y de la función de los derechos fundamentales como deber de protección frente a vulneraciones procedentes de otros sujetos privado,s ha tenido unos efectos más radicales que los propugnados por NIPPERDEY cuando sustentaba la *Drittwirkung* inmediata³²⁷ (en lo que se ha venido a llamar el “espejismo” de la *Drittwirkung*³²⁸), y ha

³²⁷ Ver *supra* en el epígrafe IV-G, “la relación entre las distintas teorías”, lo expresado sobre la equivalencia de los resultados.

³²⁸ Ver *infra* epígrafe VIII-F, “el espejismo de la *Drittwirkung*”.

llevado los efectos de los derechos fundamentales a relaciones jurídico-privadas de muy distinta naturaleza, no solamente las de carácter laboral o a ilícitos relativos a vulneraciones de los derechos de la personalidad en relación al ejercicio de las libertades de expresión e información, como la pionera sentencia del caso *Lüth*³²⁹ o la posterior del caso *Böll*³³⁰, sino también a relaciones contractuales de fianza³³¹, contrato de agencia³³², arrendamientos urbanos³³³, etc, que ha llevado a un sector significativo de la doctrina a criticar el peligro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal para el principio de la autonomía de la voluntad.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal es objeto también de críticas no sólo en ámbitos judiciales, sino también doctrinales, en su aspecto “procesal” por la extensión de su control de las resoluciones de los tribunales civiles. Se le critica que el control de tales resoluciones se ha hecho cada vez más estricta, rebasando los límites de lo estrictamente constitucional, y que puede convertirse en una instancia de superrevisión procesal, lo que ha provocado fricciones con la jurisdicción ordinaria³³⁴.

Junto a ello, en la jurisdicción ordinaria se aprecia una “inflación” de asuntos, algunos de ellos sobre los asuntos más nimios, en los que, en relaciones de Derecho privado, se invoca la infracción de un derecho fundamental, a veces de un modo injustificado³³⁵.

B) ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

Al otro lado del Atlántico, tanto en los Estados Unidos como en Canadá persiste la idea de que la Constitución sólo establece límites a la acción de los poderes públicos.

³²⁹ BverfGE 7, 198. Ver *supra* epígrafe IV-C, “la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

³³⁰ BverfGE 54, 208

³³¹ BverfGE 89, 214

³³² BverfGE 81, 242

³³³ BverfGE vol. 89, 1, BverfGE 90, 27

³³⁴ Ver *infra* epígrafe IX-B-h, “fricciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios en la protección de derechos fundamentales”.

³³⁵ Así lo afirman, por ejemplo, Ingo VON MÜNCH, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 33 y Konrad HESSE “Derecho Constitucional y Derecho Privado”, *cit.*, pág. 66-67.

En Canadá, la Carta canadiense de derechos y libertades (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*) de 1982 está destinada expresamente a proteger a la persona frente a los poderes del Estado. Por eso, para que un particular pueda impetrar la tutela de los tribunales frente a una violación de sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución es necesario que la acción que los haya violado sea imputable al Estado (*state action*) y más concretamente a su rama ejecutiva.

La sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Retail, Wholesale & Department Store Unión, Local 580 et al. v. Dolphin Delivery Ltd.*³³⁶ resolvió un recurso en relación a un litigio entre un sindicato y una empresa. El sindicato había advertido a la empresa que pondría piquetes ante sus instalaciones si ésta no cesaba de hacer negocios con otra empresa con la que el sindicato mantenía una disputa. Una resolución judicial entendió, aplicando una regla del *common law*, que la conducta del sindicato (lo que los anglosajones denominan *secondary picketing*, puesto que el piquete que actuaba ante las instalaciones de la empresa *Dolphin Delivery* era de un sindicato que representaba los intereses de los trabajadores de otra empresa contra la que se había promovido la huelga) constituía el ilícito de inducir a la ruptura de un contrato (*inducing a breach of contract*) y acordó prohibir la amenaza de piquetes (emitió una *injunction* en tal sentido). El sindicato recurrió ante el Tribunal Supremo (con funciones de Tribunal Constitucional, como en Estados Unidos) sobre la base de que la prohibición judicial infringía su derecho constitucional a la libertad de expresión.

El Tribunal Supremo rechazó el recurso. El Juez MCINTYRE, que redactó la *majority opinion*, basó su decisión en los términos del artículo 32 de la Carta de derechos y libertades, que expresamente prevé que la Carta se aplica “al Parlamento y al gobierno de Canadá” y “al legislador y al gobierno de cada provincia”³³⁷. Por “gobierno”, sostiene, ha de

³³⁶ (1986) 2 S.C.R. 573. Ver también la referencia a dicha sentencia *infra* en el epígrafe VIII-E, “soluciones prácticas dadas por el Tribunal Constitucional a los casos de violaciones de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas”, para comparar la postura de la Corte Canadiense con nuestro Tribunal Constitucional.

³³⁷ “32.(1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories, and

entenderse las ramas ejecutivas y administrativas del gobierno³³⁸, lo mismo si su acción es invocada en un litigio público o en uno privado. Pero una orden de un tribunal no puede ser equiparada con una acción gubernamental y por tanto la *injunction* acordada por el Tribunal Supremo de la Columbia Británica, que era la resolución cuestionada, no está sujeta a la Carta de derechos y libertades³³⁹. En consecuencia, el Tribunal Supremo canadiense rechaza la eficacia, tanto directa como indirecta, de la libertad de expresión constitucionalmente reconocida en las relaciones entre particulares. Ni el particular puede invocar frente a otro la protección constitucional de su libertad de expresión, ni la actuación de los tribunales, cuando resuelven litigios entre particulares, puede entenderse vinculada por la protección constitucional de tal libertad, por lo que ni siquiera se reconoce la existencia de un “deber de protección” por parte de los tribunales a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En la sentencia del caso *McKinney v. University of Guelph*³⁴⁰, el Tribunal Supremo abunda en esta línea, afirmando que “la exclusión de la actividad privada de la protección de la Carta fue deliberada. Sólo el gobierno necesita ser constitucionalmente constreñido a preservar los derechos del individuo. [...] Las acciones de las universidades no caen en el ámbito de la Carta porque las universidades no forman parte del aparato del gobierno”. Otro tanto se afirmó de los hospitales en la sentencia del caso *Stoffman v. Vancouver General Hospital*³⁴¹.

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.”

³³⁸ “The executive branch of government”.

³³⁹ En Estados Unidos, en un supuesto similar, el Tribunal Supremo, en la sentencia del caso *American Federation of Labour v. Swing* [312 U.S. 321(1941)] declaró por el contrario que una *injunction* acordada por un tribunal estatal contra un “piquete secundario” de un sindicato era una violación inconstitucional de la libertad de expresión. Dado que la *injunction* estaba basada en el *common law*, el efecto de la sentencia fue el de modificar el *common law* del Estado de Illinois. Luego puede afirmarse que en los Estados Unidos el *common law* es *state action*, esto es, el Estado “actúa” cuando sus tribunales crean y aplican normas de *common law*. Existen, pues, diferencias con la línea mantenida por el Tribunal Supremo de Canadá, que, como se vio, excluye de la eficacia de la Carta de derechos y libertades las normas del *common law* que regulan relaciones entre particulares, que sólo se verían influenciadas indirectamente por tal Carta. No obstante, sobre las dudas que se plantean también en los Estados Unidos sobre el carácter de *state action* del *common law*, sobre todo cuando estamos en materia de *contract law* puede verse Laurence H. TRIBE, “American Constitution Law”, Mineola, New York, 2ª edición, 1988, págs. 1711 y siguientes.

³⁴⁰ (1990) 3 S.C.R. 229.

³⁴¹ (1990) 3 S.C.R. 483.

La Constitución (y concretamente los derechos y libertades en ella garantizados) no es, pues, aplicable en los litigios entre particulares, ni siquiera en la forma indirecta de vincular a los tribunales cuando resuelven tales litigios. La Carta de derechos y libertades no se aplica a aquellas reglas del *common law* que regulan relaciones entre privados. “Donde ... una parte privada «A» demanda a una parte privada «B» basándose en el *common law*, y donde ningún acto del gobierno es tomado en consideración para sustentar la acción, la Carta no será de aplicación³⁴²”, afirma el Tribunal Supremo en la citada sentencia del caso *Retail, Wholesale & Department Store Unión, Local 580 et al. v. Dolphin Delivery Ltd.* Con este lenguaje, afirma Peter W. HOGG³⁴³, el Tribunal Supremo excluye de la eficacia de la Carta de derechos y libertades las normas del *common law* que regulan relaciones entre particulares, por lo que se hace necesario determinar si la norma a aplicar en un litigio es una norma de *common law*, de creación jurisprudencial, o de *statue law*, es decir, emanada del legislador, puesto que en este segundo caso, la previsión del art. 32 de la Carta, al prever que la misma se aplica al “Parlamento” de Canadá y al “legislador” de cada provincia, hace que estas normas sí estén sujetas a la Carta de derechos y libertades, lo cual lleva, según HOGG, a una extraña situación, en la que la sujeción de una norma a la Carta de derechos y libertades depende de que sea de *common law* o de *statue law*, siendo así que normas que en algunas provincias del país son de *common law*, en otras lo son de *statue law* (como sucede por ejemplo con la prohibición de *secondary picketing*, que en varias de las provincias ha sido incluida en el *Labour Code*, que es *statue law* en cuanto emana del legislativo).

Esta situación intenta suavizarse atribuyendo una eficacia indirecta a la Carta de derechos y libertades sobre el *common law*. En la propia sentencia del caso *Retail, Wholesale & Department Store Unión, Local 580 et al. v. Dolphin Delivery Ltd.* antes citada, el Juez MCINTYRE afirma que “el poder judicial debe aplicar y desarrollar los principios del *common law* en un modo acorde con los valores fundamentales consagrados en la Constitución... en este sentido, pues, la Carta está lejos de ser irrelevante para los

³⁴² “Where... private party «A» sues private party «B» relying on common law, and where no act of government is relied upon to support the action, the Charter will not apply”.

³⁴³ “Constitutional Law of Canada”, Carswell, Toronto, 4ª edición, 1997, pág. 853 y siguientes.

litigantes privados cuyas disputas han de ser decididas en base al *common law*”³⁴⁴. Esta línea es seguida y profundizada en posteriores sentencias del Tribunal Supremo. Así, en la del caso *Dagenais v. CBC*³⁴⁵, se sostiene también que el *common law* debe ser desarrollado de modo acorde con los valores de la Constitución, por lo que es “necesario reformular la norma de *common law* ... de modo que refleje los principios de la Carta” cuando tal norma da un peso insuficiente al valor constitucional (como era el caso de la norma de *common law* sobre el secuestro de publicaciones de aplicación en el caso objeto del recurso), línea que también se mantiene en la sentencia del caso *Hill v. Church of Scientology*³⁴⁶, en la que se afirma que aunque la Carta no es de aplicación directa al *common law* sobre difamación, es necesario analizar si el *common law* es acorde con los valores de la Carta de derechos y libertades y modificarlo si es necesario, lo que, se precisa en la sentencia, no es exactamente lo mismo que aplicar la Carta directamente al *common law*.

Lo que en todo caso tiene muy claro la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria en Canadá es que la Carta regula las relaciones entre el poder público (con las matizaciones apuntadas respecto de la vinculación sólo “mediata” de los tribunales cuando aplican el *common law*) pero que no regula las relaciones entre particulares. Las acciones privadas están por tanto excluidas de la aplicación de la Carta, tales como, según expone HOGG³⁴⁷, las de un empresario que restrinja la libertad de expresión o de reunión de los empleados, el arrendador que discrimine en base a la raza en su selección de arrendatarios, etc, porque en tal caso no hay ninguna acción del Parlamento o el gobierno de Canadá ni del legislador o el gobierno de una provincia. En los casos en los que una acción privada provoca una restricción de una libertad civil, puede haber remedio para el agraviado en una norma legal, pero no puede entenderse como una infracción de la Carta. Es necesario una *state action* para que pueda invocarse la Carta de derechos y libertades (así se ha considerado, por ejemplo, en sentencias sobre casos en los que un policía se había servido de particulares para

³⁴⁴ “The judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution... in this sense, then, the Charter is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law”.

³⁴⁵ (1994) 3 S.C.R. 835. La *majority opinion* fue redactada por el *Chief Justice* LAMER.

³⁴⁶ (1995) 2 S.C.R. 1130. La *majority opinion* fue redactada por el Juez CORY.

³⁴⁷ “Constitutional Law of Canada”, *cit.*, pág. 858.

obtener información de un prisionero o archivos médicos, en los que se entendió había una presencia de acción del Estado y el tribunal enjuicia la constitucionalidad de su acción³⁴⁸).

En los Estados Unidos, la *equal protection clause* consagrada en la XIV enmienda prohíbe la acción discriminatoria de los poderes públicos pero no representa un límite para las conductas privadas. No prohíbe que un particular discrimine por motivos raciales en sus asuntos personales siempre que el Estado permanezca al margen. Así, la discriminación racial practicada por un empleador privado puede estar prohibida expresamente por el legislador federal (lo está desde 1964) pero no es una *state action* sujeta a revisión constitucional. No cabe apelar directamente a la XIV enmienda para impugnar judicialmente una práctica discriminatoria privada, como la discriminación sexual practicada por una compañía de seguros o una universidad, o el despido como represalia política o ideológica³⁴⁹. El Tribunal Supremo³⁵⁰ confirmó la decisión de un tribunal inferior de dar por válido el despido de un grupo de trabajadores afiliados al Partido Comunista [*Black v. Cutter Laboratories*, 352 US 292 (1956)], y también declaró que el despido de un trabajador por haber realizado determinadas manifestaciones políticas no puede considerarse inconstitucional [*Pavolini v. Bard-Air Corporation*, 645 F.2d 144 (2d Cir 1981)]. En la sentencia sobre el caso *DeShaney versus Winnebago County Department of Social Services*, [489 U.S. 189 (1989)], el Tribunal Supremo norteamericano sostiene que “la finalidad de la enmienda XIV³⁵¹ fue proteger a los ciudadanos frente al Estado y no garantizar a éstos la protección del Estado frente a la conducta de otros”.

³⁴⁸ Peter W. HOGG, “Constitutional Law of Canada”, *cit.* pág. 859.

³⁴⁹ Con motivo de la guerra de Irak del año 2003, algunos periodistas han sido despedidos de sus empresas periodísticas, de prensa escrita o televisión, por haber participado en convocatorias contra la guerra o haber hecho declaraciones públicas que no han sido consideradas “patrióticas” o “políticamente correctas”.

³⁵⁰ Las sentencias el Tribunal Supremo de Estados Unidos pueden ser consultadas en la dirección de Internet www.supremecourtus.gov

³⁵¹ Que consagra lo que se ha venido en llamar la *equal protection clause*. Dice el apartado 1º de esta enmienda: “Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

El profesor Erwin CHEMERINSKY³⁵² explica esta situación remontándose a los orígenes de la exigencia de *state action*. El alcance de las garantías constitucionales se limitó a la esfera de la actividad estatal porque se pensaba que el *common law* ya protegía suficientemente a los individuos de las violaciones de sus derechos y libertades naturales por otros individuos. Cuando la Constitución norteamericana fue elaborada se tenía la convicción los individuos tenían “derechos naturales”, “derechos inalienables”, y que el *common law* encarnaba tales derechos naturales y los salvaguardaba de las injerencias privadas. Cualquier infracción encontraba el oportuno remedio. Era innecesario que la Constitución se ocupara de una cuestión que estaba ya resuelta. Lo que realmente preocupaba a los constituyentes era la posibilidad de que el nuevo gobierno nacional eludiese los principios del *common law* y pudiese infringir las libertades mediante nuevas formas en las que los particulares no podían. Se temía que el gobierno federal pudiera vulnerar las libertades escudándose en la inmunidad de la soberanía. Por eso se consideró necesario añadir la carta de derechos fundamentales, el *Bill of Rights*, al primitivo texto constitucional, para asegurar que el nuevo gobierno estuviera obligado por los mismos principios de Derecho natural que ya limitaban a los actores privados. Aunque esta Declaración de Derechos incluye algunas garantías contra abusos que sólo el Estado puede cometer, como la imposición arbitraria de sanciones penales (enmiendas V y VI), en muchos de sus preceptos no se hace otra cosa que trasladar las tradicionales reglas del *common law* al ámbito de las relaciones individuo-Estado, para limitar así la actividad gubernamental. La libertad de prensa, que adquiere rango constitucional en la primera enmienda, era ya un principio arraigado en el *common law*. Y la protección contra los registros y las detenciones arbitrarias de la IV enmienda es idéntica a la que proporcionaba el *common law* a través de *trespass* o de las previstas en el caso de arrestos ilegales practicados por particulares. El *Bill of Rights* es la pieza que completa el sistema de protección de las libertades, cubriendo el flanco de las injerencias de los poderes federales.

Hoy en día, sin embargo, son muchos los derechos individuales que carecen de protección en el *common law*. O que no encuentran una protección suficiente en este sector del ordenamiento (que ofrece escasa protección, por ejemplo, frente a la discriminación privada o frente a las violaciones de la libertad de expresión cometidas por empleadores o

³⁵² “Rethinking State Action”, *cit.*, pág. 508 y siguientes.

arrendadores de vivienda). Por tanto, ha perdido vigencia la premisa sobre la que se construyó la doctrina de la *state action*, pese a lo cual ésta sigue vigente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano.

Por su parte, Víctor FERRERES COMELLA³⁵³ contextualiza históricamente la cuestión, relacionándola con la estructura federal de los Estados Unidos. Afirma que la doctrina de la *state action* se encuentra vinculada históricamente a un problema de delimitación de poderes entre la Federación y los Estados. Cuando en 1883 el Tribunal Supremo invalida la *Civil Rights Act* de 1875 (una ley federal que prohibía en determinados ámbitos la discriminación racial por parte de los particulares), lo hace porque estima que la enmienda XIV de la Constitución federal sólo protege el derecho a la igualdad frente a los Estados [federados], con la consecuencia de que el Congreso federal carece de competencia para dictar legislación que desarrolle el derecho a la igualdad frente a los particulares. La garantía de este aspecto de la igualdad incumbe a los Estados, no a la Federación, y la mayoría de los Estados no han otorgado protección constitucional al derecho a no ser discriminado por los particulares. Sólo algunos lo han hecho. Así, la Constitución de California protege el derecho a no ser discriminado en el empleo o en el ejercicio profesional (Artículo 1, Sección 8); la Constitución de Illinois protege este derecho en el empleo, así como en la venta y alquiler de propiedades (Artículo 1, Sección 17); la Constitución de Louisiana lo garantiza en relación con los servicios y espacios abiertos al público (Artículo 1, Sección 12); la Constitución de Montana reconoce el derecho a no ser discriminado con carácter general, frente a cualquier persona o empresa privada (Artículo 2, Sección 4), al igual que lo hace la Constitución de Nueva York (Artículo 1, Sección 11). Aunque se trata de una minoría de Constituciones, entiende FERRERES COMELLA que estas cláusulas no deben ser menospreciadas, como si fueran totalmente extrañas a la tradición americana.

En todo caso, ante los resultados insatisfactorios que trae consigo la situación general de limitación de la vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre el individuo y el Estado, dos han sido las vías de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano para ampliar con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales: 1º) el ejercicio por un sujeto aparentemente privado de una función propia del Estado y 2º) la

³⁵³ “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, *cit.*, pág. 6.

existencia de contactos o complicidades suficientemente significativas como para implicar al Estado en la conducta de un actor privado. Ambas conducen a un mismo resultado: al responsabilizarse al Estado del acto impugnado, se consigue prolongar esa especial tutela de las libertades; controversias surgidas entre particulares, que inicialmente estarían excluidas del ámbito constitucionalmente protegido, quedan comprendidas finalmente en el mismo.

En cuanto a la primera de las indicadas vías, el Tribunal Supremo ha sostenido que ciertas entidades que ejercen potestades públicas o cuasi-públicas (*government-like powers*), que desarrollan funciones que se consideran públicas “por naturaleza”, pueden incluirse, a efectos de considerar la existencia de una *state action*, entre los poderes públicos.

Esta vía de ampliación del concepto de *state action* en los casos de ejercicio por un sujeto aparentemente privado de una función propia del Estado se manifestó en sentencias dictadas en relación a dos tipos de asuntos. En primer lugar, en relación a las elecciones primarias, dado que en algunos estados del sur se venía produciendo una restricción o directamente exclusión de participación de la población negra en las elecciones primarias organizadas por partidos políticos, concretamente el Partido Demócrata, hegemónico en algunos estados del sur. Al respecto, el Tribunal Supremo declaró que cualquier procedimiento electoral con finalidad o efecto de negar a una minoría racial voz efectiva en los asuntos públicos es inconstitucional, sin que pueda invocarse como excusa la naturaleza privada de la asociación en cuyo seno se materializó la discriminación [*Terry v. Adams* (345 US 461 (1953))]. El reconocimiento de *state action* se funda en la asunción por una asociación privada (el partido político o incluso un club político cuyos candidatos tenían garantizada la victoria en las elecciones primarias), de una función estatal irrenunciable como es la organización y el control de las elecciones.

En segundo lugar, esta doctrina se aplicó en relación al acceso a espacios de propiedad privada. En la sentencia del caso *Marsh v. Alabama* [326 US 501 (1946)] se trataba de los obstáculos al acceso a una *company town* (una ciudad-astillero propiedad de una empresa privada) de una predicadora religiosa de los Testigos de Jehová. El Tribunal Supremo declaró que “cuanto más abre un propietario su propiedad, en su provecho, al uso por el público en general, más limitados van a verse sus derechos por los derechos legales y

constitucionales de quienes la usan” y, por tanto, los administradores de la *company town* no podían restringir las libertades fundamentales de las personas que transitaban por sus calles, y menos las de prensa o religión. Al asumir de hecho, sin delegación formal de poder, el ejercicio de funciones esencialmente públicas, las decisiones de los responsables de la ciudad deben respetar los límites constitucionales, como si se tratara de actos de los poderes públicos. Un problema similar fue resuelto en la sentencia del caso *Prune Yard Shopping Center v. Robin* [447 US 74 (1980)], en la que el Tribunal Supremo falló que el Estado de California podía exigirle al dueño de un centro comercial privado que abriera sus puertas a proselitistas políticos. La expulsión de piquetes de los centros comerciales fue también objeto de varias sentencias.

Esta vía del ejercicio de funciones estatales no ha tenido un ulterior desarrollo que pudiera servir para afrontar fenómenos de privatización de servicios públicos cuya gestión se ha transferido a empresas privadas (lo que en Estados Unidos, al igual que en Europa en Gran Bretaña, ha llegado incluso a la gestión y dirección de las prisiones). Así, en el caso *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* [419 US 345 (1974)], relativo a una compañía de electricidad que cortó el suministro a un cliente sin preavisarle, y en el que el cliente reprochaba a dicha empresa no haber observado los requisitos del *due process* de la enmienda XIV, se produjo un rechazo de la demanda por el Tribunal Supremo, que estimó que no hay *state action* si no es en el ejercicio por una entidad privada de “poderes tradicionalmente reservados en exclusiva al Estado”, “poderes que se han asociado tradicionalmente con la soberanía”, entre los que no consideraba que se encontrara el suministro de energía eléctrica en régimen de monopolio.

La otra vía de ampliación del concepto de *state action* para dotar de tutela a los derechos fundamentales frente a acciones que no provienen directamente de los aparatos del Estado es la de la existencia de contactos o complicidades suficientemente significativos como para implicar al Estado en la conducta de un actor privado. Se pretende imputar a un poder público una actuación aparentemente privada, aduciendo la existencia de algún tipo de conexión o intervención pública relevante. No se discute la naturaleza privada de quienes realizan materialmente el acto presuntamente ilícito, pero se dice que detrás de ese acto, induciéndolo o avalándolo en cierta forma, está un poder público, siendo tal el grado de

implicación (*involvement*) de éste que no puede mantenerse el carácter meramente privado de la conducta.

Un primer campo en el que esta vía de ampliación del concepto de *state action* tuvo aplicación fue el de los *racially restrictive covenants* y la ejecución judicial de los acuerdos o decisiones privadas discriminatorias. Los *racially restrictive covenants* en el mercado inmobiliario son disposiciones contractuales por las que el propietario de un inmueble se compromete a no venderlo o alquilarlo a personas de color o de otras minorías raciales. Son acuerdos privados entre propietarios que llegaron a estar muy generalizados³⁵⁴. En un principio, el Tribunal Supremo no ve la existencia de una *state action* en la ejecución judicial de ese tipo de cláusulas contractuales, y así, en el caso *Corrigan v. Buckley* [271 US 323 (1926)], en que el demandante pretendió impedir una enajenación inmobiliaria hecha en contra de uno de estos acuerdos, y los demandados alegaron que la aplicación de acuerdo discriminatorio por el juez sería inconstitucional, el Tribunal Supremo desestimó la alegación de los demandados por entender que la Constitución no prohíbe a los particulares suscribir contratos en relación con el control y la disposición de las propiedades. Para el Tribunal Supremo, no hay *state action* inconstitucional porque el tribunal *a quo* se limitó a dar cumplimiento a un acuerdo válido en un asunto (la decisión de vender un bien a una persona determinada) puramente privado.

³⁵⁴ En 1947 aproximadamente un 80% de Chicago estaba sometido a estas restricciones, con el resultado paradójico de que la población negra pagaba unos alquileres más altos que la blanca, al estar limitada su posibilidad de alquilar viviendas a un 20% de la ciudad. Este tipo de cláusulas provocó que la inmigración negra a las grandes ciudades debiera concentrarse en las zonas donde tales acuerdos no existían, lo que ocasionó, por ejemplo, que en Baltimore, el 20% de la población tuviera que vivir en el 2% de las casas de la ciudad. En la sentencia del caso *Buchanan v. Wareley* [245 US 60 (1917)] el Tribunal Supremo había rechazado el intento de una ciudad de segregar las viviendas de blancos y negros conforme a “zonas raciales”, pese a que en otras sentencias, siguiendo el precedente sentado en 1896 en el caso *Pleasy v. Ferguson*, el Tribunal Supremo había permitido legislación segregacionista que separaba las razas en una amplia gama de ámbitos sociales tales como trenes, parques, cines, etc. Pero en el caso de la creación de zonas raciales en las ciudades, se afectaba un derecho fundamental al parecer más importante, el derecho de propiedad. El Tribunal Supremo norteamericano falló que la segregación racial en la propiedad inmobiliaria representaba un ataque contra el derecho fundamental de poseer y disponer de la propiedad y, por tanto, era inconstitucional. Sobre una visión economicista de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional del Tribunal Supremo norteamericano, Carol ROSE, “¿Quién es responsable por los derechos fundamentales?...”, *cit.*, págs. II-22 y siguientes.

El cambio de criterio se produce con la sentencia caso *Shelley v. Kraemer*³⁵⁵ : desde el momento en que un tribunal estatal presta su concurso a la ejecución de uno de estos contratos, estamos en presencia de una acción estatal, dentro del ámbito protegido por la XIV enmienda. Si bien los *racially restrictive covenants* “no pueden considerarse por sí solos vulneradores de cualquiera de los derechos garantizados a los demandantes por la XIV enmienda”, por lo que en principio se trata de una conducta privada, no de una *state action*, y por discriminatoria que sea no se ve afectada por el mandato constitucional de *equal protection*, el Tribunal Supremo afirma que si se examina la cuestión más despacio, se ve que la única garantía del cumplimiento de los contratos, incluidas las disposiciones discriminatorias, es la ejecución judicial (*judicial enforcement*) de sus normas. “Es claro que si no es por la activa intervención de los tribunales, con el respaldo del poder estatal, los demandantes habrían podido ocupar libremente las propiedades en cuestión, sin restricciones. No son casos, como se ha sugerido, en los que los Estados se abstienen simplemente de intervenir, dando libertad a los sujetos privados para que impongan tales discriminaciones. Antes bien, son casos en los que los Estados han puesto a disposición de esos individuos todo el poder coercitivo del Estado para denegar a los demandantes, por su raza o color el disfrute de los derechos de propiedad que los demandantes fueron capaces de adquirir y los propietarios deseaban vender”. Por ello, entiende el Tribunal Supremo, “al dar ejecución judicial a los *restrictive covenants*, los Estados negaron a los demandantes la *equal protection* y, por ello, la acción de sus tribunales no puede sostenerse”, por lo que “ha habido *state action* en el pleno sentido de la palabra”, y la garantía constitucional de no discriminación que implica la *equal protection clause* de la XIV enmienda es de aplicación e impide que se dé eficacia a la cláusula contractual de contenido discriminatorio³⁵⁶.

³⁵⁵ 334 US 1 (1948).

³⁵⁶ De acuerdo con la doctrina sentada en esta sentencia, cuando el aparato judicial del Estado se pone al servicio de quien persigue un objetivo discriminatorio, el Estado es tan responsable como el actor privado, pues la discriminación no se habría consumado sin su respaldo. Por esta vía indirecta, las acciones de las personas u organizaciones privadas están sometidas a los límites constitucionales. La doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la “asunción judicial”, que permite el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional a violaciones de derechos fundamentales producidas directamente por actos de particulares (ver *infra* epígrafe IX-D-b-1-c, “el requisito del origen inmediato y directo de la vulneración del derecho fundamental en la actuación judicial y de la independencia de los hechos origen del proceso”), encuentra precedente en esta construcción norteamericana, según opina Juan María BILBAO UBILLOS (“Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de *state action* en la jurisprudencia norteamericana)”, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 88), aunque otros autores, como Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO (“Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*) entienden que el precedente directo de esta doctrina del Tribunal Constitucional ha de

Posteriormente, en la sentencia del caso *Edmonson v. Leesville Concrete Co.* [500 US 614, 622 (1991)], el Tribunal Supremo norteamericano ha declarado que los propietarios de inmuebles no están vinculados por la Constitución y pueden tomar la decisión de desalojar a un arrendatario a causa de su raza, su religión o sus opiniones, pero si esa decisión es impugnada en sede jurisdiccional y se abre el correspondiente proceso, la eventual orden judicial de desalojo constituirá una *state action* discriminatoria.

Un segundo campo en el que se hace efectiva la vía de ampliación del concepto de *state action* cuando se aprecia existencia de contactos o complicidades que permiten implicar al Estado en la conducta de un actor privado, es la de la asociación o interdependencia entre el Estado y el actor privado. La sentencia del caso *Burton v. Wilmington Parking Authority* [365 US 715 (1961)], en el que se discutía la negativa a servir a un ciudadano negro por parte de un restaurante ubicado dentro de un parking propiedad de una agencia estatal, revocó la sentencia de un tribunal estatal³⁵⁷ por entender que la exclusión del demandante fue una acción estatal discriminatoria. Las actuaciones de los particulares no pueden violar la *equal protection clause*, por no constituir una *state action*, “a no ser que se descubra que el Estado llegó a verse envuelto... en una medida significativa”. En el caso debatido, por contrato de arrendamiento la agencia estatal cobraba a los propietarios del restaurante *only white* una renta, que servía para hacer frente a los gastos del parking. El terreno y las instalaciones eran de propiedad pública. El complejo en que se integraba como una pieza más el restaurante estaba destinado a uso público, etc. Son circunstancias que ponían de manifiesto la implicación estatal en la acción discriminatoria. Cualquier observador saca la conclusión de que el establecimiento está asociado estrechamente al Estado. Además, la agencia estatal no introdujo en el contrato de alquiler

encontrarse en la jurisprudencia de su equivalente alemán, hasta el punto de que la denominan “finta alemana”. Sin embargo, según afirma Carol ROSE (“¿Quién es responsable por los derechos fundamentales?...”, *cit.*, pág. 19 y siguientes), los autores contemporáneos entendieron que la sentencia *Shelley v. Kramer* había de ser interpretada a la luz del antecedente que supuso la sentencia del caso *Buchanan v. Wareley*: por medio de restricciones en la transmisión de la propiedad inmobiliaria, las personas privadas habrían asumido el papel del gobierno al establecer una forma privada de “regulación urbanística racial”.

³⁵⁷ La sentencia del Tribunal Supremo de Delaware revocada había sostenido que la acción del restaurante era puramente privada y lícita conforme a la disposición legal que permitía a encargados de establecimientos abiertos al público denegar el servicio a “personas cuya admisión o atención pudiera resultar ofensiva para la mayor parte de los clientes”.

ninguna cláusula que obligara al restaurante a ofrecer sus servicios al público en general, sin discriminación a causa de la raza, cuando debería haber exigido expresamente al regular la prestación del servicio el compromiso del arrendatario de respetar el mandato constitucional de la *equal protection*.

Un tercer campo de aplicación de esta vía de ampliación del concepto de *state action* se referiría a la implicación del Estado mediante estímulos o ayudas que favorecen la acción privada, en relación al cual fueron dictadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos varias sentencias que interpretan la intervención del Estado como una forma de apoyo oficial que alienta o fomenta virtualmente la discriminación privada. La sentencia del caso *Reitman v. Mulkey* [387 US 369 (1967)] versaba sobre la introducción de una enmienda en la Constitución de California, fruto de una iniciativa popular, que establecía que “ni el Estado ni ninguno de sus órganos o agencias negarán, limitarán o recortarán, directa o indirectamente, el derecho de toda persona a vender o arrendar a quien desee una parte o toda su propiedad real, y a declinar vender o arrendar esa misma propiedad a la persona o personas que quiera, con absoluta discrecionalidad”. La demanda formulada por la negativa a alquilar un apartamento por la raza del arrendatario fue desestimada por el tribunal estatal en base a esa enmienda. La revocación por Tribunal Supremo se basó en que la citada enmienda contraviene el principio de *equal protection* de la Constitución federal, dado que su introducción en la Constitución de California fue una reacción frente a dos leyes destinadas específicamente a combatir la discriminación racial en el sector de la vivienda. La aprobación de la enmienda implicaba indebidamente al Estado en la discriminación existente en el mercado inmobiliario, no porque hubiera ordenado él mismo el comportamiento discriminatorio, sino porque lo había favorecido o alentado. Cuando el Estado facilita conscientemente la discriminación racial, eliminando los impedimentos legales que hasta ese momento habían servido de freno a las actitudes racistas, no puede ocultarse su implicación en la actuación denunciada, implicación significativa que justifica sobradamente la consideración de la existencia de una *state action*.

También en este campo se encuadran sentencias como la dictada en el caso *Norwood v. Harrison* [413 US 455 (1973)], en que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de un programa estatal de préstamo de libros de texto a los

estudiantes de todas las escuelas, incluidas las privadas que aplican políticas discriminatorias, por considerar que el apoyo económico de la Administración, en forma de subsidios, subvenciones, exenciones fiscales y otro tipo de facilidades, puede llegar a ser un factor lo bastante significativo como para estimar satisfecha la exigencia de *state action*.

Otros campos en los que se ha intentado realizar una ampliación del concepto de *state action* a fin de dotar de protección jurisdiccional a vulneraciones de derechos fundamentales causadas por actuaciones privadas son los relativos a actuaciones privadas en materias objeto de supervisión o de concesión de licencia por parte de Administración, como en la sentencia del caso *Public Utilities Commission v. Pollak* [343 US 451 (1952)] o aquellas respecto de las que el Estado tendría un deber de protección.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano sobre esta materia, que he esbozado esquemáticamente³⁵⁸, no es en absoluto lineal ni sigue una línea lógica clara, y en algunos de los campos expuestos en los que se había sentado una doctrina avanzada se ha observado una regresión en los últimos tiempos. Junto a las críticas expuestas por Laurence H. TRIBE³⁵⁹ (para el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la *state action* es una “antidoctrina”, más cerca del caos que de un sistema de reglas aplicables con carácter general)³⁶⁰, Charles L. BLACK³⁶¹ también se muestra crítico, al entender que dicha jurisprudencia es *a conceptual disaster area* cuya ambigüedad se presta a todo tipo de

³⁵⁸ El tema está ampliamente estudiado en el libro “Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de *state action* en la jurisprudencia norteamericana)”, de Juan María BILBAO UBILLOS, Editorial McGraw-Hill, Madrid, 1997, así como en el capítulo 18, *The problem of state action*, en Laurence H. TRIBE, “American Constitution Law”, *cit.*, págs. 1688 y siguientes.

³⁵⁹ “American Constitutional Law”, *cit.*, pág. 1688 y siguientes.

³⁶⁰ De acuerdo con Joaquín BRAGE CAMAZANO (“Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EE.UU.”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, enero-marzo 2004, pág. 273 y siguientes), esta falta de sistemática no sería exclusiva de la doctrina de la *state action* sino que afectaría en general a la actuación del Tribunal Supremo norteamericano, y en concreto en relación a sus resoluciones sobre los *civil rights*, y sería debida a la mentalidad casuístico-pragmática anglosajona, que atiende al caso concreto y que sólo muy limitadamente admite abstracciones y generalizaciones, todo lo más la configuración de “grupos de casos”. Como dice el propio Tribunal Supremo estadounidense, “generalizations do not decide concrete cases”.

³⁶¹ “The Supreme Court, 1966 Term-Foreword: «State Action», Equal Protection and California’s Proposition 14”, 81 *Harvard Law Review*, 69, 1967. Este autor muestra cierta ironía en relación a la determinación de lo que es *state action* por el Tribunal Supremo norteamericano, hasta el punto de afirmar que “«state action» [is] a term of art in our constitutional law” (“State action”, en *Civil Rights and Equality*, Kenneth L. KARST (ed.), Macmillan, New York, 1989, pág. 44).

arbitrariedades. El Tribunal Supremo ha sido incapaz de articular un cuerpo de doctrina uniforme sobre este particular, un conjunto coherente de tests y reglas generalmente aceptadas para determinar si una concreta actuación de un particular es o no imputable a los poderes públicos y, por tanto, es enjuiciable con los parámetros constitucionales sobre derechos fundamentales. El propio Tribunal Supremo reconoce en la sentencia del caso *Reitman v. Mulkey*³⁶² que la formulación de una regla precisa para reconocer la responsabilidad estatal en relación con la mencionada cláusula es una “tarea imposible” (*an impossible task*) que el Tribunal nunca ha intentado, y asimismo, en la sentencia del caso *Burton v. Wilmington Parking Authority*³⁶³, reconocía lo casuístico de su actuación en esta materia, cuando recomendaba como norma general “cribar los hechos y sopesar las circunstancias”³⁶⁴.

Lo criticable de muchos de los resultados de la doctrina de la *state action* del Tribunal Supremo norteamericano al limitar la protección constitucional en relación al respeto de los derechos fundamentales a aquellas conductas que pudieran considerarse como una *state action* (lo que por ejemplo le lleva a no considerar vulnerador de derecho fundamental alguno el despido de trabajadores por motivos políticos), la sospecha de que en muchos casos esta línea jurisprudencial no hace más que encubrir una cierta ponderación de si el interés de quien invoca la infracción de su derecho merece más protección que la conducta del particular que lo ha infringido, con todas las distorsiones propias de encubrir esta ponderación bajo el ropaje de los distintos y contradictorios tests sobre la existencia de una *state action*, ha llevado a parte de la doctrina a postular que se adopte en los Estados Unidos la idea de eficacia de derechos fundamentales también frente a acciones de particulares, en la que mediante un análisis de las garantías constitucionales debidamente centrado en los intereses que se tratan de proteger en cada una de ellas se llegue a una acomodación razonable de los intereses en conflicto, evitando aplicar un mismo estándar a la hora de enjuiciar conductas públicas y privadas, por cuanto que existen justificaciones para conductas privadas que no pueden nunca aducirse respecto de una *state action*.

³⁶² 387 U.S. 369 (1967)

³⁶³ 365 US 715 (1961)

³⁶⁴ “Only by sifting facts and weighing circumstances can the nonobvious involvement of the State in private conduct be attributed its true significance”.

No obstante, al amparo de la última sección (*enforcement clause*) de la enmienda XIV, que autoriza al Congreso de los Estados Unidos a desarrollar “mediante una legislación apropiada” el principio de *equal protection*, dicho órgano legislativo ha aprobado una serie de leyes de derechos civiles que han sido de gran utilidad para combatir las diferentes formas de discriminación privada, y que en muchos casos van más lejos que el más activista de los jueces europeos³⁶⁵. Entre estas leyes contra la discriminación, especialmente la discriminación racial, pueden destacarse *Civil Rights Act* de 1964, que prohíbe la discriminación racial en los servicios públicos (Título III), en el empleo (Título VII) y en aquellas actividades, incluida la enseñanza privada, que reciben ayudas económicas federales (Título VI). El Título II se ocupa de la discriminación en el acceso a lugares abiertos al público y prevé remedios inmediatos (*injunctions*) contra la discriminación racial en hoteles, restaurantes, teatros, salas de cine y otros establecimientos análogos.

La intervención legislativa se justifica por la repercusión pública y el carácter sistemático de estas prácticas discriminatorias, como demuestra el gran número de casos que habían llegado incluso al Tribunal Supremo y en el que se denegaba “amparo” al discriminado si la conducta discriminatoria no podía ser imputada a una *state action*. La *Civil Rights Act* de 1968 es una compleja disposición legislativa que además de sancionar penalmente diversas formas de violencia racial, prohíbe también la discriminación (racial, religiosa...) en el mercado inmobiliario privado (Título VIII: *Fair Housing Act*). Quiere ello decir que en relación a la discriminación por motivos raciales en todos los campos a los que es de aplicación esta legislación (servicios públicos, enseñanza, establecimientos públicos, mercado inmobiliario, etc.) ha perdido importancia la doctrina de la *state action* por cuanto que ya no es preciso buscar la extensión de la protección constitucional frente a las conductas privadas intentando buscar una implicación estatal que las convierta en *state action*, por cuanto que la protección la otorga directamente la ley.

No obstante, la profunda diferencia de concepto entre los Estados Unidos y la Europa continental respecto de los derechos fundamentales hace que se planteen problemas incluso

³⁶⁵Juan María BILBAO UBILLOS, “Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado”, *cit.*, páginas 286 y siguientes.

en cuestiones de enorme trascendencia práctica. Así sucede, por ejemplo, con el conflicto existente entre la Unión Europea y los Estados Unidos en relación a la transmisión de datos personales desde la primera a la segunda, por la diferente regulación existente sobre la *privacy* (que en nuestro sistema de derechos fundamentales afectaría tanto a aspectos del derecho de intimidad como del de autodeterminación informativa, art. 18.1 y 4 de la Constitución española) y que ha tenido solución, al menos por el momento, con el “sistema de principios de puerto seguro para la protección de la vida privada” (*Safe Harbor Privacy Principles*)³⁶⁶.

Frente a las exigencias contenidas en la normativa comunitaria europea reguladora del tratamiento, cesión y libre circulación de datos, fundamentalmente las Directivas 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, y 97/66/CE, de 15 de diciembre, ambas del Parlamento Europeo y del Consejo, y el Reglamento (CE) 41/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, aplicables tanto cuando el tratamiento de tales datos se haga por autoridades como por particulares (sin perjuicio de ciertas excepciones referidas al tratamiento de datos que tenga por objeto la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado), en los Estados Unidos el derecho constitucional a la *privacy* sólo obliga al sector público, pero no al sector privado. Así, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la sentencia del caso *Moliner v. US*³⁶⁷ declaró que un particular no tiene derechos sobre los datos personales que una entidad bancaria disponga sobre él y que, si algún derecho tiene, es el de impedir a aquella la cesión del mismo a una *Agency* [estatal]. Es más, mientras que la obligación del sector público ha de regularse mediante leyes, a los particulares no se les puede imponer una obligación que no deriva de la Constitución y que coartaría directamente el derecho constitucional consagrado en la Primera Enmienda, al menos si la obligación fuere impuesta de un modo vago y generalizado, mediante una ley global para todo el sector privado. Lo contrario infringiría lo previsto en la XIV Enmienda.

³⁶⁶ Sobre esta cuestión, José M^a ARRIBAS LUQUE, “Protección de transmisiones de datos personales desde la UE a los EEUU. Sistema de principios de puerto seguro”, en *La Toga*, Revista del Colegio de Abogados de Sevilla, Febrero 2002, págs. 27 a 39. Se trata fundamentalmente de un sistema voluntario basado en autocertificación y autoevaluación, puesto que ninguna autoridad realiza inspección previa para verificar el cumplimiento de los criterios de adecuación al sistema.

³⁶⁷ 425 US 435 (1976).

La protección de datos en ficheros de titularidad pública se contiene en una regulación federal unitaria y una regulación estatal dispersa. La protección de la *privacy* en el sector privado consiste, tanto a nivel federal como a nivel de Estados, en una autorregulación voluntaria general y en leyes y *regulations* referidos a sectores o industrias específicos (salvo en California, que extiende la regulación imperativa de la *privacy* en el sector público al privado).

Así pues, es este concepto norteamericano de los derechos fundamentales, esta falta de vinculación de las empresas privadas (salvo que exista una ley para el sector concreto donde desarrolle su actividad) al respeto a la *privacy* lo que en buena parte ha provocado este conflicto sobre el libre flujo de información entre Europa y EE.UU., solucionado por el momento por este sistema de principios de puerto seguro publicado el 21 de julio de 2000 por el *US Department of Commerce* y declarado suficiente, en el sentido de que garantiza un nivel adecuado de protección de los datos personales transferidos desde la Unión Europea a entidades establecidas en Estados Unidos de América, a efectos del apartado 2 del artículo 25 de la Directiva 95/46/CE, por la Decisión 2000/520/CE, de 26 julio, de la Comisión.

C) IBEROAMÉRICA

En Iberoamérica no puede decirse que exista una uniformidad en las soluciones que se dan a la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, como tampoco la hay en Europa. Pero el examen del ordenamiento jurídico de los diversos países que se extienden desde Río Grande a Tierra de Fuego muestra cómo el problema se ha planteado también en muchos de ellos. Con frecuencia, el ordenamiento jurídico reconoce a los derechos garantizados en la Constitución eficacia frente a particulares, bien porque tal reconocimiento se haga directamente en el plano sustantivo o bien porque, al reconocerse la posibilidad de solicitar amparo de tales derechos no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los particulares, ese reconocimiento procesal presupone la atribución de tal eficacia sustantiva *inter privatos*.

Con carácter previo al análisis de la situación existente en varios países iberoamericanos, es preciso detenerse en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en Iberoamérica. El art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)³⁶⁸ establece:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Llama la atención que en el citado precepto de este Tratado internacional se prevea como supuesto normal el amparo judicial contra actos de particulares que violen los derechos fundamentales, y como supuesto “reforzado” y necesitado de especial previsión (“aun cuando”) el de violaciones cometidas por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales, esto es, cuando la violación provenga de un poder público.

a. Argentina

En Argentina, el fallo de la Corte Suprema en el caso *Kot* (CSJN, Fallos 241:291; LL, 92-627;JA, 1958-IV-216), de 5 de septiembre de 1958³⁶⁹ aborda directamente el caso de

³⁶⁸ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Puede consultarse en Internet en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>, donde puede verse, al final de la página web, el estado de las firmas y ratificaciones.

³⁶⁹ Pedro DE VEGA GARCÍA, “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos”
165

la violación de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (los de libertad de trabajo, propiedad y libre actividad) por la acción de particulares (los trabajadores que, a consecuencia de un conflicto laboral, habían ocupado la fábrica de la familia *Kot* e impedido el acceso de capataces y personal administrativo, paralizando totalmente la actividad fabril), afirmando la invocabilidad de los derechos fundamentales entre particulares y extendiendo la protección del amparo, que procede frente a actos manifiestamente ilegales o arbitrarios que infrinjan un derecho constitucional, a las violaciones producidas por otros particulares. Por su interés, reproduzco literalmente los pasajes más significativos de esta sentencia:

“Que si bien en el precedente citado [la sentencia del caso Siri] la restricción ilegítima provenía de la autoridad pública y no de actos de particulares, tal distinción no es esencial a los fines de la protección constitucional. Admitido que existe una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual (art. 33, Const. Nacional), ninguna reserva cabe establecer de modo que excluya en absoluto y a priori toda restricción que emane de personas privadas.

Es verosímil presumir que, en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública. En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerte no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado. Pero los constituyentes tuvieron la sagacidad y la prudencia de no fijar exclusivamente en los textos sus temores concretos e históricos, sino, más

fundamentales”, *cit.*, pág. 342, y Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ CASTILLO, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 49, citan las sentencias de la Corte Suprema Argentina de los casos *Siri* y *Kot*, como si en ambas se tratara el tema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y, concretamente, el riesgo que para los derechos fundamentales supone la acumulación de poder material y económico por parte de consorcios, asociaciones profesionales y grandes empresas. Sin embargo, sólo la segunda de las citadas sentencias se refiere a esa cuestión, puesto que en la sentencia del caso *Siri* la violación de los derechos fundamentales, la libertad de prensa, se había producido por una acción estatal, concretamente el cierre y ocupación de un periódico por parte de la Policía, extremo éste que es resaltado en la propia sentencia del caso *Kot*. El nexo común entre una y otra sentencia estriba en que en la primera de ellas, la Corte Suprema creó la denominada “acción de amparo”, innovación jurisprudencial cuyo efecto principal fue el hacer extensivo el procedimiento sumario previsto para el *habeas corpus* a la protección de otros derechos fundamentales protegidos en la Constitución, distintos de la libertad corporal, aspecto procesal éste en el que la sentencia del caso *Kot* sigue el precedente sentado por la del caso *Siri*. La Corte se basó en la existencia de una garantía tácita o implícita que protege los diversos aspectos de la libertad individual y que se asienta en el art. 33 de la Constitución Nacional.

bien, sus aspiraciones y sus designios permanentes y, aun, eternos: la protección de la libertad. Esto último es lo que resulta del inequívoco y vehemente espíritu liberal de la Ley Suprema, aquello otro lo que se comprueba objetivamente en los textos constitucionales mismos. Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” (porque son los derechos esenciales del hombre) esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada (que es, desde luego, la del habeas corpus y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.) por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos. Intentar construcciones excesivamente técnicas para justificar este distingo, importa interpretar la Constitución de modo que aparezca ella amparando realmente, no los derechos esenciales, sino las violaciones manifiestas de esos derechos. Las circunstancias concretas de esta causa constituyen por sí solas un ejemplo significativo.

Aun menos admisible es el distingo a que antes se ha hecho referencia, considerando las condiciones en que se desenvuelve la vida social de estos últimos cincuenta años. Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan, junto con el progreso material de la sociedad, una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales.

Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional de los derechos humanos frente a tales organizaciones colectivas, nadie puede

engañarse de que tal declaración comportaría la de la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución y, con ella, la del orden jurídico fundamental del país. Evidentemente, eso no es así. La Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros, ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios”.

Hasta aquí la cita de la sentencia del caso *Kot*. Como se ve, en plena década de los 50, cuando en Alemania hacía poco que se había comenzado a formular la teoría de la *Drittwirkung*, la Corte Suprema Argentina llega a conclusiones similares a las de los padres de la *Drittwirkung*.

Posteriormente, la Ley 16.986, de 18 de octubre de 1966, vino a reglamentar la acción de amparo que había sido creada jurisprudencialmente por la sentencia del caso *Siri* basándose directamente en el art. 33 de la Constitución Argentina. El art. 1º de esta Ley concedía la acción de amparo exclusivamente contra los actos u omisiones de la autoridad pública que infringieran los derechos constitucionales, con lo que quedaba excluida la posibilidad de ejercer la acción de amparo contra los actos de particulares, en contra de lo reconocido en la sentencia del caso *Kot*. Sin embargo, en el año 1971, la Ley 17.454, que reformó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, incluyó en sus arts. 321, inc. 2, y 498 la acción de amparo frente a las violaciones de derechos fundamentales producidas por particulares.

No obstante, la estructura federal de la República Argentina hace que alguna de sus provincias hayan regulado procesos que, al menos *grosso modo*, pueden considerarse como modalidades del amparo (amparo “laboral” en Santa Fe, hoy derogado, e “informativo” en Río Negro, los “mandamientos de ejecución” y de “prohibición” en Chubut y Entre Ríos, o el “recurso contencioso-administrativo sumario” en Santa Fe).

El *habeas corpus*, por su parte, fue regulado mediante una norma específica la ley 23.098 (llamada “*De la Rúa*”). Según esta ley, sólo podía interponerse contra “un acto u omisión de autoridad pública” (art. 3). El argumento dado para no admitir en el orden federal el *habeas corpus* contra actos u omisiones de particulares fue que la legislación penal

contenía normas suficientes para atacar detenciones ilegales realizadas por sujetos privados. Pero la ley dejó abierta la posibilidad de que las provincias regulasen la posibilidad de interponer *habeas corpus* contra actos de particulares (art. 1 *in fine*), como efectivamente ocurrió en algunas de ellas (Catamarca, Jujuy, etc)³⁷⁰.

La reforma constitucional de 1994 incorporó explícitamente el amparo, tanto frente a autoridades estatales como frente a particulares, al texto constitucional, y amplió la legitimación en materia de amparo, incorporando el llamado "amparo colectivo" para casos de afectación de derechos de incidencia colectiva, entre los que se encuentran claramente derechos invocables frente a particulares (derechos de los consumidores y usuarios, derecho a la protección del medio ambiente, discriminación, defensa de la competencia). Dicen los primeros apartados del art. 43 de la Constitución, fruto de dicha reforma constitucional:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

³⁷⁰ Néstor Pedro SAGÜES, “Instrumentos procesales protectores de los derechos en Argentina”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, pág. 312.

La jurisprudencia ha aceptado desde entonces pacíficamente la interposición de amparos colectivos frente a personas no estatales, por lo general, ante grandes empresas o concesionarios de servicios públicos privatizados.

La misma cláusula constitucional incorpora el *habeas data*, que tiene como legitimado pasivo, además de al Estado, a los bancos de datos privados, estableciendo al respecto el art. 43 de la Constitución, en sus dos últimos apartados:

“Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.”

Como se ve, en la parte final de la norma se reglamenta de modo específico dos “subespecies” del amparo: el *habeas data* y el *habeas corpus*. Respecto del primero, se prevé expresamente que pueda ejercitarse la acción para tomar conocimiento de los datos referidos al accionante y de su finalidad, que consten no sólo en registros o bancos de datos públicos, sino también en registros o bancos de datos privados “destinados a proveer informes”. Así pues, parece evidente que el derecho de autodeterminación informativa, que en la Constitución española aparece recogido en el art. 18.4 de la Constitución, es oponible en Argentina no sólo frente a los poderes públicos, sino también frente a los particulares, y se prevé en la propia Constitución un proceso de amparo para proteger tal derecho.

La consideración de que en este nuevo art. 43 de la Constitución se configura el *habeas corpus* como una subespecie del amparo hace que se entienda, al menos por un sector de la doctrina³⁷¹, que la previsión de la ley reglamentaria 23.098 que restringía a nivel federal la posibilidad de *habeas corpus* a los relativos a actos u omisiones de una autoridad pública está derogada, y que actualmente es también posible interponerlo frente a actos de particulares, puesto que, como se ha visto, el amparo previsto en la Constitución puede interponerse contra actos u omisiones tanto de autoridades como de particulares.

Con dicha reforma se incluye en la Constitución Nacional la previsión contenida en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), antes citado.

b. Brasil

En Brasil es notable la atención que por algún autor se ha prestado a la cuestión, en concreto por parte de Ingo Wolfgang SARLET³⁷². Para este autor, si incluso en los Estados desarrollados en los que, de hecho, se asumen, en mayor o menor grado, las características de un Estado democrático y social de Derecho ya se acepta, no obstante algunas reticencias, que en las relaciones caracterizadas por la desigualdad, el particular más “poderoso” se encuentra directamente vinculado a los derechos fundamentales del otro particular (aunque ambos sean titulares de derechos fundamentales), más todavía tal vinculación debe ser reconocida en el orden jurídico brasileño en el que, como mucho, se puede hablar de una previsión formal de un Estado Social de Derecho que, de hecho, acaba siendo concretizado apenas para una pequeña parte de la población. Cuando mínimo, ha de reconocerse que cuando más sacrificadas están la libertad e igualdad substanciales, mayor habrá de ser el grado de protección ejercido por el Estado en el ámbito de sus deberes generales y específicos de protección, actuando positivamente en el sentido de compensar las desigualdades, mediante la intervención en la esfera de autonomía privada y libertad

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² “A eficácia dos direitos fundamentais”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, 2ª edición, págs. 337 y siguientes, “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, págs. 107 y siguientes, ambas en Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, y, sobre todo, “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, *cit.*, pág. 107 y siguientes.

contractual³⁷³. Se muestra, pues, partidario este autor de una eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través de su concepción como mandatos de protección a los poderes públicos, invocando, por ejemplo, el principio de “aplicación inmediata” de las normas sobre derechos y garantías fundamentales que se contiene en el art. 5.1 de la Constitución brasileña³⁷⁴.

Asimismo, se ha analizado por la doctrina si alguno de los procesos de protección de los derechos fundamentales puede ser dirigido frente a actos de particulares³⁷⁵. Mientras que algún autor entiende que el *habeas corpus* sólo puede dirigirse frente a quien ejerce una función pública, pues si la privación de libertad es realizada por un particular, se trata de un delito y puede exigirse la intervención de la policía y no promoverse un *habeas corpus*, para otros no puede realizarse distinción alguna en cuanto al carácter de aquel contra el que se dirige este proceso especial, pues la Constitución no hace referencia alguna a autoridad, como por el contrario si acontece con el *mandado de segurança*. Por ello, procedería el *habeas corpus* cuando la coacción por parte del particular se produjese en hospitales, haciendas, colonias de trabajos, etc.

En el *mandado de segurança* (que se asemejaría más a un proceso de amparo genérico, referido a cualquier derecho y no solamente al de libertad de movimiento como es el caso del *habeas corpus*), sí que prevé el art. 5 de la Constitución Federal una restricción de la legitimación pasiva, pues habría que dirigirla contra una autoridad pública o agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones de poder público. Pero en base a este último inciso se ha posibilitado el ejercicio de esta acción frente al rector de una universidad particular o el director de una escuela privada³⁷⁶.

³⁷³ “Direitos Fundamentais e Direito Privado...”, *cit.*, pág. 152 y siguientes.

³⁷⁴ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

³⁷⁵ Luiz PINTO FERREIRA, “Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, *cit.*, pág. 426 y siguientes y los autores por él citados.

³⁷⁶ *Ibidem*.

c. Colombia

En Colombia, la Constitución Política de 1991 establece en su art. 1 la cláusula del Estado social de derecho, consagra en su art. 4 el carácter normativo de la Constitución Política y que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”, prevé en su art. 95 que “toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”, e incluye entre los “deberes de la persona y del ciudadano” el de “respetar los derechos ajenos” y el de “defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica”. Además, la estructura de los diversos derechos fundamentales reconocidos en dicho texto constitucional los hace en muchas ocasiones aptos para ser eficaces frente a particulares³⁷⁷.

Pero el tratamiento de la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares está determinado por la regulación constitucional de la acción de tutela, que es una acción de amparo de los derechos fundamentales, en el art. 86 de la Constitución Política. Dispone este precepto:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

³⁷⁷ En este sentido, Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica* núm. 27, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998, pág. 19.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

Son, pues, tres las situaciones en las que cabe tutela respecto de los particulares: prestación de un servicio público, afectación grave y directa del interés colectivo y estado de subordinación o indefensión³⁷⁸. El citado precepto constitucional confirió al legislador la facultad de desarrollar los supuestos, referidos a las mencionadas situaciones, en los que procedía la acción de tutela contra los particulares. Este desarrollo se hizo por el Decreto Ley 2591 de 1991, en cuyo art. 42, a través de 9 apartados, se enumeran genéricamente los supuestos en los que cabe tutela contra particulares, incluyendo entre los supuestos de

³⁷⁸ Los dos primeros supuestos pueden equipararse con aquellos supuestos en los que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que hay *state action* porque el particular ejerce una función estatal (porque presta un servicio público o porque, al igual que las acciones de los poderes públicos, afecta de manera grave y directa al interés colectivo), y el tercer supuesto hace referencia al fenómeno de los poderes privados (en este sentido, Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, pág. 485), clásico en la fundamentación teórica de la *Drittwirkung*. La Corte Constitucional, en la Sentencia de Tutela 251/1993, ha justificado así el otorgamiento de la acción de tutela de derechos fundamentales frente a particulares:

“Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado Social de Derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (C.P. artículo 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria”.

acción de tutela contra un particular la acción de *habeas data* prevista en el art. 15 de la Constitución Política³⁷⁹.

No obstante, según algunos autores, la Corte Constitucional de Colombia, encargada de resolver la acción de tutela, ha rebasado los márgenes trazados por la ley citada, eliminando las restricciones que tal regulación introducía, tanto por vía de los fallos de tutela, en los que en ocasiones ha prescindido de la invocación de dicho precepto legal para acudir directamente al art. 86 de la Constitución Política, como a través del control de constitucionalidad del citado Decreto ley y de las normas que lo reglamentan³⁸⁰. Así, en la Sentencia C-134 de 1994, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la limitación que el citado Decreto establecía respecto de la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prestaran determinados servicios públicos (educación, salud y domiciliarios) sólo en razón de la violación de ciertos derechos fundamentales. La Corte declaró la inconstitucionalidad de esta limitación, afirmando que la acción de tutela procede por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental, y que la función del Congreso, conforme al art. 86 de la Constitución Política, era la de señalar los “casos” en que procedía la tutela contra particulares, y no la de determinar los “derechos fundamentales” objeto de la protección.

En el campo de las relaciones entre particulares, la jurisprudencia constitucional colombiana ha reconocido la eficacia de los derechos constitucionales en materia laboral, concretamente al estimar la acción de tutela en relación a supuestos de discriminación salarial o de vulneración del derecho de asociación sindical, y asimismo en relación a los contratos de prestación de servicios médicos³⁸¹.

³⁷⁹ Esta cuestión tiene bastante importancia por cuanto que desde la década de 1970 el sistema bancario colombiano estableció una red informática bastante completa de registros de morosos. La Corte Constitucional adoptó inicialmente una postura bastante garantista en defensa de los afectados por el registro de datos sobre morosidad que les afectaban, hasta que en la Sentencia de Unificación 82/1995 dio un brusco giro y decidió favorecer el “interés general” que, a su juicio, lo representan las entidades financieras encargadas de velar por los recursos captados del público, en detrimento del derecho fundamental de autodeterminación informática de los deudores morosos (Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 255 y siguientes, y Eduardo CIFUENTES, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 45 y siguientes).

³⁸⁰ En este sentido, y elogiando este “activismo” de la Corte Constitucional, Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 233 y siguientes y 303.

³⁸¹ En la Sentencia de Tutela 533/1996, de 15 de octubre, la Corte Constitucional resolvió una acción

En todo caso, los problemas básicos que afectan a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no son exclusivos, sino que son los que en general afectan a la tutela de los derechos fundamentales y que pueden concretarse:

1º) En primer lugar, y como problema que condiciona toda la vida política y social en Colombia, la situación de conflicto interno que atraviesa el país desde hace muchos años, caracterizado por un general desconocimiento de los derechos fundamentales por los actores del conflicto, incluido el Estado que está obligado a garantizarlos³⁸².

2º) La demora del legislador en desarrollar los derechos fundamentales y el activismo de la Corte Constitucional ha provocado que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales haya corrido casi por entero por cuenta de la Corte Constitucional, pese a las declaraciones de la Corte en donde reconoce la primacía del legislador en dicha función, manifestaciones de carácter eminentemente formal y que no se compaginan con la realidad pues ha sido la Corte la que, a despecho de las normas legales, ha establecido los presupuestos de funcionamiento tanto fácticos como procesales de la tutela. El exagerado casuismo de la Corte y la ausencia, salvo contadas excepciones, de líneas jurisprudenciales claras amenaza seriamente el principio de la seguridad jurídica. Ello pone de manifiesto la

de tutela promovida por un ciudadano que había concertado un contrato de prestación de servicios médicos con una EPS (Empresa Promotora de Salud, en la terminología de la Ley 100 de 1993), que se negaba a autorizarle una intervención quirúrgica, alegando que se trataba de una “preexistencia”, una enfermedad que el demandante de tutela venía padeciendo antes de concertar el contrato y por tanto no se encontraba amparado por éste. La Corte, en primer lugar, declara la procedencia de la acción de tutela como remedio subsidiario ante la falta de un medio judicial alternativo idóneo para la efectiva, concreta e inmediata defensa del derecho constitucional, puesto que la dolencia del demandante no permitía esperar varios años a la solución de un proceso judicial ordinario. En segundo lugar, consideró que la actuación de la EPS vulneraba el derecho fundamental a la salud y la vida del demandante, y sentó una doctrina en la que establecía un contenido mínimo del contrato de prestación de servicios médicos que ponía coto a los abusos de las EPS sobre la cuestión de las preexistencias, declarando que éstas debían ser consignadas expresamente en el contrato y que la modificación unilateral por parte de la EPS de dicha cláusula, al alegar como preexistencia una enfermedad que no hubiese sido en su momento fijada como tal, significaba una violación de la buena fe contractual y la acción de tutela debía prosperar. Sobre esta sentencia, Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 278 y siguientes, y Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *cit.*, pág. 228 y siguientes.

³⁸² Ver Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 225 y la amplia bibliografía allí citada.

necesidad de que el legislador asuma el papel que le corresponde y fije algunas reglas de juego generales e inamovibles, al menos de índole procedimental, sobre la tutela³⁸³.

3º) La configuración de la acción de tutela como un mecanismo procesal de carácter definitivo cuando no exista otro medio de protección judicial eficaz o de carácter transitorio para evitar un perjuicio irreparable³⁸⁴ mientras se ejercitan las acciones ordinarias³⁸⁵ lleva a la coexistencia en la práctica de dos jurisdicciones paralelas encargadas de dar solución a los conflictos surgidos en el seno de las relaciones entre particulares, una la constitucional encargada de resolver la acción de tutela, expedita, sencilla, barata y en la que el fundamento de la decisión lo constituyen los derechos fundamentales; y otra la jurisdicción ordinaria, lenta, formalista e ineficaz. Es lógicamente la primera la elegida la mayoría de las veces, a lo que contribuye en gran medida la flexible interpretación que ha hecho la Corte Constitucional sobre la eficacia del medio de defensa judicial alternativo como presupuesto procesal de la tutela³⁸⁶, lo que pone de manifiesto la inoperancia e ineficiencia de la administración de justicia en Colombia. Esta situación, de continuar, conducirá a un desgaste innecesario de la tutela que terminará por perder su carácter de mecanismo excepcional en virtud de la trascendencia de los derechos amenazados³⁸⁷.

³⁸³ Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 304.

³⁸⁴ Es perjuicio irreparable el que es inminente, urgente de resolver, grave e impostergable (Eduardo CIFUENTES MUÑOZ, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, *cit.*, pág. 485).

³⁸⁵ En este caso el demandante tendrá el plazo de 4 meses tras el fallo de tutela para interponer la acción judicial ordinaria, con el riesgo de fallos contradictorios entre la Corte Constitucional que ha resuelto con carácter transitorio y la jurisdicción ordinaria cuando resuelva con carácter definitivo.

³⁸⁶ La mera existencia de un proceso judicial no excluye la tutela, como se vio al comentar la Sentencia de Tutela 533/1996, exigiéndose que el medio de protección judicial sea idóneo y eficaz atendidas las circunstancias en las que se encuentre el demandante. Por ejemplo, a partir de que la ley 294 de 1996 estableciera mecanismos de protección contra la violencia doméstica más expeditos incluso que la acción de tutela, la Corte Constitucional se abstuvo de seguir concediendo protección a través de la acción de tutela a las víctimas de la violencia doméstica dada la existencia de un medio judicial más efectivo y rápido (Eduardo CIFUENTES, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 39).

³⁸⁷ Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.* pág. 289 y siguientes.

d. Chile

En Chile también la Constitución dispone su carácter normativo y su supremacía en todo el ordenamiento jurídico³⁸⁸, al establecer en su art. 6.2 que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos estatales como a toda persona, institución o grupo.

Asimismo, el art. 20 de la Constitución, al regular el llamado recurso de protección, mecanismo judicial de amparo de los derechos constitucionales³⁸⁹, no lo restringe a la vulneración de derechos fundamentales causados por actos u omisiones de autoridades públicas, sino “por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales”, y en el último inciso del precepto, referido al recurso de protección del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, prevé expresamente la procedencia del recurso de protección cuando tal derecho fundamental “sea afectado por un acto arbitrario e ilegal imputable a una autoridad o persona determinada”. No existe, pues, restricción de sujeto pasivo causante de la vulneración del derecho fundamental, como tampoco se exige el requisito de agotamiento previo de ningún otro mecanismo administrativo o judicial (con lo cual no es posible imputar la violación del derecho fundamental a la autoridad pública u órgano judicial que no amparó el derecho en vía administrativa o judicial).

La práctica judicial nunca ha puesto en duda la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales, y conflictos típicamente jurídico-privados, como los originados en

³⁸⁸ Sobre las consecuencias de esta regulación constitucional, Miguel Ángel FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “Renunciabilidad de los derechos fundamentales de contenido económico”, comunicación a la mesa temática *Derechos fundamentales* en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, del 3 al 5 de diciembre de 2003, pág. 2 y siguientes.

³⁸⁹ Se trata de una acción procesal de naturaleza constitucional, de carácter informal y sumarísima, a ejercitar a través de un proceso especial, breve, informal, inquisitorio y unilateral, con sentencia de carácter eventualmente provisoria, que permite a las personas que hayan sido afectadas en el legítimo ejercicio de sus derechos constitucionales a través de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias, recurrir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva, la cual tiene la potestad para determinar las medidas que considere necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de la persona agraviada. La Corte puede solicitar a la persona o entidad a que se atribuye la acción u omisión agravante (y que en principio permanece ajeno al procedimiento) que le informe sobre las cuestiones planteadas en la demanda de protección, y debe dictar sentencia en el plazo de 5 días desde el momento del “estado de acuerdo”, que se reduce a 2 días cuando se encuentran afectados algunos derechos fundamentales de especial trascendencia (Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, pág. 562 y siguientes).

cuestiones contractuales, han dado lugar a recursos de protección contra otro particular, fundados en la lesión de un derecho fundamental.

Ahora bien, lo expuesto, lejos de llevar a un supuesto resultado “progresista”, de reconocimiento de un *status socialis* de dignidad, libertad e igualdad a los particulares también en sus relaciones jurídico-privadas, ha llevado a una situación paradójica, que Andrés JANA LINETZKY³⁹⁰, en el análisis que hace de la cuestión, no duda en calificar de poco favorable, en el sentido de que no puede decirse que la eficacia directa de los derechos fundamentales haya redundado particularmente en un fortalecimiento o desarrollo de una cultura protectora de las libertades públicas. En algunos casos el efecto ha sido el inverso y en otros, la mayoría, se ha impuesto una falta total de consistencia en el desarrollo de garantías constitucionales.

Así, en el recurso de protección interpuesto por connotados empresarios contra un periodista por violar su derecho al honor (caso *Martorell*), la Corte dio amparo a los empresarios, prohibiendo la comercialización del libro en cuestión, bajo el argumento de que la honra, núm. 4 del catálogo de derechos del art. 19 de la Constitución chilena, prevalecía sobre la libertad de expresión, núm. 12 en dicho catálogo. Asimismo, en el recurso de protección del caso de la película *La última tentación de Cristo*, la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile prohibió su exhibición en base al argumento de que la película ofendía el honor de Cristo.

En lo relativo al derecho de igualdad, los tribunales no han encontrado una línea unificadora, por lo que sus decisiones al respecto son imprevisibles, de modo que las partes ni pueden predecir el resultado del recurso de protección, ni tienen forma de saber las razones jurídicas que motivaron el sentido de la decisión.

Un rasgo característico de la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en Chile es el uso extensivo que se ha dado al recurso de

³⁹⁰ “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) sobre derechos fundamentales celebrado en Iquique, Chile, del 7 al 10 de junio de 2001, disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>, pág. 24 y siguientes.

protección para resolver conflictos de carácter económico, seguramente por las ventajas procesales derivadas de la celeridad de este proceso. La consecuencia de esta praxis ha sido la expansión de la problemática constitucional hacia cuestiones típicamente económicas o comerciales, en los que es difícil que no estén involucrados la libertad económica, el derecho de propiedad o el derecho a ganarse la vida por medios lícitos. Ello ha supuesto, en primer lugar, una “inflación” de invocaciones de derechos fundamentales a través del recurso de protección en supuestos en los que en realidad se discuten cuestiones de legalidad ordinaria, de modo que se ha reducido a la irrelevancia a las demás acciones ordinarias para resolver estos conflictos, lo que ha transformado a las Cortes en una jurisdicción de equidad y, en segundo lugar, conectado con esto último, una alteración profunda de las normas de fondo que tradicionalmente han gobernado estos conflictos, puesto que las Cortes han desarrollado la doctrina de que la garantía constitucional del derecho de propiedad protege los derechos de crédito derivados de un contrato, de modo que el arrendatario es “dueño” del derecho a exigir el uso de la cosa o el acreedor lo es del derecho al pago de la deuda, eliminando la distinción jurídico-privada entre derechos reales y personales.

De todo lo expuesto la conclusión que se obtiene es que el reconocimiento de una eficacia *inter privatos* a los derechos fundamentales no supone necesariamente una mayor protección de los derechos fundamentales, como demuestra los casos sobre libertad de expresión expuestos³⁹¹.

e. Perú

En el ordenamiento jurídico peruano, tres previsiones constitucionales permiten afirmar, de acuerdo con la argumentación del Tribunal Constitucional, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares³⁹²:

- el principio de dignidad de la persona (arts. 1 y 3 de la Constitución de 1993)

³⁹¹ Andrés JANA LINETZKY, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 26 y 29.

³⁹² En este sentido, Mijail MENDOZA ESCALANTE, “Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano”, comunicación presentada en la mesa temática *Derechos fundamentales* en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, del 3 al 5 de diciembre de 2003, pág. 2 y siguientes.

- el principio de primacía y normatividad de la Constitución (arts. 38 y 51 de la Constitución)
- la procedencia del amparo³⁹³ contra actos u omisiones provenientes de particulares (art. 200-1º a 3º de la Constitución), lo que ya había sido admitido en la Constitución de 1979, que consagró lo que en la práctica venía admitiéndose desde algún tiempo atrás, la procedencia del *habeas corpus* y del amparo contra la acción u omisión o incluso amenaza de los derechos que pudiera provenir de cualquier autoridad, funcionario o persona (art. 295 de la Constitución de 1979)³⁹⁴.

Así lo ha venido reconociendo el Tribunal Constitucional peruano. En la Sentencia de 12 de diciembre de 1996, caso *Arnillas*, el Tribunal Constitucional entendió que “las garantías del debido proceso (...) también son de aplicación en cualquier clase de proceso o procedimiento disciplinario privado, como el desarrollado por el Club demandado...”.

En la sentencia de 11 de julio de 2002, caso *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*, se resolvía un amparo respecto del despido unilateral del que habían sido objeto los miembros del sindicato recurrente y se alegaba la lesión del derecho al trabajo y la libertad sindical. El Tribunal Constitucional abordó el problema constatando que se trataba de un caso de eficacia horizontal y que debía ser abordado en ese contexto, y declaró en el fundamento 6º:

³⁹³ Declara sobre este proceso el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 13 de marzo de 2003, caso *Llanos Huasco*, fundamento 3º:

“...el amparo constitucional no es una vía excepcional, residual o extraordinaria, a la cual el justiciable debe recurrir cuando ha agotado todas las vías judiciales idóneas para tutelar los derechos constitucionales.

Al contrario, nuestra legislación (inciso 3º del artículo 6º de la Ley N.º 23506) condena con la desestimación de la demanda si es que antes de acudir a la acción de amparo, el justiciable optó por la vía ordinaria. Lo que significa que, contrariamente a lo que sucede en otros ordenamientos, como el argentino o el español, en nuestro país el amparo es un proceso, por llamarlo así, "alternativo", es decir, al que se puede acudir no bien se culmina con agotar la vía previa, y siempre que con él se persiga la protección de derechos reconocidos en la Constitución...”.

³⁹⁴ Domingo GARCÍA BELAUNDE, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit.,pág. 844 y siguientes.

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, «Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)». Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, (...) En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.”

Posteriormente, en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, caso *Llanos Huasco*, el Tribunal Constitucional peruano hace una amplia exposición acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ordenamiento jurídico peruano. Interesa reproducir parte de la extensa fundamentación de esta sentencia, por la visión general que da del tratamiento de la cuestión, tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Dice esta sentencia:

“III. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales y el Amparo contra particulares

4. Como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia, un particular cuestiona que otro particular, Telefónica del Perú S.A., afecte sus derechos constitucionales. Tal controversia, si desde una perspectiva laboral podría caracterizarse como un conflicto que involucra a un trabajador con su empleador; desde una perspectiva constitucional, en su versión sustantiva, se encuadra en la problemática de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y, en su versión procesal, en la procedencia o no del denominado "amparo entre particulares".

A) Eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre privados

5. Desde una perspectiva histórica, los derechos fundamentales surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos. De esta forma, los derechos y libertades fundamentales tenían al individuo por sujeto activo, y únicamente al Estado como sujeto pasivo, en la medida en que ellos tenían por objeto reconocer y proteger ámbitos de libertad o exigir prestaciones que los órganos públicos debían otorgar o facilitar.

Por su propia naturaleza de "derechos públicos subjetivos", tales facultades no se extendían al ámbito de las relaciones privadas, pues se concebía que era inadmisibile que entre privados se presentaran abusos o relaciones asimétricas, en razón a que dichas articulaciones, teóricamente, se realizaban en condiciones plenas de libertad e igualdad, que sólo el Estado podía poner en cuestión.

Tal concepción se tradujo en considerar a la Constitución sólo como un documento normativo a partir del cual se regulaban las relaciones entre los individuos y el Estado, en tanto que las relaciones entre privados -en principio, libres e iguales- debía realizarse a través del Código Civil, que de esta manera era presentado como el estatuto jurídico fundamental de los particulares. Como eufemísticamente lo ha señalado Konrad Hesse [Derecho Constitucional y Derecho Privado, Editorial Civitas, Madrid 1995, Pág. 37], el Código Civil se convertía, así, en el "auténtico baluarte de la libertad".

Hoy, desde luego, los derechos fundamentales no son sólo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan sólo un status negativus, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado. A juicio del Tribunal Constitucional, al lado de la idea de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, también hay que reconocer en ellos el establecimiento de verdaderos valores supremos, es decir, el componente estructural básico del orden constitucional, "en razón de que son la

expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; (...) el fundamento del orden jurídico y de la paz social." [STC de España 53/1985, Fund. Jur. N.º. 4].

Y es que, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Constitución, que no quiere ser un ordenamiento neutral, ha introducido con los derechos fundamentales un ordenamiento valorativo objetivo, en el cual se encuentra la más importante consolidación de la fuerza de validez de aquellos. Este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella sus líneas orientativas y su impulso [BverfGE 7, 204 y ss].

Ello significa que los derechos fundamentales no sólo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada.

Este especial deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que éstos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares.

Como se ha dicho, esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados se deriva del concepto de Constitución como Ley Fundamental de la Sociedad, que en nuestro ordenamiento se encuentra plasmado a través del artículo 1º de la Constitución de 1993, que pone

énfasis en señalar que "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" .

Se trata, además, de una consecuencia que se deriva, en todos sus alcances, del propio artículo 38° de la Constitución, según el cual "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Con dicho precepto constitucional se establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares con el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. De manera que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza reguladora de las relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, por lo que cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcarlos o desconocerlos, deviene inexorablemente en inconstitucional.

En suma, pues, los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico, -incluidos los referidos a la materia laboral- pues ellos forman parte esencial del orden público constitucional.

(...)

C) El Amparo contra particulares y la eficacia directa (e indirecta) de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en nuestro ordenamiento

8. En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la Norma Suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico N.º 6º de esta sentencia, y, además, del inciso 2) del artículo 200º, donde se preceptúa que "la acción de

amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier (...) persona".

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones inter privados y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.

Evidentemente, tal cosa no quiere decir que el juez constitucional pueda realizar un control de la misma intensidad como la que normalmente se realiza en los actos que emanan de los poderes públicos. Con frecuencia existen justificaciones para la realización de conductas o acto de los privados que no podrían aducirse nunca respecto de los actos emanados de órganos estatales. Ello es consecuencia, naturalmente, de que en la figura del amparo contra particulares, las partes que en ella participan son titulares de derechos constitucionales.

De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad.

9. Sin embargo, que problemas constitucionales de esta naturaleza puedan resolverse en el ámbito de la justicia constitucional de la libertad, no excluye que también puedan plantearse y resolverse en el ámbito de la justicia ordinaria. Es decir, que los derechos fundamentales también puedan tener una eficacia indirecta.

Si, como antes se ha indicado, los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos, sino también el componente estructural básico del orden constitucional, quiere ello decir que éstos tienen la capacidad de irradiarse por todo el ordenamiento jurídico, empezando, desde luego, por la ley y las normas con rango de ley. Lo que significa que las leyes deben de interpretarse y aplicarse de conformidad con los derechos fundamentales y que, en caso de que así no suceda, los jueces ordinarios se

encuentran especialmente comprometidos en resolver las controversias para los cuales son competentes, de conformidad con esos derechos. Como también antes se ha expresado, ello se deriva del especial deber de protección que todos los poderes públicos están llamados a desarrollar a partir del carácter objetivo de los derechos fundamentales.

Esta hipótesis, es decir, que problemas relativos a derechos fundamentales entre particulares pueda resolverse en sede de la justicia ordinaria, es también una lectura que se deriva implícitamente del inciso 3) del artículo 6° de la Ley N°. 23506, al señalar que el afectado en sus derechos constitucionales puede optar por recurrir o bien a la justicia constitucional o bien a la justicia ordinaria, con la condición de que si acude a esta última, con posterioridad ya no podrá utilizar la acción de amparo.

En definitiva, ello significa que en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta. Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria.

La diferencia entre uno y otro sistema de protección jurisdiccional de los derechos es que ambos no siempre tienen la misma finalidad y, por tanto, los alcances de su protección pueden ser distintos. Aparte, desde luego, de las necesarias limitaciones a los que está sujeto el amparo en relación con los demás procesos ordinarios (Vg. la inexistencia de estación probatoria, etc.). De ahí que, como en innumerables oportunidades lo ha advertido este Tribunal, para que eventuales abusos en las relaciones entre privados sean susceptibles de ser dilucidados en el ámbito de los procesos constitucionales, no basta que se produzca un acto arbitrario o que se haya vulnerado un interés o derecho subjetivo de orden estrictamente legal, sino que es preciso que éste repercuta directamente sobre un derecho constitucional.

De esta situación, por cierto, no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada. Los

derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar.

Por ello, este Tribunal Constitucional no comparte el criterio sostenido por la demandada según el cual el amparo no es la vía idónea para resolver esta controversia, pese a haberse alegado la violación de un derecho constitucional, pues el ordenamiento ha previsto que tal tipo de problemas pueden (o deben) resolverse mediante los procesos laborales. Como se ha indicado, un problema de la naturaleza que ahora tiene que resolver el Tribunal bien puede resolverse o a través del amparo, con las limitaciones que le son propias, o mediante los procesos ordinarios, con las notas que son propias de la protección jurisdiccional ordinaria.”

En sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional peruano ha profundizado en esta línea, resaltando las consecuencias que la función de deber de protección que también tiene los derechos fundamentales tienen para los poderes públicos cara a proteger a los ciudadanos de las vulneraciones de los derechos fundamentales ocasionadas por otros particulares. Así, en la sentencia de 24 de marzo de 2004, caso *Torres del Águila contra OSIPTEL y Telefónica Móviles* se declara:

“En ese sentido, la constitucionalización del “deber especial de protección” comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en los que las relaciones

jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales.

8. En este sentido debe diferenciarse lo que es propio de un derecho subjetivo de defensa contra el Estado, que tiene por propósito exigir la no injerencia arbitraria del Estado en la esfera subjetiva de un particular, de lo que es propio de un “deber especial de protección”, que es, en principio, indeterminado, e impone a los órganos del Estado, in suo ordine, que establezcan o adopten todas las medidas necesarias y adecuadas destinadas a preservar, proteger e, incluso, reparar las lesiones a los diferentes derechos constitucionalmente protegidos, cuando éstos han sido vulnerados o puestos en peligro por obra de terceros.

En el primer caso, el ejercicio del derecho fundamental depende de que el Estado o sus órganos no invadan ese ámbito de autonomía particular; en el segundo, se precisa la actuación del Estado, no para que el derecho fundamental pueda ejercerse [en el caso de los derechos prestacionales], sino para contrarrestar la conducta de terceros que ponen en peligro o lesionan esos derechos constitucionales.”

No obstante, la amplísima conceptualización de los derechos fundamentales de la que se parte y la no diferenciación clara entre cuestiones con trascendencia constitucional y cuestiones de legalidad ordinaria hacen que estas acciones de amparo conviertan al Tribunal Constitucional de Perú en un tribunal de equidad en el que se intenta poner coto a actuaciones que se consideran arbitrarias pero que afectan a simples cuestiones contractuales y que, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, difícilmente podrían ser consideradas como afectantes a los derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso objeto de esta última sentencia el Tribunal Constitucional otorgó amparo a una consumidora a la que la compañía telefónica hizo un cargo por contratar un servicio de telefonía móvil cuando el teléfono que se le suministró no funcionaba, partiendo de la previsión constitucional del art. 65 de la Constitución, según el cual “el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios”, de la que el tribunal deduce no sólo un principio rector para el Estado sino también un

derecho fundamental de protección de los consumidores “en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses”.

f. México

En México la situación existente difiere notablemente de la de otros países iberoamericanos. En primer lugar, el juez ordinario ni aplica la Constitución directamente, ni la utiliza como elemento de interpretación de otras normas; es idea fuertemente enraizada que el juicio de amparo es el único medio de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales³⁹⁵. En segundo lugar, está también firmemente enraizado en el pensamiento jurídico mejicano que las garantías individuales son concebidas como límites que se dirigen únicamente frente a la actuación de los poderes públicos y que, consiguientemente, el juicio de amparo³⁹⁶ únicamente procede frente a actos del poder público.

Afirma Javier MIJANGOS Y GONZÁLEZ³⁹⁷ que “la eficacia de las garantías individuales entre particulares a través de la protección de los tribunales ordinarios resulta imposible de sostener en el sistema jurídico mexicano, al establecerse, como principio general, la imposibilidad de aplicar, controlar e interpretar normas de derechos fundamentales en las controversias entre particulares que sean objeto del conocimiento de dichos tribunales, ya que a pesar de que podríamos hablar de un hipotético «control de la constitucionalidad mediante interpretación judicial» (y en ese caso podría pensarse que los jueces aplican las «normas principales» derivadas de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares), el único órgano facultado para realizar dicha interpretación es el Poder Judicial Federal, órgano que sólo tiene competencia para conocer del juicio de amparo, cuyo objeto se limita a su vez a las controversias que involucran la presencia estatal”.

³⁹⁵ Javier MIJANGOS Y GONZÁLEZ, “La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Editorial Porrúa, México, 2004, pág. 77 y 100.

³⁹⁶ Sobre este instrumento procesal de protección de los derechos fundamentales, Jorge CARPIZO, José Ramón COSSÍO DÍAZ, Héctor FIX-ZAMUDIO, “La jurisdicción constitucional en México”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, pág. 778 y siguientes.

³⁹⁷ *Idem*, pág. 73 y siguientes.

No obstante, este autor intenta, en base a algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, encargada del conocimiento en segunda instancia de los juicios de amparo en los que se reclama la violación de un precepto de la Carta Federal, justificar la posibilidad de una cierta eficacia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares. Se trata de dos resoluciones en las que la Corte afirma que “es indudable que, aun los organismos particulares como lo es un sindicato, deben respetar las garantías individuales consagradas en la Constitución...” y que “la garantía de audiencia que consagra el artículo 14 de la Constitución Federal, debe ser respetado no sólo por las autoridades, sino también por los particulares u organizaciones privadas de toda índole...”. Pero, como reconoce el propio autor, se trata de resoluciones aisladas, que constituyen una rara excepción en la jurisprudencia constitucional mexicana.

g. Costa Rica

En Costa Rica, la Constitución de 1949 prevé en su art. 18 el deber de todos los ciudadanos de observar la Constitución. Por su parte, el art. 48, al prever el recurso de amparo, no establece la limitación de que el mismo sólo procede contra los actos del poder público. La Ley de la Jurisdicción Constitucional, ley 7135, de 1989, modificó sustancialmente dicho proceso, que actualmente es conocido y resuelto, en única instancia, por la Sala Constitucional, una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia (prevista en los art. 10 y 48 de la Constitución).

Junto al recurso de *habeas corpus*, previsto para garantizar su libertad e integridad personales, el recurso de amparo se concede para la protección de los demás derechos consagrados en la Constitución y de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica (art. 48 de la Constitución), no solamente contra los actos de servidores y órganos públicos, sino también contra las acciones u omisiones de los particulares. Tres son los requisitos para que proceda este amparo contra particulares³⁹⁸:

³⁹⁸ Cfr. Rubén HERNÁNDEZ VALLE, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, pág. 521 y siguientes.

1.- Que el particular a quien se imputa la vulneración de los derechos fundamentales actúe o deba actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas o se encuentre, de derecho o de hecho, en una posición de poder.

2.- Que los remedios jurisdiccionales ordinarios resulten inexistentes, claramente insuficientes o tardíos para garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales. Cuando la Sala de lo Constitucional rechaza de plano un amparo contra particulares por no ser la vía jurisdiccional idónea para tutelar la vulneración alegada debe indicar el procedimiento administrativo o proceso judicial pertinente para reclamar tal protección del derecho fundamental.

3.- Que la conducta del sujeto pasivo sea ilegítima.

D) SUDÁFRICA³⁹⁹

En Sudáfrica, el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha estado fuertemente influido por el proceso político acaecido en dicho país, que ha pasado de un régimen autoritario que sustentaba un sistema de *apartheid* racial, que determinaba una sociedad fuertemente dividida en la que una mayoría era discriminada en numerosos aspectos tanto de la vida pública como de la privada, desde la representación parlamentaria hasta la escuela, la vivienda o los transportes públicos, a una democracia en la que se intenta acuñar la idea de “ciudadanía” sudafricana, poniendo fin a la dualidad antes existente y eliminando los rasgos de discriminación racial, y de autoritarismo que servía de instrumento a dicha discriminación. El proceso constitucional se ha visto acompañado de un debate doctrinal sobre esta cuestión, y ello ha tenido su reflejo tanto en las Constituciones promulgadas durante este proceso de transición, una primera provisional (*interim Constitution*) de 1993, y otra Constitución de 1996⁴⁰⁰, que podría designarse como la

³⁹⁹ El gobierno sudafricano tiene una página de Internet con una completa información sobre temas institucionales (texto de la Constitución y de diversas leyes, jurisprudencia constitucional, información sobre la estructura gubernamental, etc.) en la dirección <http://www.gov.za>. La Facultad de Derecho de la Universidad de Ciudad del Cabo tiene asimismo una página web con interesantes links, en la dirección <http://www.constitution.org.za/>

⁴⁰⁰ Su texto puede consultarse en la dirección de Internet <http://www.polity.org.za/html/govdocs/constitution/saconst.html>.

“definitiva” de este proceso de transición política, como en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, órgano creado por la primera de dichas Constituciones.

El artículo⁴⁰¹ 7º de la Constitución provisional de 1993 establecía en sus dos primeros apartados:

“1) Este Capítulo [el relativo a los derechos fundamentales y libertades públicas] vinculará a todos los órganos legislativos y ejecutivos del Estado en todos los niveles del gobierno.

2) Este Capítulo se aplicará a toda ley en vigor y a todas las decisiones administrativas adoptadas y actos [administrativos] realizados durante el periodo de vigencia de esta Constitución”.

Se planteó ante el Tribunal Constitucional la aplicabilidad de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, en concreto la libertad de expresión reconocida en el artículo 15, a las relaciones entre particulares, lo que fue resuelto por el Tribunal en la sentencia de 15 de mayo de 1996, dictada en el caso *Du Plessis and others v. De Klerk and another*⁴⁰², en el que la empresa propietaria y la distribuidora de un medio de comunicación, el editor y el periodista redactor de unos artículos periodísticos habían sido condenados a pagar una indemnización por difamación⁴⁰³. La peculiar estructura de esta sentencia, en la que se alternan, junto a la decisión del ponente, los numerosos votos concurrentes y discrepantes, con abundantes citas doctrinales y análisis de la jurisprudencia comparada (concretamente de los Tribunales Supremos de Estados Unidos, Canadá e Irlanda y del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania), convierte a esta extensa sentencia (135 páginas) en un debate judicial y doctrinal sobre la eficacia vertical o, por el contrario, horizontal de la carta de derechos fundamentales contenida en la Constitución, el

⁴⁰¹ El término *section* utilizado en la Constitución no se traduce como “sección” sino como “artículo” (ver Enrique ALCARAZ VARÓ, “El inglés jurídico”, Ariel, Barcelona, 5ª edición, 2002, pág. 90).

⁴⁰² Case CCT 8/95. Esta sentencia, como las demás del Tribunal Constitucional de la República de Sudáfrica pueden ser consultadas en Internet en la dirección www.concourt.gov.za.

⁴⁰³ El asunto sobre el que versa esta sentencia está comentado *infra* en el epígrafe VIII-F, “soluciones prácticas dadas por el Tribunal Constitucional a los casos de violaciones de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas”.

Bill of Rights, o incluso sobre su eficacia “diagonal”, como denomina el Juez SACHS⁴⁰⁴ a la eficacia indirecta de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente en las relaciones entre particulares.

La mayoría de los Jueces del Tribunal Constitucional apoyan, suscribiéndolo o emitiendo un voto concurrente, el *leading judgement* del Juez KENTRIDGE. En él, además de rechazar la aplicación retroactiva de la Constitución a supuestos acaecidos antes de su entrada en vigor y realizar diversas consideraciones sobre la influencia de la Constitución en el *common law* y en el *statute law*⁴⁰⁵, se rechaza la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente en las relaciones entre particulares, limitando su aplicabilidad a las relaciones entre los particulares y los poderes legislativo y ejecutivo, en sus diversas manifestaciones. Se alega que la aplicación horizontal del Capítulo 3º de la Constitución, que regula los derechos fundamentales y libertades públicas, crearía una indeseable incertidumbre en las relaciones jurídico-privadas que no puede haber sido pretendida por los redactores de la Constitución; que el párrafo 1º del artículo 7ª, antes transcrito, no establece la vinculación a la Constitución de los particulares, ni siquiera del poder judicial, que sólo estaría vinculado por la previsión contenida en el párrafo 3º del artículo 35 de la Constitución, conforme a la cual “en la interpretación de cualquier ley y en la aplicación y desarrollo del *common law* y la costumbre, un tribunal deberá tomar en consideración el espíritu, propósito y objeto de este Capítulo [el dedicado a los derechos fundamentales y libertades públicas]”.

En el párrafo 49, el *leading judgement* resume su postura sobre la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, manifestando:

⁴⁰⁴ Parágrafo 183 de la sentencia.

⁴⁰⁵ Cuestión esta en la que el magistrado redactor del *leading judgement* se sirve de la comparación entre la versión inglesa de la Constitución y la versión afrikaner, concretamente entre el término inglés *law* y el término afrikaner *reg*, dado que si bien con el término inglés cabrían dudas sobre si además del *statute law*, legislación dada por el legislador, también se incluía en el ámbito de aplicabilidad de la Constitución al *common law*, con el término afrikaner no existe duda alguna, por cuanto que *reg* incluye tanto el *statute law* como el *common law*.

“a) Los derechos constitucionales reconocidos en el Capítulo 3 pueden ser invocados frente a un órgano del gobierno, pero no por un litigante privado frente a otro.

b) En los litigios privados cualquier litigante puede, sin embargo, plantear que una norma⁴⁰⁶ (o un acto del ejecutivo) en el que se basa la otra parte es inválido por ser incompatible con las limitaciones del legislativo y del ejecutivo derivadas del Capítulo 3.

c) En tanto el Capítulo 3 se aplica al *common law*, los actos u omisiones gubernamentales sustentados en el *common law* pueden ser atacados por un litigante privado por ser incompatibles con el Capítulo 3 en cualquier disputa con un órgano del gobierno”.

Finalmente, el *leading judgement* se decanta por una aplicación indirecta de los derechos fundamentales y libertades públicas, que tendría lugar a través de la previsión contenida en el párrafo 3º del artículo 35, antes transcrita, que “asegura que los valores contenidos en el Capítulo 3 penetrarán en el *common law* en todos sus aspectos, incluidos la litigiosidad privada”. Esta apuesta por la *Drittwirkung* indirecta, al modo alemán, al que se hace expresa referencia, se observa no obstante muy “descafeinada” por las constantes referencias que en el *leading judgement* y en los votos concurrentes con el mismo se hacen a la incertidumbre que provocaría la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas a la litigiosidad privada, la suficiencia de las soluciones dadas por el *common law* a los conflictos entre particulares e incluso la tarea excesiva que tal tesis supondría para el Tribunal Constitucional, que habría de reformar el *common law* privado del país⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ El término empleado es *statute*, es decir, norma emanada del legislador, en contraposición al *common law*.

⁴⁰⁷ Quizás sea esta timidez en el planteamiento de la cuestión de la eficacia, siquiera indirecta, de los derechos fundamentales y libertades públicas sobre las relaciones entre particulares lo que lleva al vicepresidente de la Corte Constitucional, I. MAHOMED, a no suscribir sin más el *leading judgement* formulado por el juez KENTRIDGE, y a formular un voto que, si bien es concurrente en cuanto que llega a la misma solución, afirma en el párrafo 85 de la sentencia:

“Pese a todas estas observaciones, quedaría profundamente incómodo si la construcción favorecida por Kentridge AJ significa, en la práctica, que la Constitución es impotente para proteger a aquellos que, manifiesta y brutalmente, han sido victimizados por la profanación privada e institucional de los valores ahora tan elocuentemente articulados en la Constitución. A las personas negras les era antes negado el derecho a poseer tierra en el 87% del país. Una interpretación de la Constitución que continuara protegiendo el derecho de personas privadas a perpetuar substancialmente tal injusticia concertado

El Juez J. KRIEGLER formula el único voto discrepante, por cuanto que en el mismo se llega a la conclusión de que debería haberse contestado afirmativamente a la cuestión planteada de si las previsiones del Capítulo 3 de la Constitución, regulador de los derechos fundamentales y libertades públicas, son susceptibles de aplicación a relaciones distintas de las mantenidas entre personas y órganos legislativos o ejecutivos del Estado a todos los niveles. Este juez, que manifiesta disenter “de los fundamentos que sostienen la postura conservadora mantenida por la mayoría de este Tribunal”, afirma en su voto discrepante, párrafo 120 de la sentencia, utilizando términos muy agrios:

“El segundo punto afecta a la extendida concepción errónea sostenida por algunos y, sospecho, a una deplorable caricatura propagada por otros. Tal es que la llamada horizontalidad directa desembocará en una sociedad Orwelliana en la que el todopoderoso Estado controlará todas las relaciones privadas. Los tentáculos del gobierno, se dice, alcanzarán al mercado, al hogar e incluso al dormitorio. Los esbirros del Estado me dirán dónde tengo que comprar, a quién he de ofrecer mis servicios o mercancías, a quién he de emplear y a quién invitar a mi club de bridge. Esto es una estupidez. Aún más, es una estupidez maliciosa que ha prendido en los miedos de los blancos privilegiados, protegidos en el pasado por un capitalismo de laissez faire que prosperó en un entorno en el que la clase baja negra tenía una oportunidad limitada de compartir la abundancia. Empleo un lenguaje duro deliberadamente. La caricatura es perniciosa, está calculada para inflamar los sentimientos del público y para nublar las percepciones de la gente sobre nuestra emergente democracia constitucional. La «horizontalidad directa» es un «coco»⁴⁰⁸”.

contratos o realizando disposiciones sujetas a la condición de que tal tierra no sea vendida ni ocupada por negros sería para mí una conclusión muy decepcionante. Estos y otros muchos ejemplos no me dejan duda de que los responsables de la elaboración de la Constitución nunca pretendieron permitir la privatización del Apartheid o permitir que las injustas ganancias del Apartheid o los privilegios que concedió a unos pocos, o las actitudes ofensivas que generó entre muchos sean fosilizadas y protegidas por tribunales devenidos impotentes por el lenguaje de la Constitución”.

⁴⁰⁸ El término inglés usado es “bogyman”, que en el diccionario Oxford es definido como “imaginary evil spirit (used to frighten children)”, esto es, imaginario espíritu maligno utilizado para asustar a los niños.

Recuerda también este Juez, en el párrafo 125 de la sentencia, y frente a la tesis de la mayoría de que sólo frente al poder político son invocables directamente los derechos fundamentales, que “nuestro pasado no es simplemente el de un uso represivo del poder estatal. Es un pasado de persistente, institucionalizada subyugación y explotación de una mayoría sin voz e indefensa por una determinada y privilegiada minoría”. Es por ello que, tras recordar que el artículo 4º, párrafo 1, establece que la Constitución es la “ley suprema de la República”, intenta interpretar el artículo 7º de la Constitución, utilizado por la mayoría del Tribunal para desestimar la tesis de la eficacia horizontal, de modo distinto, y así, afirma que la precisión contenida en el párrafo 2º de tal artículo en el sentido de que “este Capítulo se aplicará a toda ley en vigor y a todas las decisiones administrativas adoptadas y actos [administrativos] realizados durante el periodo de vigencia de esta Constitución”, implica que el Capítulo regulador de los derechos fundamentales y libertades públicas rige toda la legislación, legislación que todos los tribunales del país, los “órganos judiciales del Estado” referidos en la Constitución, están obligados a aplicar en el cumplimiento de sus obligaciones.

Pero esta construcción, que intenta sostener la eficacia directa de los derechos fundamentales y libertades públicas pese en las insuficiencias que en esta cuestión presentaba la Constitución provisional, concretamente su falta de una referencia clara a la vinculación a la Constitución del poder judicial y la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas frente a los ciudadanos en general, y que obliga a este Juez a centrar la vinculatoriedad horizontal del *Bill of Rights* en la vinculación a ésta de la legislación, provoca serias paradojas, como la que se contiene en el párrafo 135, al afirmar este juez discrepante:

“El Capítulo [de los derechos fundamentales y libertades públicas] no tiene nada que ver con las relaciones ordinarias entre personas privadas o asociaciones. Sobre lo que este Capítulo rige es, sin embargo, sobre todas las leyes, incluidas aquellas aplicables a las relaciones privadas. Salvo que, y hasta tanto, se acuda a la ley, los individuos privados son libres de conducir sus asuntos privados tal como les plazca en lo que se refiere a los derechos

fundamentales y libertades públicas. En lo que afecta a este Capítulo, un propietario es libre de rehusar alquilar un piso a alguien por razón de raza, sexo o cualquier otra; un blanco obcecado puede rehusar vender una propiedad a una persona de color; un club social puede rechazar el ingreso de judíos, católicos o afrikaners si así lo quiere. Un empresario es libre de discriminar por motivos raciales en la contratación de su personal. Un hostelero puede rehusar alquilar una habitación a un homosexual; una iglesia puede cerrar sus puertas a los plañideros de un particular color o clase. Pero ninguno de ellos puede invocar la ley para aplicar o proteger su obcecación. Uno no puede solicitar la rescisión de un contrato o un específico cumplimiento de éste si tal pretensión, aun bien fundada en el common law, infringe un derecho del Capítulo 3. Uno no puede fundar una defensa en una invocación de una ley si tal defensa está en conflicto con un derecho o una libertad protegidos. La gama completa de relaciones privadas es dejada sin afectar. Pero el Estado, como creador de las leyes, administrador de las leyes e intérprete y aplicador de las leyes, está constreñido a permanecer entre las cuatro esquinas del Capítulo 3. Así, si un hombre reclama tener derecho a golpear a su mujer, vender a su hija como esclava o abusar de su hijo, no estará autorizado a sostener como defensa en una reclamación civil o frente a una acusación penal que está autorizado a hacer eso por el common law o por los términos de cualquier ley⁴⁰⁹ o contrato”.

El rechazo de la eficacia directa de los derechos fundamentales y libertades públicas derivada de las insuficiencias de la Constitución provisional, e incluso las incongruencias que la defensa de esta eficacia presentaba al tener que superar las indicadas insuficiencias, parece haber provocado que en la Constitución de 1996 el constituyente sudafricano haya regulado la cuestión de una manera mucho más explícita. El artículo 8 de la nueva Constitución establece:

⁴⁰⁹ En el original inglés, *statute*.

“1) La Carta de Derechos [*Bill of Rights*] se aplica a toda la legislación, y vincula al legislador, al ejecutivo, al judicial y a todos los órganos del Estado.

2) Una previsión de la Carta de Derechos vincula a una persona natural o jurídica si es aplicable, y en la medida en que lo sea, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho y la naturaleza de cualquier obligación impuesta por el derecho.

3) Cuando aplique una previsión de la Carta de Derechos a una persona natural o jurídica en términos del párrafo 2), un tribunal

a. en orden a dar efecto a un derecho de la Carta, debe aplicar, o si es necesario, desarrollar, el *common law* en tanto la legislación no dé efecto a tal derecho; y

b. puede desarrollar reglas del *common law* para limitar el derecho, siempre que la limitación esté de acuerdo con el artículo 36-1°

4) Una persona jurídica es titular de los derechos de la Carta de Derechos en la extensión requerida por la naturaleza de los derechos y la naturaleza de la persona jurídica”.

De este modo, el constituyente sudafricano parece dejar clara la posibilidad de eficacia directa frente a los particulares de aquellos derechos fundamentales y libertades públicas que, por su naturaleza, sean susceptibles de ser invocados en relaciones *inter privatos*, y en la medida en que lo sean⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Pese a la redacción de este precepto constitucional, substancialmente distinta a la que tenía el precepto correlativo de la Constitución “interina” de 1993 y en la que se basó la sentencia del caso *Du Plessis*, parte de la doctrina sigue sosteniendo que, incluso con la nueva Constitución, los derechos fundamentales consagrados en el *Bill of Rights* no son directamente aplicables en las relaciones entre particulares. En el artículo “Du Plessis is Not Dead: South Africa’s 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes”, publicado en *South African Journal on Human Rights* (1999, 15, SAJHR, 25) Chris SPRIGMAN y Michael OSBORNE sostienen que el artículo 8 de la Constitución de 1996 no exige una horizontalidad directa, sino que de hecho permite una aplicación horizontal indirecta siguiendo las líneas sostenidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia *Du Plessis v De Klerk* respecto de la aplicación de la Constitución interina. Para estos autores, la opinión generalizada entre los medios académicos en Sudáfrica de que el efecto directo horizontal debe regir bajo la Constitución de 1996 y que la doctrina del caso *Du Plessis* es por tanto letra muerta, es errónea y que, por tanto, cuando la cuestión se plantee ante el Tribunal Constitucional, éste debería concluir que mientras que el artículo 8 de la Constitución es ambigua, la estructura de gobierno creada en ésta, entendida como la culminación de la lucha por el gobierno de la mayoría, exige que los tribunales no apliquen, por lo general, los derechos fundamentales frente a particulares.

Este precepto fue cuestionado en un peculiar procedimiento de “certificación” judicial del proyecto de Constitución elaborado por la Asamblea Constituyente (*Constitutional Assembly*), tal como se preveía en la Constitución interina de 1993, por parte del Tribunal Constitucional de Sudáfrica.

El art. 71.2 de la Constitución interina de 1993 establecía: “el nuevo texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, o cualquier previsión de la misma, no debe tener ninguna vigencia ni efecto salvo que el Tribunal Constitucional haya certificado que todas las previsiones de dicho texto cumplen con los Principios Constitucionales establecidos en la subsección 1.a”⁴¹¹.

Tras un trámite de recepción de impugnaciones, tanto orales como escritas, con una amplísima legitimación que permitió la realización de tales impugnaciones por organismos públicos, partidos políticos, grupos de interés y particulares, estableciéndose incluso un calendario de “audiencias” (*hearings*) ante el Tribunal Constitucional, éste dictó finalmente la “sentencia” (*judgement*)⁴¹² en la que señaló los preceptos del proyecto de Constitución que no respetaban los principios constitucionales enumerados en la Constitución interina, devolviéndola a la Asamblea Constituyente para que se hicieran las oportunas modificaciones.

El Tribunal Constitucional, en los párrafos 53 a 56 de su sentencia, desestimó las

⁴¹¹ “The new constitutional text passed by the Constitutional Assembly, or any provision thereof, shall not be of any force and effect unless the Constitutional Court has certified that all the provisions of such text comply with the Constitutional Principles referred to in subsection (1)(a).”

⁴¹² Case CCT 23/96, Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996, Heard on 1-5 and 8-11 July 1996. Decided on: 6 September 1996. El primer párrafo de la “sentencia de certificación” explicaba resumidamente el sentido de la resolución, declarando al efecto:

“The formal purpose of this judgment is to pronounce whether or not the Court certifies that all the provisions of South Africa’s proposed new constitution comply with certain principles contained in the country’s current constitution. But its underlying purpose and scope are much wider. Judicial “certification” of a constitution is unprecedented and the very nature of the undertaking has to be explained. To do that, one must place the undertaking in its proper historical, political and legal context; and, in doing so, the essence of the country’s constitutional transition, the respective roles of the political entities involved and the applicable legal principles and terminology must be identified and described. It is also necessary to explain the scope of the Court’s certification task and the effect of this judgment, not only the extent and significance of the Court’s powers, but also their limitations. Only then can one really come to grips with the certification itself”.

impugnaciones que se habían hecho al artículo 8.2 del texto constitucional y a la previsión de eficacia horizontal de los derechos fundamentales que en el mismo se contenía⁴¹³.

El Tribunal Constitucional rechaza la objeción de que el reconocimiento de eficacia horizontal a los derechos fundamentales supondría permitir la “invasión” del terreno propio del poder legislativo por parte del poder judicial, argumentando que el desarrollo del *common law* corresponde al poder judicial, y que la situación no es muy distinta a la que se produce en relación a la eficacia “vertical” de los derechos fundamentales.

También rechazó la objeción basada en que el citado precepto otorgaba a los tribunales la tarea de ponderar los derechos fundamentales en colisión (*the task of balancing competing rights*) bajo el argumento de que no es una función propia de la judicatura, pues tal argumento erraba al no apreciar que incluso cuando los derechos fundamentales vinculan sólo a los órganos del Estado, los tribunales a menudo han de realizar tal ponderación de derechos en conflicto (ponía el Tribunal Constitucional como ejemplo los casos en que tiene que aplicar la legislación sobre publicación y distribución de material sexualmente explícito, en que tiene que ponderar la libertad de expresión con los derechos de dignidad e igualdad).

La objeción de que tal precepto, al establecer que los particulares estaban también sujetos a obligaciones, suponía que los mismos sufrirían una disminución de sus derechos en un modo contrario al Principio Constitucional II de la Constitución interina de 1993 (conforme a la cual los particulares serían beneficiarios de todos los derechos y libertades fundamentales universalmente aceptados “which shall be provided for and protected by entrenched and justiciable provisions in the Constitution”) fue rechazada con un argumento propio de la *Drittwirkung* indirecta. El Tribunal Constitucional manifestó que en tanto que la carta de derechos vincula al legislador, la legislación que regula las relaciones entre particulares deberá respetar la Constitución, tal como ocurre en Alemania y otros países europeos, donde los códigos han de cumplir estándares constitucionales, lo que a menudo supone que un tribunal ha de ponderar derechos en conflicto. Con cita expresa de la sentencia del caso *Du Plessis and Others v. De Klerk and Another*, el Tribunal

⁴¹³ Este precepto había sido impugnado, por ejemplo, por la “Association of Chambers of Commerce and Industry”, por la “Free Market Foundation” o por el “Congress of Traditional Leaders of South Africa”, este último por cuanto que la aplicación horizontal de la cláusula de igualdad impactaría en el Derecho indígena (*indigenous law*).

Constitucional declaraba que el citado Principio Constitucional reconoce implícitamente que incluso si sólo el Estado está vinculado, los derechos conferidos a los particulares serán limitados justificadamente en orden a reconocer los derechos de otras personas en ciertas circunstancias.

No obstante esta previsión constitucional de eficacia de aquellos derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de ser aplicados en las relaciones entre particulares, y en la medida en que lo sean, la propia Constitución preveía un desarrollo legislativo en algún supuesto especialmente significativo, como es el del derecho de igualdad, consagrado en el artículo 9 de la Constitución, dedicado a la *equality*. Y así, el apartado 4º de este artículo, tras prever que ninguna persona puede ser injustamente discriminada por razones de raza, género, sexo, embarazo, estatus marital, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, pensamiento, creencia, cultura, lengua o nacimiento, establecía en su último inciso que "debe promulgarse legislación nacional para impedir o prohibir la discriminación injusta". En cumplimiento de esta previsión constitucional, el Parlamento nacional, ubicado en Ciudad del Cabo, ha promulgado la Ley 4/2000, de 2 de febrero⁴¹⁴, denominada de "promoción de la igualdad y prevención de la discriminación injusta", en la que se regulan desde la prohibición de la discriminación por razón de raza, género o discapacidad, hasta la previsión de reglas de carga de la prueba⁴¹⁵ o las reglas de procedimiento ante los "tribunales de igualdad", entre otras materias.

Este desarrollo legislativo, que siempre tiene efectos beneficiosos en cuanto a evitar incertidumbres o discrepancia en las posiciones de los tribunales ordinarios, es especialmente significativo en este caso, no sólo por el pasado de *apartheid* sufrido por la mayoría de la

⁴¹⁴ Act N° 4, 2000, Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination, Republic of South Africa Government Gazette, 9 february 2000. Puede ser consultada en la dirección de Internet <http://www.info.gov.za> (>documents, >acts, >2000, están ordenadas en orden numérico inverso por lo que hay que ir casi al final, al ser la número 4).

⁴¹⁵ Artículo 13.1: "si el demandante muestra la existencia *prima facie* de un caso de discriminación: a) el demandado debe probar mediante hechos ante el tribunal, que la discriminación no tuvo lugar como se alegó o b) el demandado debe probar que la conducta no se refiere a uno o más de los criterios [discriminatorios] prohibidos...". Ver, en nuestra legislación, los arts. 32 y 36 la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*infra*, epígrafes IX-C-d, "la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales en la jurisdicción civil" y IX-C-e, "la protección judicial de los derechos fundamentales en la jurisdicción social").

población en Sudáfrica, sino por las propias reticencias que el Tribunal Constitucional había mostrado a la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico privadas (lo que podría haber provocado una "privatización" del *apartheid*, como significativamente advertía el Juez MAHOMED en su voto concurrente⁴¹⁶ de la sentencia del caso *Du Plessis v. De Klerk*). Y también, en definitiva, porque como afirmaba en la misma sentencia el voto concurrente del Juez SACHS "la manera adecuada de afrontar estas cuestiones es a través de legislación liderada quizás por la Comisión de Derechos Humanos. Litigar es una forma pesada, cara y lenta de responder al generalizado problema de la conducta racista"⁴¹⁷.

E) EL ESPACIO SUPRANACIONAL EUROPEO

También la aplicación del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)⁴¹⁸ ha dado lugar a la polémica sobre la posibilidad de eficacia horizontal o *inter privatos* de los preceptos de dicho convenio internacional que reconocen una serie de derechos fundamentales y libertades públicas.

Afirma María Encarna GARCÍA JIMÉNEZ⁴¹⁹ que la aplicación del CEDH a las relaciones entre particulares es una cuestión controvertida. En principio, podría entenderse que se trata de un instrumento de Derecho internacional público aplicable solamente a los Estados. Los defensores de la dimensión exclusivamente vertical del CEDH argumentan que el art. 34 (antiguo art. 25) del mismo autoriza exclusivamente las demandas individuales por las violaciones de los derechos ocasionadas por las Altas Partes Contratantes, que son precisamente los Estados, únicos sujetos que pueden ser parte en el CEDH, como había señalado la Comisión en su Decisión de 20 de diciembre de 1957: "es claro que las personas

⁴¹⁶ Parágrafo 85 de la sentencia.

⁴¹⁷ "The appropriate manner for such issues to be dealt with would be through legislation pioneered perhaps by the Human Rights Commission. Litigation is a clumsy, expensive and time-consuming way of responding to the multitudinous problems of racist behaviour".

⁴¹⁸ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 («BOE» núm. 243, de 10 de octubre).

⁴¹⁹ "El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI", *cit.*, págs. 120 y siguientes.

privadas no pueden ser consideradas como Alta Parte Contratante en los términos del art. 66 del Convenio”. También en este sentido, el Informe de la Comisión sobre el caso *Austria contra Italia* afirma: “...las obligaciones suscritas por los Estados contratantes en la Convención tienen esencialmente un carácter objetivo, dado que tienden a proteger los derechos fundamentales de los particulares contra los abusos de los estados contratantes, más bien que a crear derechos subjetivos y recíprocos entre estos últimos”.

Pero también existían elementos que apuntaban en la dirección de otorgar relevancia, en las relaciones entre particulares, a los derechos y libertades reconocidos en el convenio. Junto con la naturaleza de algunos de los derechos reconocidos en el mismo, que los hacían especialmente aptos para su eficacia en las relaciones *inter privatos* (en especial, los derechos de la personalidad), algunos extremos del texto internacional se interpretaban como justificativos de esta tesis. Así, el art. 13, conforme al cual “toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. La expresión “incluso” (“*alors même*” en la versión francesa) sugería que las violaciones pueden ser cometidas por personas privadas y que, en esta hipótesis, un recurso debe estar previsto. También se cita el art. 17, del que se desprende, siquiera indirectamente, el deber no sólo de los Estados, sino también de los grupos y de los individuos de no atentar contra los derechos garantizados en el Convenio. También se pone de relieve el establecimiento, en las cláusulas limitativas contenidas en los segundos párrafos de los arts. 8 y 11, como límites de los derechos reconocidos en tales preceptos, los dirigidos a “la protección de los derechos y las libertades de los demás”, lo que parece abundar en la idea de que se trata de derechos que pueden ejercitarse en el seno de relaciones entre particulares, en las que ha de tomarse en consideración los derechos y libertades de las otras personas incardinadas en tales relaciones⁴²⁰.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y en su día la Comisión), con sede en Estrasburgo, mediante una interpretación dinámica de las disposiciones del Convenio, han

⁴²⁰ Cfr. Anne DEBET, “L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme sur le droit civil”, Ed. Dalloz, Paris, 2002, pág. 69.

considerado que existe una dimensión horizontal, “efecto reflejo” o “efecto sobre terceros”, que se concreta en la apreciación de que los particulares tienen también la obligación de respetar los derechos reconocidos en el CEDH, y que, por tanto, el sistema de protección se aplica también frente a agresiones de los particulares, cuando el Estado debería haber actuado para evitarlo. Esto supone la apreciación del CEDH como un instrumento de protección general frente a las violaciones de sus disposiciones por el Estado o, en ciertos casos, por los particulares, y conlleva el reconocimiento de la existencia de obligaciones positivas por parte de los Estados, ya que no sólo deben abstenerse de cometer violaciones de los derechos, sino que deben actuar para que no se vulneren por los particulares.

Estas obligaciones positivas han de ser puestas en relación con el aspecto de los derechos fundamentales relativo a su función de “deber de protección”⁴²¹, que obliga a una intervención del Estado frente a vulneraciones de tales derechos procedentes, no ya del propio Estado, sino de cualquier otra parte, y en concreto de la actuación de particulares. Recuerda el profesor Daniel GARCÍA SAN JOSÉ⁴²² que a pesar de que en la fecha de la redacción del Convenio, en 1950, se pensó en garantizar frente a una injerencia del Estado sólo algunos de los derechos que habían sido enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, es decir, derechos civiles y políticos clásicos (derecho a la vida, a la integridad física, al respeto de la vida privada y familiar, etc.), las obligaciones que se derivan del Convenio para los Estados parte no son exclusivamente de carácter negativo, esto es, “de abstenerse de hacer”. La teoría de las obligaciones positivas permite a los órganos de control del Convenio (anteriormente, la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, tras la entrada en vigor del Protocolo 11, de 11 de mayo de 1994, sólo este último) responder a la objeción principal planteada contra la aplicabilidad del Convenio en las relaciones entre los particulares. Si bien el convenio no crea directamente derechos y deberes entre los individuos, los Estados deben vigilar para que el ejercicio efectivo de las libertades garantizadas no sea obstaculizado por las acciones u omisiones de personas privadas.

⁴²¹ Ver *supra* epígrafe IV-E, “Los derechos fundamentales como deberes de protección”.

⁴²² En su tesis doctoral “La cláusula «necesario en una sociedad democrática» en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, dirigida por el Profesor Dr. D. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO.

En este sentido, David J. HARRIS, Michael O'BOYLE y Colin WARBRICK⁴²³ distinguen estas tres categorías identificables dentro de las obligaciones positivas: a) la obligación de las autoridades de tomar medidas para que el ejercicio del derecho sea efectivo; b) la obligación de las autoridades de tomar medidas para asegurar que el ejercicio del derecho no sea interferido por otra persona privada; y c) la obligación de las autoridades de tomar medidas que aseguren que las personas privadas toman medidas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho por otros individuos

Abundando en esta línea, el profesor Juan Antonio CARRILLO SALCEDO⁴²⁴ pone de relieve la utilización por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del texto inglés del Convenio (*shall secure*, y no meramente *reconocen*⁴²⁵) a partir de la sentencia de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña, para sostener que el Convenio “no se contenta con obligar a las autoridades supremas de los Estados parte a que respeten los derechos y libertades que consagra; como lo demuestran el art. 14 y la versión inglesa del art. 1 (*shall secure*), implica también que, para garantizar el disfrute de aquéllos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores” (párrafo 239 de la sentencia). Esta interpretación del Convenio, en el sentido de que los Estados parte tienen obligaciones positivas y no solamente negativas, y para afirmar que las disposiciones del Convenio pueden ser aplicables “incluso en las relaciones entre particulares” (eficacia horizontal del Convenio Europeo de Derechos humanos) habría sido confirmada posteriormente por el Tribunal en la sentencia de 26 de marzo de 1985, recaída en el asunto *X e Y contra Países Bajos*, en la que afirmó que aunque el art. 8 del Convenio tiene como objeto la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, dicha disposición “no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias. A esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar... Estas pueden implicar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones entre los

⁴²³ “Law of the European Convention on Human Rights”, Ed. Butterworths, Londres, 1995.

⁴²⁴ “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales”, *cit.*, pág. 18. En el mismo sentido, Anne DEBET, “L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil”, *cit.*, pág. 69.

⁴²⁵ Mientras que la versión francesa contiene el texto “Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés...”, la versión inglesa establece: “The High Contracting Parties shall secure everyone within their jurisdiction the rights and freedom...”.

individuos” (parágrafo 23 de la sentencia). Más recientemente, en la sentencia de 29 de febrero de 2000, recaída en el asunto *Fuentes Bobo contra España*, el Tribunal de Estrasburgo ha afirmado que las disposiciones del Convenio pueden ser aplicables incluso en relaciones entre particulares regidas por el Derecho privado, y que el Estado tiene la obligación positiva de proteger la libertad de expresión contra atentados provenientes de personas privadas (parágrafo 38 de la sentencia)⁴²⁶.

En definitiva, los mecanismos propios de un instrumento de Derecho internacional como es el CEDH, en el sentido de que los obligados son las “Altas Partes Contratantes” (esto es, los Estados y, en su caso, organizaciones supranacionales que hayan ratificado el tratado) y por tanto sólo ellas pueden ser demandadas como incumplidoras ante el Tribunal, no son incompatibles con la eficacia entre particulares que pueda reconocerse al menos a algunos de los derechos reconocidos en dicho texto, y que las “Altas Partes Contratantes”, en virtud de las obligaciones contraídas al ratificar el tratado, tienen la obligación positiva de tutelar y proteger, de modo que si no lo hacen podrán ser demandadas y condenadas por el incumplimiento de tales obligaciones. Esto se ha hecho más evidente a partir de las modificaciones introducidas por los Protocolos 9 y, sobre todo, 11.

Es por tanto la concepción de los derechos fundamentales como deberes de protección por el Estado, junto con la legitimación activa que a los particulares ha otorgado el Protocolo 11⁴²⁷ del CEDH, lo que ha permitido que el TEDH haya condenado a Estados

⁴²⁶ Dice literalmente la versión francesa de la sentencia: “A cet égard, la Cour rappelle que l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé (cf., mutatis mutandis, l'arrêt Schmidt et Dahlström c. Suède du 6 février 1976, série A n° 21, p. 15, § 33) En outre, dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées (cf., mutatis mutandis, l'arrêt Young, James et Webster c. Royaume-Uni du 13 août 1981, série A n°44, pp. 22-23, § 55) En conséquence, la Cour estime que la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10”.

⁴²⁷ El Protocolo núm. 11 fue abierto a la firma y ratificación el 11 de mayo de 1994 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Entre otras modificaciones, ha introducido el nuevo art. 34, intitulado “demandas individuales”, conforme al cual “el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”. Dicho Protocolo supuso la “gran reforma del sistema de protección europeo de derechos humanos” (Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, “Constituciones, Constitución y Convenio: derechos, derechos y derechos”, *cit.*, pág. 162).

parte por violación del citado Convenio en el caso de infracciones provenientes de particulares, pero a las que los órganos judiciales no pusieron remedio⁴²⁸. Tras la entrada en vigor de este Protocolo, la legitimación activa corresponde ya no solamente a todo Estado parte que impute una violación del Convenio a otro Estado parte, sino también a cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. La legitimación pasiva corresponde a todos los Estados parte. No es posible la demanda contra un particular⁴²⁹, pero indirectamente se consigue, si las autoridades aplicadoras del Derecho interno del Estado parte no han dado una respuesta satisfactoria de acuerdo con las disposiciones del Convenio (lo cual presenta cierto parecido con la tesis de la “asunción judicial” en el caso de vulneración del derecho fundamental por un particular cuando no es remediada en la vía judicial, o “finta alemana”, de nuestro Tribunal Constitucional⁴³⁰).

Es por ello que, como afirma María Encarna GARCÍA JIMÉNEZ⁴³¹, la *Drittwirkung* del CEDH es uno de los nuevos desafíos que se les presentan a los Órganos de la Convención en una época en la que los mayores peligros para el respeto a los derechos humanos empiezan a provenir de las esferas sociales y económicas más que de las políticas. En este sentido, Anne DEBET⁴³² afirma: “Es probable que en el futuro el Tribunal controlará más frecuentemente la manera en la que el juez interno previene y sanciona los ataques a los derechos fundamentales cometidos por particulares. Es también concebible que el Estado sea considerado como responsable del hecho de la ausencia o de la mala aplicación horizontal del Convenio por el juez”⁴³³.

⁴²⁸ Pedro CRUZ VILLALÓN (“El juez como garante de los derechos fundamentales”, en *Constitución y Poder Judicial. XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 2003, pág. 35) apunta que este puede ser uno de los motivos por los que el Tribunal Constitucional no admitió que la garantía judicial –stricto sensu– frente a las violaciones procedentes de particulares fuera la única existente en el Derecho interno.

⁴²⁹ Así lo indica el propio Tribunal en la “nota informativa” publicada en la página web <http://www.echr.coe.int/echr>.

⁴³⁰ Ver *infra* epígrafe IX-D-b-1, “El sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Su virtualidad frente a las vulneraciones producidas en las relaciones entre particulares”.

⁴³¹ “El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI”, *cit.*, pág. 123.

⁴³² “L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme sur le droit civil”, *cit.*, pág. 72.

⁴³³ “Il est probable qu’à l’avenir la Cour contrôlera plus fréquemment la manière dont le juge interne

En lo que respecta al Derecho comunitario, ya se ha examinado la trascendencia del reconocimiento de derechos fundamentales por el mismo⁴³⁴. En principio, podría afirmarse que la posibilidad de eficacia horizontal de tales derechos fundamentales no difiere en exceso de la que tengan los reconocidos por el ordenamiento constitucional nacional, dada la similitud del ámbito de protección de unos y otros. El Derecho comunitario regula materias en que existen no sólo relaciones verticales Estado-particulares, sino también relaciones horizontales, entre particulares (como lo demuestra la problemática del alcance de la eficacia de las Directivas no transpuestas en las relaciones horizontales⁴³⁵).

En este campo de las relaciones entre particulares, la cláusula de “estándar mínimo” del art. II-113 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa puede provocar problemas.

Las cláusulas de “estándar mínimo”, como es el caso de la contenida en el art. II-113 del TCE (similar a la contenida en el art. 53 del CEDH), pese a su claridad conceptual, provocan problemas prácticos de aplicación (o de determinar cuándo nos encontramos ante una violación de las mismas). Si bien son de más fácil aplicación –no exenta totalmente de problemas- cuando la limitación a los derechos fundamentales o su menor nivel de protección responde a “motivos de interés general” (la “seguridad nacional”, la “moral pública”, etc), sin embargo su aplicación es problemática cuando el menor nivel de protección o las mayores limitaciones responden al respeto de los derechos de otros particulares⁴³⁶, o cuando directamente se produce un conflicto de derechos o bienes jurídicos iusfundamentales de los que son titulares diversos particulares (lo cual es de especial

prévient Estatuto de los Trabajadores sanctionne les atteintes aux droits fondamentaux commises par les particuliers. Il est ainsi concevable que l'État soit considéré comme responsable du fait de l'absence ou de la mauvaise application horizontale de la Convention par le juge”.

⁴³⁴ Ver *supra* epígrafe III-E, “¿son derechos fundamentales los reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario?”

⁴³⁵ Ver *infra* epígrafe XI-E-c, “pervivencia actual de tales técnicas”.

⁴³⁶ Cfr. Blanca RODRÍGUEZ RUIZ, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acuerdos y desacuerdos”, en *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, Esperanza GÓMEZ CORONA, Pablo GUTIÉRREZ VEGA, Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ (coord.), Fundación El Monte-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 184 y siguientes. Como afirma gráficamente esta autora, “los conflictos de derechos pueden traer consigo conflictos de estándares mínimos”.

relevancia en la cuestión de la *Drittwirkung*). Así pues, cuando en una relación jurídica entre particulares, que puede tener incidencia sobre varias materias, unas competencia de la Unión Europea, otras del Estado miembro, entran en conflicto un derecho fundamental que se ejercita al amparo del ordenamiento jurídico comunitario y otro que se ejercita al amparo del Derecho interno⁴³⁷, puede suceder que el derecho fundamental “comunitario” tenga un nivel de protección superior al que tendría si el mismo fuera ejercitado en una materia regida por Derecho interno, lo que provoca distorsiones difícilmente solubles, salvo que se atribuya a dicha cláusula una función distinta de la que resulta de su literalidad, como es la de “subir” el nivel de protección de un derecho fundamental también en el Derecho interno.

El problema no está solamente en distintos estándares de protección, sino en la existencia de distintas técnicas de limitación de los derechos fundamentales en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa y en las Constituciones nacionales. En el Tratado se prevé expresamente como límite el abuso de derecho (art. II-114), mientras que en la Constitución española es discutible que tal institución y otras similares, como la de la buena fe, puedan ser consideradas como tales límites de los derechos fundamentales, al menos de modo genérico. De hecho, aunque el Tribunal Constitucional las ha utilizado en algunas ocasiones, concretamente en caso de conflictos de derechos fundamentales y otros bienes iusfundamentales en relaciones jurídicas privadas, posteriormente ha preferido acudir a otras técnicas como la del principio de proporcionalidad⁴³⁸.

⁴³⁷ Véase, por ejemplo, la interesante STJCE de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00, caso *Schmidberger*, en especial párrafos 69 y siguientes, en la que el TJCE enjuicia un conflicto de esta naturaleza y considera justificada una restricción de la libertad comunitaria de circulación de bienes entre los distintos Estados miembros derivada del ejercicio de derechos fundamentales “no comunitarios”, como son la libertad de expresión y el derecho de reunión pacífica reconocidos por la Constitución nacional (la austriaca) y por el CEDH, por parte de unos manifestantes que mantuvieron cortada una autopista austriaca durante más de 30 horas para protestar por la contaminación que provocaba el cada vez mayor tráfico de vehículos pesados por dicha autopista. El TJCE declaró (párrafo 74:

“...al imponerse el respeto de los derechos fundamentales tanto a la Comunidad como a sus Estados miembros, la protección de tales derechos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías”.

⁴³⁸ Ver *infra* epígrafe XI-H, “el principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento de los derechos fundamentales por el juez ordinario”.

CAPÍTULO VI

LA SIGNIFICACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

A) VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha repetido a lo largo de la exposición anterior, los problemas de los derechos fundamentales son en buena parte los problemas de la Constitución, y eso se ve con especial claridad cuando se trata de la eficacia de tales derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Afirma Luis María DÍEZ-PICAZO⁴³⁹ que la respuesta a la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares depende de la posición filosófico-política que se mantenga acerca de la naturaleza del Estado democrático de derecho y, sobre todo, de la visión de la Constitución que se adopte: a medida que se aleja uno de la visión de la Constitución abierta y se acerca a la de Constitución dirigente va resultando progresivamente más fácil justificar mayores niveles de eficacia horizontal de los derechos fundamentales.

Algunos de los problemas más importantes que se plantean al respecto se refieren a la posición de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en el sistema de fuentes del Derecho. Como indica Luis PRIETO SANCHÍS⁴⁴⁰, la función política de la Constitución puede entenderse de dos formas: como límite al poder o como instrumento de modelación del orden social. En la primera acepción se considera que las normas constitucionales se dirigen a los órganos supremos del sistema, mientras que en la segunda se sugiere su extensión al conjunto de los órganos y en especial a los jueces. Esta segunda concepción suele ser asumida por textos de denso contenido material, mientras que la primera suele corresponderse a documentos breves y preferentemente formales.

⁴³⁹ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 138.

⁴⁴⁰ “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 121.

Se cuestiona, pues, si la Constitución afecta solamente a la regulación del Estado, de su estructura y de su relación con los ciudadanos, es decir, si su eficacia se circunscribe al ámbito del Derecho público, o por el contrario regula la comunidad, la sociedad en su conjunto, situándose como vértice del ordenamiento jurídico en su totalidad y no sólo del Derecho público. Y, relacionado íntimamente con esto, si su valor es normativo o programático, y si tiene aplicabilidad directa, lo que nos interesa especialmente respecto de su parte dogmática, y más en concreto aún, de su regulación de los derechos fundamentales. Porque, como afirma Joaquín GARCÍA MORILLO⁴⁴¹, la concepción de la Constitución como elemento limitador del poder político es característica del Estado liberal de Derecho, mientras que el entendimiento de la Constitución como norma reguladora de la convivencia social, de la que dimanen directamente derechos y obligaciones, es consecuencia directa del Estado social y democrático de Derecho. En el primero, los derechos fundamentales se conciben básicamente como esfera de inmunidad frente al poder político, en el Estado social se entienden como un *prius* del orden social, que es protegible frente a todos y cuya defensa es asumida por la colectividad como un asunto de orden público.

Como se ha explicado anteriormente, si bien en un principio las declaraciones de derechos de los inicios del constitucionalismo no se circunscriben al ámbito público, a las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sino que tienen trascendencia en todo el orden jurídico, muy pronto se produce una disociación entre los ámbitos público y privado, de forma que en el ámbito de las relaciones privadas, la libertad, la igualdad, el respeto a lo que se entiende por dignidad de la persona o a ciertos principios morales que le sirven de fundamento, en definitiva, los principios en los que se plasma el cambio desde la sociedad feudal-estamental a la sociedad burguesa, son regulados por los Códigos que van surgiendo a lo largo del siglo XIX, mientras que la Constitución, y los derechos fundamentales que en ella se regulan, quedan circunscritos al ámbito público, a la regulación del Estado y de las relaciones de éste con los ciudadanos⁴⁴², con el añadido de que esa regulación de los derechos fundamentales contenidos en las Constituciones se caracterizan por una gran

⁴⁴¹ “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 197.

⁴⁴² Para Georg JELLINEK “...la Constitución contiene, por regla general, las normas jurídicas que caracterizan los órganos supremos del Estado, establecen la forma de crearlos, sus relaciones recíprocas y sus áreas de influencia, además de la posición fundamental del individuo respecto al poder estatal”.

debilidad, en tanto que no vinculan al legislador, antes al contrario, son una encarnación del principio de legalidad de la actuación de la Administración, y en tanto que no son justiciables.

Existe una gran autonomía del Derecho privado respecto del Derecho constitucional. Es más, como apunta Konrad HESSE⁴⁴³, el Derecho privado llegó a ser el Derecho constitutivo de la sociedad burguesa, junto al cual el Derecho constitucional tenía una importancia secundaria. Las Constituciones no provocaban modificaciones del Derecho privado porque no tenían eficacia vinculante frente a legislador de Derecho privado y tampoco tenían una función preservadora de Derecho privado. Al Derecho privado le correspondía incluso una primacía material frente al Derecho constitucional. En la Alemania del siglo XIX, el Derecho privado, como sistema de las esferas y de los límites de la libertad, asumió parcialmente el papel de los derechos fundamentales, que ellos mismos sólo con reservas podían desempeñar. En todo caso, esta libertad burguesa era una libertad no política, una libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado. La libertad en las decisiones y en la ordenación de la economía no importunada por el Estado, resultaba para la burguesía definitivamente más importante que la determinación y la configuración de la política, particularmente tras el fracaso de los esfuerzos del movimiento nacional y democrático de ese siglo en favor de la unificación y de un régimen liberal.

En la Constitución de Weimar se observan ciertos cambios de importancia respecto de la situación anterior. En la segunda parte de dicha Constitución, que regulaba los derechos y obligaciones fundamentales de los alemanes, se establecían ciertas regulaciones que afectaban al Derecho privado, concretamente ciertas “garantías institucionales” a las que antes hemos hecho mención⁴⁴⁴. Entre estas garantías institucionales están las de la propiedad, el matrimonio, la familia, la patria potestad, un mandato de igualación jurídica de

⁴⁴³ “Derecho constitucional y Derecho privado”, *cit.*, pág. 38 y siguientes.

⁴⁴⁴ Ver *supra* epígrafe III-D, “derechos fundamentales, garantías institucionales y mandatos o habilitaciones al legislador”.

los hijos no matrimoniales⁴⁴⁵, una garantía de la libertad contractual en el tráfico económico “de acuerdo con las leyes” y del derecho de herencia “de acuerdo con el Derecho civil”.

Frente a la autonomía del Derecho privado respecto del Derecho constitucional, a la primacía material que aquél tuvo frente a éste en el siglo XIX, en el sistema instaurado por la Constitución de Weimar corresponde a estas garantías contenidas en la Constitución una “función de guía”, de directrices. Así ocurre explícitamente con el mandato al legislador para la igualación de los hijos no matrimoniales o con el principio de que el matrimonio se basa en la igualdad de derechos de los cónyuges. Pero los preceptos constitucionales en que tales garantías y mandatos se contenían no fueron entendidos como directamente vinculantes sino como principios programáticos que, aunque no fundaban ningún derecho subjetivo, debían ser decisivos cuando se regulara legalmente la materia. Más importante era su función preservadora y protectora. Frente al radicalismo de la fase revolucionaria, que había puesto en duda estos fundamentos del Derecho privado, se trataba de prohibir al legislador ordinario que aboliera como tales los institutos de Derecho privado garantizados en la Constitución, afirmando la primacía de la Constitución frente a las leyes tanto de los *Länder* como del propio *Reich*⁴⁴⁶.

Como afirman Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES⁴⁴⁷, la introducción real de la Constitución en el ordenamiento jurídico, la consideración de la misma como norma susceptible de ser aplicada por los tribunales y dotada de consecuencias jurídicas concretas es una de las aportaciones del constitucionalismo norteamericano. En la Europa siglo XIX, la Constitución apenas es un elemento político que legitima ciertamente al ordenamiento pero cuya vinculación práctica con el mismo sólo se opera mediante la ley, es decir, mediante el legislador, intérprete único de la Constitución⁴⁴⁸. La recepción de esta

⁴⁴⁵ Su contenido se corresponde en lo esencial con el actual art. 6 de la Ley Fundamental de Bonn.

⁴⁴⁶ Konrad HESSE, “Derecho constitucional y Derecho privado”, *cit.*, pág. 49.

⁴⁴⁷ “La jurisdicción constitucional”, en *La Constitución española de 1978*, Alberto PREDIERI y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (dir.), Editorial Civitas, segunda edición, segunda reimpresión, 1984, págs. 839-840.

⁴⁴⁸ Aunque desde el principio hubo algunas inquietudes sobre el valor normativo de la Constitución. Así, Emmanuel SIEYÉS (“Escritos y discursos de la Revolución”, estudio y traducción de Ramón MAIZ, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 276), en el discurso que pronunció ante la Convención Nacional el 18 de termidor del año III de la República, declaró: “¿Cómo, en efecto, la previsión del legislador

idea se produce en Europa tras la II Guerra Mundial, al surgir la necesidad de dotar de garantías efectivas a los valores materiales consagrados por la Constitución y producirse un correlativo debilitamiento de la visión jacobina sobre la omnipotencia del legislador⁴⁴⁹.

En el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial se plantea hasta qué punto la Constitución es el orden normativo superior del Estado o lo es de la sociedad en su conjunto, si afecta exclusivamente al Derecho público y regula en su parte dogmática derechos públicos subjetivos de los ciudadanos frente al Estado, o si afecta al ordenamiento en su conjunto y, por tanto, los derechos fundamentales que en ella se regulan trascienden de las relaciones entre Estado y ciudadanos e irradian a la totalidad del ordenamiento jurídico, otorgando al ciudadano un estatus multidireccional, aplicable en la totalidad de sus relaciones jurídicas.

En esta polémica, la doctrina iusprivatista más tradicional alertó sobre el peligro de “invasión” del Derecho privado por el Derecho constitucional, lo que pondría fin a la autonomía del uno frente al otro e incluso a la primacía material que al primero había correspondido sobre el segundo. Aunque en esta denuncia de la “invasión” del Derecho privado por el Derecho constitucional pueden observarse a veces ciertos rasgos iusnaturalistas, al contemplarse el Derecho privado como un orden natural, preexistente e independiente a la Constitución, se trata en todo caso de la cobertura ante la que se cobija una crítica más política, una negativa al cambio del Estado liberal-burgués al Estado social y democrático de derecho.

Se sostiene por estos autores una firme distinción entre Estado y sociedad y, correlativamente, se niega que la regulación de los derechos fundamentales contenida en la Ley Fundamental de Bonn pueda tener trascendencia en el ámbito del Derecho privado, en el que tiene una especial importancia el principio de autonomía de la voluntad como rector de

podría admitir la idea de una Constitución abandonada, por así decirlo, a sus propias fuerzas desde el momento mismo de su nacimiento? Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada”.

⁴⁴⁹ Aunque, como puntualizan estos autores, esta tradición es recepcionada con las modificaciones derivadas de la influencia de KELSEN, concentrando en un órgano único, situado fuera de la organización judicial, la jurisdicción constitucional que en USA es una faceta de jurisdicción ordinaria. En Austria, Alemania, Italia (y posteriormente en España), tal órgano es un tribunal, en cuanto órgano que resuelve conforme a Derecho controversias jurídicas.

las relaciones entre particulares, y que se vería en peligro por la “irrupción” de los derechos fundamentales en el Derecho privado. Como expone Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE⁴⁵⁰, para la teoría liberal (del Estado de derecho burgués) de los derechos fundamentales, éstos son derechos de libertad del individuo frente al Estado, que se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado. Y en este sentido, los derechos fundamentales, como derechos de libertad, son también normas de distribución de competencias entre individuo (sociedad) y Estado: delimitan el ámbito en el que el individuo y sus estructuras sociales propias son competentes para la regulación de conducta y la organización de prestaciones, frente al ámbito de la regulación político-dominante de las conductas y de la organización de prestaciones por el Estado en la forma de acción estatal soberana; contienen normas de competencias negativas (delimitaciones) relativas al obrar del poder del Estado.

Sin embargo, acabó imponiéndose la idea de que la Constitución no es solamente la norma básica del Estado. Afirma Konrad HESSE⁴⁵¹ que “al cumplir estas tareas fundamentales de formación política de unidad y de orden jurídico, la Constitución se convierte no sólo en el orden jurídico fundamental del Estado, sino también en el de la vida no estatal dentro del territorio de un Estado: es decir, en el orden jurídico fundamental de la comunidad. (...) Además de todo ello [de regular estructura del Estado], la Constitución establece principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y no sólo de la vida estatal en sentido estricto. Positiviza principios y criterios para establecer y aplicar las normas del ordenamiento. Ordena todas las esferas de vida esenciales para la convivencia, precisamente porque dichas esferas son consustanciales a la vida del conjunto y se encuentran indisolublemente conectadas con el orden político. En este sentido también son ordenados en la Constitución los fundamentos de esferas vitales que nada tienen que ver de forma directa con la formación política de unidad y la acción estatal, como es el caso de los fundamentos del ordenamiento jurídico civil: matrimonio, familia, propiedad, herencia, fundamentos del Derecho penal, principios de la enseñanza, de la libertad religiosa o de las relaciones

⁴⁵⁰ “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 48 y siguientes.

⁴⁵¹ “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Antonio López Pina, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 5.

laborales o sociales. En todo ello, la Constitución es el plan estructural básico, orientado por determinados principios dotadores de sentido, para la forma jurídica de una comunidad”.

De acuerdo con Pedro CRUZ VILLALÓN⁴⁵², en el paso del constitucionalismo parlamentario al constitucionalismo normativo puede ser determinante el hecho de que el sistema político se vuelve considerablemente más complejo, y que esta complejidad se traslada al orden constitucional; los actores del sistema, sus protagonistas, públicos y privados, se multiplican, al igual que se hacen más complejos sus modos de relacionarse, debiendo estar la “reglas del juego” en la Constitución, que, correlativamente, se vuelve más compleja. La Constitución es parte del ordenamiento jurídico y lo es como vértice de todo el ordenamiento jurídico, que se concibe como un único ordenamiento y no como una serie de ordenamientos sectoriales y compartimentados. La Constitución deja de ser el ordenamiento jurídico fundamental del Estado para convertirse en el ordenamiento jurídico fundamental de la comunidad, situándose en el la cúspide del sistema de fuentes del Derecho, pudiendo afirmarse⁴⁵³ que la relación entre la Constitución y las normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por cuanto que además de su condición de jerárquicamente superior, la Constitución desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de lo expuesto, la regulación sobre derechos fundamentales que se contiene en la Constitución tiene, de un modo u otro, efectos sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, incluido el privado.

Esta trascendencia de los derechos fundamentales en la totalidad del ordenamiento jurídico, su “fundamentalidad” del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la Constitución), además de su innegable relación con la concepción normativa de la Constitución y la consideración del ordenamiento jurídico como un todo y no como una suma de compartimentos estancos, uno de los cuales sería el Derecho constitucional, está

⁴⁵² “La Constitución y «el resto» del ordenamiento jurídico”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Comité organizador: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ [et al.], Thomson-Civitas, Madrid, 2003, volumen 4, pág. 6.364.

⁴⁵³ Así lo hacen Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “Fuentes del Derecho”, Tecnos, Madrid, 1992, vol II, págs. 30-31, y María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”, *cit.*, pág. 42.

vinculada de modo importante al reconocimiento de su doble carácter: además de ser derechos subjetivos, son normas objetivas de principio, que encarnan un orden objetivo de valores y actúan en todos los ámbitos del Derecho. Con la recepción de ese carácter objetivo, los derechos fundamentales no reciben cualquier componente o complemento, sino una nueva cualidad, que consiste en que los derechos fundamentales se desvinculan de la relación inmediata Estado-ciudadano, no sólo rigen allí donde el Estado participa directamente en las relaciones jurídicas, sino que rigen “de modo universal”, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del Derecho⁴⁵⁴.

El reconocimiento por el Tribunal Constitucional Federal del doble carácter de los derechos fundamentales⁴⁵⁵, de su contenido jurídico-objetivo añadido al tradicional jurídico-subjetivo, de que los derechos fundamentales suponen un orden objetivo de valores, es anterior incluso a la sentencia del caso *Lüth*, y puede encontrarse en la de fecha 17 de enero de 1957⁴⁵⁶, sobre la tributación de los cónyuges. El Tribunal Constitucional Federal declara que la norma de principio del art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn⁴⁵⁷ se sitúa como “función” propia del derecho fundamental junto a la garantía de la libertad de matrimonio y la familia como ámbito privado y junto a la garantía institucional, y le corresponde un “contenido de sentido que se eleva sobre la garantía institucional”, una decisión axiológica relativa a la protección y fomento para todo el Derecho público y privado que ofrece al ámbito global del matrimonio y la familia. Es indudable la relación entre la teoría del doble carácter de los derechos fundamentales y la concepción de los derechos fundamentales como un orden valorativo superior sostenida por DÜRIG y acogida por el Tribunal Constitucional Federal en la sentencia del caso *Lüth*.

⁴⁵⁴ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *cit.*, pág. 109 y siguientes.

⁴⁵⁵ Peter HÄBERLE, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 153, manifiesta que esta teoría tiene en Weimar su fase conceptual preparatoria, y atribuye su desarrollo a Konrad HESSE y a él mismo.

⁴⁵⁶ BverfGE 6, 55 (72 y siguientes).

⁴⁵⁷ “El matrimonio y la familia están bajo la especial protección del Estado”.

Por lo que respecta a nuestro país, el significado de la Constitución como norma jurídica es analizado por Javier PÉREZ ROYO⁴⁵⁸. En la situación anterior a la Constitución de 1978, durante el siglo y medio anterior, el punto de arranque del sistema no era la Constitución sino la ley; la Constitución pertenecía al mundo de la política y no al del Derecho. Como norma jurídica no jugaba ningún papel. La ley era auténticamente soberana, era la única norma en el ordenamiento jurídico general, primaria y absolutamente incondicionada.

En lo que se refiere a los derechos fundamentales, como expone Francisco RUBIO LLORENTE⁴⁵⁹, “el dictamen de la comisión redactora del proyecto de la Constitución de 1869 afirmaba, sin embargo, de manera inequívoca, la voluntad de dotar de vigencia directa a los derechos consagrados en la Constitución. «Durante mucho tiempo se ha podido creer que las Cortes, como representación del pueblo, eran las únicas a quienes tocaba velar por la conservación del derecho y por el mantenimiento de la libertad individual, que la prensa era suficiente para denunciar los abusos y que podía confiarse a la iniciativa de las Asambleas el desarrollo del progreso social. Pero la experiencia ha demostrado la insuficiencia del sistema ante las exigencias de la vida moderna. En ésta es preciso que el individuo tenga garantizados sus propios derechos por algo que no dependa de la voluntad movible y tornadiza de Asambleas políticas, por algo más alto y más imparcial que el criterio de partido, por algo que no subordine jamás lo que hay de esencial y permanente en el hombre y en la sociedad a las conveniencias del momento..., es preciso, en fin, que la seguridad, la propiedad, la libertad, queden bajo el amparo inviolable de los tribunales de justicia». En consonancia con esta voluntad, el texto art. 22 de aquella Constitución dispuso que «no se establecerá ni por las leyes ni por las autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título...». Durante el breve y agitado periodo de vigencia del texto constitucional, esta voluntad no se llevó sin embargo a la práctica”.

⁴⁵⁸ “Las fuentes del Derecho”, *cit.*, pág. 18 y siguientes.

⁴⁵⁹ “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, en la revista *Claves de la razón práctica*, núm. 75, 1997, pág. 2.

La Constitución republicana de 1931 estableció un sistema de protección de las llamadas “garantías individuales”, los derechos fundamentales, abriendo un procedimiento específico ante un Tribunal Constitucional que se denominaba Tribunal de Garantías Constitucionales. Es la primera vez que se proclama en la Constitución la vinculación del legislador a esos derechos y se establece un sistema jurisdiccional eficaz para su protección. Pero salvo esas excepciones, los derechos constitucionales no tuvieron otra garantía que la que les proporcionaba el principio de legalidad, de incierta vigencia. Frente al legislador sólo estaban protegidos políticamente y, en consecuencia, era éste quien realmente determinaba su contenido y eficacia.

Para la tradición constitucional española (aunque no sólo para la española), que es básicamente la tradición monárquico constitucional, la Constitución no era norma jurídica, documento jurídico, sino un documento político consistente de manera casi exclusiva en la institucionalización de los agentes básicos del proceso político: el Rey y las Cortes. Salvo las excepciones citadas (Constituciones de 1869 y de la II República), la Constitución era citada en todo caso como genérico referente interpretativo, pero en momento alguno para fundamentar jurídicamente, por ejemplo, un recurso de casación⁴⁶⁰.

En el constitucionalismo democrático posterior a I Guerra Mundial, ejemplificado en España por la Constitución republicana, cambia la perspectiva, la Constitución es un documento también jurídico.

Sin embargo, en España, tras la guerra civil, se considera que las Leyes Fundamentales del franquismo son puramente programáticas, sin posibilidad de que puedan invocarse en un proceso judicial para ser aplicadas, tesis que tuvo acogida no sólo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, para José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS⁴⁶¹, las normas que integran las partes dogmáticas de las Constituciones son normas programáticas, que por tanto no pueden servir de base a un proceso judicial ni menos aún a

⁴⁶⁰ Marc CARRILLO, “La aplicación judicial de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pág. 74.

⁴⁶¹ “Tratado de Derecho Administrativo”, EDERSA, Madrid, 1973, 3ª edición, tomo I, pág. 217.

un recurso de casación⁴⁶², sino que se limitan a dar directrices generales. Y para José Luis VILLAR PALASÍ⁴⁶³ la parte dogmática de una Constitución tiene en el sistema continental una eficacia sólo indirectamente vinculante, en cuanto determina una pura obligación de la legislación posterior a ajustarse a estas líneas generales marcadas en dicha parte dogmática.

Después de entrada en vigor de la Constitución de 1978 se plantea un debate entre quienes, como Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA o Luis PRIETO SANCHÍS, mantienen el carácter normativo y directamente aplicable por los jueces de los preceptos constitucionales y quienes, muchas veces como inercia de la anterior situación, defienden una trascendencia puramente programática de tales normas. El juez ordinario que en 1978 se encuentra con la novedad que supone la Constitución en el ordenamiento jurídico que ese juez ha de aplicar e interpretar partía de una cultura jurídica en la que la fuente principal del ordenamiento no era desde luego la Constitución⁴⁶⁴. En este periodo se dictan resoluciones judiciales (como la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 31 de enero de 1980 y la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1982, anuladas en vía de amparo por la STC 80/1982, de 20 de diciembre, o la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980) que niegan expresamente el carácter de la Constitución como norma jurídica inmediatamente aplicable, dejándola reducida a mera norma orientadora de los poderes públicos y en especial del poder legislativo, que sería el encargado de traducir los “principios” contenidos en la Constitución en auténticos mandatos jurídicos. Asimismo, la Fiscalía General del Estado, en la Consulta 1/1979, de 12 de enero, afirma:

“Pero la fórmula general e indeterminada que contiene la cláusula 3 de tales disposiciones derogatorias y a la que V. E. se refiere en su exposición, no puede entenderse que siempre y en todo caso confiera a las

⁴⁶² Contrasta esta afirmación con la dicción del primer inciso actual art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece: “en todos los casos en que, según la ley, proceda el recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”.

⁴⁶³ “Derecho Administrativo”, Madrid, 1968, págs. 296 y siguientes.

⁴⁶⁴ Marc CARRILLO, “La aplicación judicial de la Constitución”, *cit.*, pág. 74. Para este autor esa fuente principal no era la Constitución, ni siquiera tampoco la ley, sino que fruto de una larga y accidentada historia política de formas de gobierno dictatoriales y autoritarias, la fuente esencial del sistema normativo la representaba el reglamento administrativo.

normas constitucionales efecto derogatorio inmediato sobre los ordenamientos legales que estén o parezca que estén, a juicio del intérprete, en oposición con los principios que la Constitución establece.

Cuando el texto constitucional regula de modo completo una materia, sea en su parte dogmática o en la orgánica, claro es que su aplicación y fuerza derogatoria son inmediatas. Pero no es así cuando, como en los casos que V. E. consulta, la Constitución sienta principios rectores cuya inserción en ordenamiento tan complejos como el de extranjería y el de contrabando a que V. E. se refiere, así como en términos análogos aparecen el del procedimiento de extradición, tutela de menores, internamientos o aislamientos sanitarios y tantos otros que se deducen de la consideración del texto constitucional que, por evidentes razones de seguridad jurídica, requieren en cada caso un ulterior desarrollo legislativo que habrá que esperar y al que habrá de estarse”.

Sin embargo, otras instituciones (o las mismas, pero en otras ocasiones) se inclinan por reconocer un carácter normativo y directamente aplicable a los preceptos constitucionales, concretamente a los de su parte dogmática. En este sentido señala Alejandro NIETO⁴⁶⁵ la Circular de 12 de diciembre de 1978 del Tribunal Económico-Administrativo Central ordenando la puesta en libertad de los sancionados con prisión subsidiaria por impago de multas impuestas por los Tribunales de Contrabando al amparo de la Ley de 15 de julio de 1964, con lo que se reconocía la aplicabilidad directa del art. 25.3 de la Constitución, la Circular de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre de 1978, en la que se ordena al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones penales procedentes en defensa de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I sin esperar al desarrollo legislativo de los mismos, o la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 26 de diciembre de 1978 en la que se acuerda excluir de los expedientes matrimoniales la acreditación heterodoxa, reconociendo que la Constitución había

⁴⁶⁵ “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, págs. 380-381. También destacan estas resoluciones Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civitas, Madrid, 3ª edición 1983, reimpresión 2001, pág. 76, y Luis María Díez-PICAZO, “Concepto de ley y tipos de leyes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 24, septiembre-diciembre 1988, pág. 75.

modificado automáticamente los arts. 42 y 86 del entonces vigente Código Civil y las disposiciones concordantes del Reglamento del Registro Civil.

Finalmente, con la intervención decisiva del Tribunal Constitucional, se impone la tesis de que con la Constitución española de 1978 se ha roto radicalmente con la anterior tradición monárquico-constitucional y se ha impuesto un texto en el que se expresa fielmente esa doble condición de, además de ser norma reguladora de las fuentes del Derecho, ser ella misma norma jurídica directamente aplicable, a la que están sujetos los poderes públicos y los ciudadanos en general, como se desprende de afirmaciones explícitas contenidas en el propio texto constitucional, de las que el art. 9.1 es la más llamativa. El constituyente español ha conectado, pues, con el concepto de Constitución que, impuesto en los EEUU casi desde los orígenes de la historia constitucional, se ha ido imponiendo, con diversos niveles de congruencia, en Europa, y de manera firme con la consolidación del constitucionalismo democrático posterior a la II Guerra Mundial: la Constitución como norma justiciable y “lex superior” de todo el ordenamiento jurídico (lo que, según Mauro CAPPELLETTI, constituye el gran descubrimiento del pensamiento moderno en el plano del Derecho Constitucional).

Varias de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional afirman el carácter normativo, y no meramente programático, de la Constitución y su consiguiente aplicabilidad directa. Así, la STC 4/1981, de 2 de febrero, f.º 1º y 13º, declara que los principios generales plasmados en la Constitución participan de la fuerza derogatoria de la misma. La STC 16/1982, de 28 de abril, f.º 1º, declara:

“Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 CE).

Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Cap. II Tít. I CE (art. 53.1 CE)...”.

La STC 15/1982, de 23 de abril, fj 8º, puntualiza que

“...este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable”.

El propio legislador infraconstitucional ha partido del carácter normativo de la Constitución para regular la actividad de la jurisdicción ordinaria. Así, en distintos párrafos del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha previsto la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico, la vinculación a la misma de jueces y tribunales y su obligación de interpretar las leyes y reglamentos según las normas y principios constitucionales, la exigencia de acomodación de la ley a la Constitución evitando de este modo en los casos en que tal acomodación es posible el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y la infracción de norma constitucional como motivo suficiente para fundamentar el recurso de casación. En el apartado IV de la exposición de motivos de la ley se hacen algunas consideraciones al respecto: “Una de las características de la Constitución Española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra”.

Esta cuestión del carácter normativo de la Constitución tiene una importancia fundamental en lo que se refiere a la eficacia de los derechos fundamentales, y más en concreto a su eficacia en las relaciones entre particulares, en cuanto a si es norma directamente aplicable a las mismas. Porque, como recuerda Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE

DE LEÓN⁴⁶⁶, si los derechos subjetivos sólo son las normas que los reconocen, en cuanto están puestas a disposición de los sujetos, el problema de la fuerza normativa de los derechos fundamentales es el problema de la fuerza normativa de los textos en que tales derechos fundamentales están descritos y reconocidos; es, por consiguiente, el problema de la fuerza normativa de la Constitución misma en cuanto *corpus* donde estos derechos se reconocen y consagran. Dado que el ordenamiento jurídico no puede considerarse como un conjunto de compartimentos estancos (Derecho constitucional, Derecho administrativo, Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho del trabajo, etc) incomunicados entre sí, sino como un único sistema normativo presidido por la Constitución, si a ésta se le reconoce un carácter normativo y una aplicabilidad directa, difícilmente puede mantenerse que tales características son predicables del Derecho público pero no del Derecho privado, y que la regulación constitucional de los derechos fundamentales sólo puede aplicarse a las relaciones mantenidas por los poderes públicos con los particulares pero no a las mantenidas por los sujetos privados entre sí.

En resumen, los elementos caracterizadores de este “constitucionalismo fuerte”, como lo denomina Luis PRIETO SANCHÍS⁴⁶⁷, que caracteriza la mayoría de las constitucionales modernas, son: carácter normativo de la Constitución, que presenta fuerza vinculante, supremacía o superioridad jerárquica de la misma en el sistema de fuentes, eficacia o aplicación directa de sus normas, garantía judicial, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también, con las modulaciones que se quieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones sociales horizontales de Derecho privado, contenido normativo formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos pero que, siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos, y, por último, rigidez constitucional. Y este “constitucionalismo fuerte” reclamaría una nueva teoría del Derecho, cuyas notas serían: más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes y coexistencia de una constelación plural de valores, a veces

⁴⁶⁶ “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, cit.*, pág. 289.

⁴⁶⁷ “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, *cit.*, pág. 116 y siguientes.

tendencialmente contradictorios, en vez de homogeneidad ideológica, y una mayor relevancia del poder judicial respecto del papel tradicional del legislador⁴⁶⁸.

De lo expuesto anteriormente podría sacarse la conclusión equivocada de que la normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución, y en concreto de su parte dogmática, es en la actualidad una cuestión pacífica e incontrovertida. Pero no es así. La controversia se mantiene, y se observa incluso un cierto retroceso hacia las posiciones más clásicas en la concepción de la eficacia normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales en ella regulados⁴⁶⁹.

Es curioso cómo en algún país que carece de Constitución escrita, como es Gran Bretaña, se ha considerado la controversia entre Constitución normativa y Constitución programática, entre Constitución abierta y Constitución de detalle, concretamente en lo relativo a la declaración de derechos, como disuasoria de la utilidad de elaborar una declaración de derechos constitucionales. El dictamen de la *Royal Commission on the Constitution* de 1973, con citas de anteriores documentos de similar naturaleza, declaraba al respecto: “Bien la declaración de derechos tiene una naturaleza tan abstracta que carece de efectos jurídicos, o bien tendrá como consecuencia limitar la potestad del Legislador y el riesgo de que un considerable número de leyes pueda quedar invalidado por los tribunales debido a su incompatibilidad con los derechos contenidos en tal Declaración”. Bien los derechos son especificados en detalle, o bien deberán ser formulados en términos generales para ser actualizados por los tribunales, con el inconveniente del “riesgo de conducir al Poder judicial y a la jurisdicción al área de la controversia política, y que ésta intervenga discrecionalmente en un ámbito que no le corresponde”⁴⁷⁰. Ante estos problemas, la solución británica parece haber sido, como casi siempre, diferente: mejor no tener una Constitución escrita y un *Bill of Rights*. Pero no ha ocurrido lo mismo en la Europa continental, y de ahí la polémica existente.

⁴⁶⁸ *Ibidem*.

⁴⁶⁹ Peter HÄBELE, “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 153, relativiza esta vuelta atrás, aludiendo a que las distintas teorías sobre derechos fundamentales parecen estar sometidas a la ley del “movimiento de las olas”.

⁴⁷⁰ Cfr. Geoffrey MARSHALL, “La ley parlamentaria como fuente del Derecho”, en *Democracia representativa y Parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, pág. 143 y siguientes.

B) CRÍTICAS AL CARÁCTER NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN.

Las críticas que ciertos sectores de la doctrina hacen al carácter normativo de la Constitución ponen el acento, por lo general, en el carácter fragmentario de la Constitución, a la que califican como “ordenamiento-marco”.

Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE sintetiza bien los argumentos en que se basan estas críticas. Afirma este autor que la Constitución es fragmentaria y fraccionada, calificándola de “ordenamiento-marco”, que fija estandarizadamente sólo condiciones marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política y adopta decisiones (de principio) fundamentales para la relación Individuo, Sociedad y Estado, pero no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo. La atribución a la Constitución de la función de ley, de modo que de ella pueda resultar la decisión de casos concretos choca con que la gran mayoría de las normas de la Constitución son insuficientes en su estructura normativa material para ello. Es por ello que opta por la concepción de la Constitución como ordenamiento marco para el proceso político de decisión y actuación y para el ejercicio del poder político de decisión, en especial de creación jurídica, es decir, la legislación⁴⁷¹.

Plantea BÖCKENFÖRDE la siguiente disyuntiva en la concepción de la Constitución: o la Constitución es un ordenamiento marco, en la medida en que organiza la vida político-estatal y regula la relación Estado-ciudadano, a lo que corresponde el entendimiento de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de libertad dirigidos a la defensa frente al Estado; o la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto, en cuyo caso todos los principios del Derecho y todas las posibilidades de compromiso para la conformación del ordenamiento jurídico están ya *in*

⁴⁷¹ “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en *Escritos sobre derechos fundamentales, cit.*, págs. 17, 36 y 40-41.

nice contenidos en ella, a lo que se corresponde un entendimiento de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio que actúan en todos los ámbitos del Derecho. Las consecuencias de esta alternativa para el Tribunal Constitucional son: 1) si la Constitución se limita a establecer un marco, al Tribunal Constitucional le está vedada por principio la intervención en el proceso de llenado de dicho marco, especialmente la determinación de las posiciones jurídicas singulares (es decir, el reconocimiento y tutela de derechos subjetivos); 2) si la Constitución es orden jurídico fundamental de la comunidad, si tiene una función dirigente universal, entonces es también función del Tribunal Constitucional la determinación de las posiciones jurídicas singulares, en la medida en que se trate de contenidos jurídicos sustanciales; dado que los preestablecidos constitucionales son indeterminados, el Tribunal Constitucional se convierte, en su labor de concretización de su alcance, de modo específico, en señor de la Constitución⁴⁷².

La opción de BÖCKENFÖRDE por una vuelta en la concepción de la Constitución a la de un ordenamiento marco debe conformarse mediante la eliminación de las nuevas funciones de los derechos fundamentales, como la eficacia horizontal o frente a terceros y la de ser fuente de deberes de protección a cargo del Estado, y mediante el regreso al entendimiento de estos derechos como clásicos derechos de defensa frente al poder estatal, lo que Robert ALEXY⁴⁷³ denomina como la “reducción liberal de la Constitución”.

Esta reacción frente al concepto normativo de la Constitución puede llevar a lo que ALEXY⁴⁷⁴ denomina un “modelo puramente procedimental” de Constitución: la Constitución no contiene en absoluto mandatos o prohibiciones sustanciales que restrinjan las competencias del Legislador, al que se le permite todo siempre que respete las normas constitucionales de competencia, procedimiento y forma. Se trataría de un modelo que no solamente impide la aplicación judicial de las normas de derechos fundamentales, sino que incluso niega la vinculación jurídica del legislador a los derechos fundamentales, porque el modelo se define precisamente por la negación de cualquier tipo de vinculación jurídico-

⁴⁷² “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *cit.*, pág. 137

⁴⁷³ “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 66, septiembre-diciembre 2002, pág. 18 y siguientes.

⁴⁷⁴ *Ibidem*

material, como puede ser la que se deriva de los derechos fundamentales. Parece que se estaría volviendo a concepciones propias del constitucionalismo continental europeo anterior a la II Guerra Mundial, en el que los derechos fundamentales son simplemente la plasmación del principio de legalidad en la actuación de la Administración.

Este debate tiene también que ver con el relativo a la *Drittwirkung*, por cuanto que la tesis que niega la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se traduce directa o indirectamente en una desvalorización normativa de la Constitución, al menos en lo relativo a su valor como norma aplicable también a las relaciones jurídico-privadas⁴⁷⁵.

Para el profesor Alejandro NIETO⁴⁷⁶, se incurre en el defecto de confundir normatividad con aplicación directa de las normas y control jurisdiccional. La Constitución es una norma, pero tal afirmación no conlleva la consecuencia de que sea siempre y en todo caso directamente aplicable. “La cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos (tanto en el Derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación”. Comentando este trabajo, el profesor DIEZ-PICAZO⁴⁷⁷ opina que la afirmación de que la Constitución es norma jurídica constituye el núcleo del art. 9.1 de la Constitución, que prevé la “sujeción” de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución. Pero en ningún sitio está dicho en qué consiste esa sujeción, ni tampoco que la sujeción de los ciudadanos y la sujeción de los poderes públicos sea idéntica. Superado que la Constitución es una norma jurídica y no una simple declaración programática, se trata de averiguar qué tipo de norma jurídica es y sobre todo de puntualizar ese fenómeno discutido de su “aplicación directa”.

⁴⁷⁵ En este sentido, José L. CASCAJO CASTRO, “El recurso de amparo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1988, reimpresión 1992, pág. 17.

⁴⁷⁶ “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *cit.*, pág. 387.

⁴⁷⁷ “Constitución, ley, juez”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, pág. 17.

Para una visión simplista, la Constitución es una norma cualitativamente igual a las demás con una única diferencia de rango que produce la inaplicabilidad de las normas opuestas. Sin embargo, Alejandro NIETO⁴⁷⁸ entiende más adecuado acudir al concepto de las normas incompletas. La cuestión no consiste en saber si la Constitución es o no una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos que produce, porque los efectos jurídicos de las normas son muy variados y en muchos casos no son directos. Una norma jurídica es completa cuando contiene la descripción del supuesto de hecho y la determinación de la consecuencia jurídica, de manera que ésta se puede aplicar a aquél sin ninguna otra intermediación. Las normas incompletas, por el contrario, precisan de complementación. En la Constitución falla la complitud ordinamental. No es un continente con lagunas, es un archipiélago de islas de Derecho positivo. Los preceptos de la Constitución, según este autor, actuarían como perchas en las que hay que encajar luego el contenido material propiamente dicho, y que les viene de fuera. Se produce un fenómeno de conexión entre reglas de derecho y de remisión o reenvío de unas a otras reglas de derecho. En muy buena parte la Constitución requiere de la remisión a otras normas, generalmente legales. Establece el orden del sistema normativo, pero no tiene pretensiones de aplicación directa. Se trataría de una situación equiparable a la de la ley que necesita de un reglamento para poder ser aplicada. A veces la propia Constitución lo deja perfectamente claro, como es el caso del art. 53.3 de la Constitución (“sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”)⁴⁷⁹.

En esta polémica se enmarca la disyuntiva entre Constitución “procedimental” y Constitución “sustantiva”, que examina Víctor FERRERES COMELLA⁴⁸⁰. La Constitución

⁴⁷⁸ “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *cit.*, pág. 374 y 387 y siguientes. En la misma línea que el profesor NIETO se pronuncia Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, “La aplicación de la constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, mayo-agosto 1989, págs. 47-85, aunque de su entendimiento de que es preciso el replanteamiento de la tesis del valor normativo e inmediatamente vinculante de la Constitución salva, con cita de Luis DÍEZ-PICAZO, “Constitución, ley, juez”, *cit.*, a los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de aplicación, que sería el único campo de aplicación directa de las normas de la Constitución.

⁴⁷⁹ Frente a esta idea de las normas contenidas en la Constitución como normas “incompletas”, que otros autores califican, como hemos visto, de normas “fragmentarias” o como normas “imprecisas”, para otros (ver en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 68), la Constitución no encierra tanto normas “imprecisas” como “Derecho concentrado”, lo cual es importante a efectos de la interpretación.

⁴⁸⁰ “Justicia Constitucional y Democracia”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 230

procedimental no contiene un catálogo de derechos sustantivos, sino que protege únicamente derechos de participación política. En la tesis expuesta por John ELY⁴⁸¹ la Constitución ha de establecer procedimientos y estructuras adecuados para la toma de decisiones, protegiendo una forma democrática de gobernar y no tanto preservar valores sustantivos específicos⁴⁸². Además, según esta tesis, si la Constitución tiene normas sustantivas, al aplicarlas el juez impone sus propias preferencias políticas, determinadas por su extracción social.

Pero, objeta FERRERES COMELLA, en primer lugar, también la interpretación y aplicación de normas de participación política es controvertida y puede dar lugar a la imposición por el juez de sus propias preferencias políticas y, en segundo lugar, es problemático cuál sería el debate constitucional en el caso de una Constitución exclusivamente procedimental porque ¿de qué hablar, en términos constitucionales, si lo único que protege la Constitución es la posibilidad misma de hablar?.

Si se opta por un modelo de Constitución sustantiva, es decir, que protege derechos y libertades sustantivas y no sólo procedimentales, se plantea la disyuntiva de utilizar disposiciones muy abstractas (Constitución de principios abstractos la llama Ronald DWORKIN) o un conjunto cerrado de disposiciones muy específicas (Constitución de detalle).

Según FERRERES COMELLA⁴⁸³, si las disposiciones constitucionales son muy abstractas, se agudiza el riesgo antes apuntado de que el juez imponga sus personales convicciones morales y políticas, adscribiendo al poder constituyente sus personales convicciones morales y políticas. Por tanto, la normatividad y aplicabilidad directa de la

1997, págs. 53 y siguientes.

⁴⁸¹ “Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1980. El pensamiento jurídico-constitucional de ELY sobre este punto es analizado por Víctor FERRERES COMELLA en “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, págs. 55 y siguientes, y por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, págs. 217 y siguientes.

⁴⁸² Según ELY, los únicos valores materiales que la Constitución americana llegó a encarnar en algún momento fue la esclavitud y la abstención alcohólica, y ambos casos es patente lo inadecuado de los mismos para pervivir en el tiempo.

⁴⁸³ “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, págs. 76 y siguientes.

Constitución vendría a otorgar al juez la posibilidad de actuar arbitrariamente, al socaire de la aplicación de la Constitución⁴⁸⁴.

La preferencia por una Constitución de detalle se basa en la consideración de que existe un mayor grado de democracia en los procesos constituyentes respecto del proceso legislativo ordinario, por la exigencia de refrendos o mayorías cualificadas, pero mediante previsiones de detalle, que no dejen en manos del juez constitucional su control demasiado amplio. Quienes prefieren una Constitución de detalle consideran que el juez: 1) no debe usar como parámetro de validez de la ley las cláusulas abstractas de la Constitución (o, cuando no se trata del control de constitucionalidad realizado por el juez constitucional, no debe resolver el litigio en base a la aplicación directa de tales cláusulas abstractas, como puede suceder cuando el juez ordinario o el juez constitucional han de resolver procesos en los que se invoca la vulneración de un derecho fundamental regulado en la Constitución con elevado grado de abstracción y sin desarrollo suficiente en la ley infraconstitucional), 2) no debe extender por analogía las cláusulas más específicas, recurriendo a los principios más abstractos que subyacen a las mismas, 3) no debe interpretar las intenciones históricas del poder constituyente desde un elevado nivel de abstracción.

Cuanto más específicos sean los términos de la Constitución, más se reducirá la indeterminación interpretativa y por tanto el margen de discreción judicial. La abstracción del lenguaje es uno de los factores de la indeterminación. Si el lenguaje abstracto expresa conceptos valorativos, puede servir para canalizar debates entre personas que discrepan acerca de cuestiones valorativas, pero no permite fijar cuál es el criterio concreto que debe aceptarse para resolver la discrepancia y, por tanto, no permitiría resolver litigios en base a normas constitucionales caracterizadas por un alto nivel de abstracción.

Además, la abstracción aumenta el riesgo de que se produzcan colisiones entre diversas disposiciones constitucionales⁴⁸⁵. Normalmente, las disposiciones específicas

⁴⁸⁴ Luis PRIETO SANCHÍS (“Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, *cit.*, pág. 131) da un enfoque distinto a esta cuestión al afirmar que la presencia de normas sustantivas en la Constitución ha venido a imprimir una mayor determinación frente al legislador, pues por mucho que los principios y derechos suelen calificarse de vagos, inconcretos o porosos, lo cierto es que ofrecen pautas o estándares normativos allí donde antes sólo existía la discrecionalidad o el arbitrio político.

expresan reglas que han resuelto ya las colisiones entre principios más abstractos, estableciendo para determinado supuesto de hecho qué decisión hay que adoptar (por ejemplo, al establecer el art. 17 de la Constitución una detención máxima de 72 horas, ha ponderado la colisión entre la libertad personal y la eficacia de la investigación criminal). Como la distinción entre regla y principio, según opina FERRERES COMELLA⁴⁸⁶ es de grado, la posibilidad de restringir derechos reconocidos en disposiciones específicas no puede descartarse, pero cuanto más específica sea la disposición, mayor será su tendencia a ser tratada por la comunidad de intérpretes como expresión de una regla resistente a la ponderación y no como un principio abierto al juego de razones y contra-razones derivadas de otros principios.

Por lo expuesto, que una Constitución pueda ser considerada “de detalle”, que sus normas renuncien en lo posible a la abstracción y contengan regulaciones precisas y específicas, en las que el constituyente haya realizado ya la ponderación entre las colisiones entre principios y derechos, facilita la atribución a la misma de un carácter normativo y la aplicabilidad judicial directa de sus normas, concretamente las normas sobre derechos fundamentales.

Pero esto conlleva también problemas. Cuanto más específicas sean las normas constitucionales, mayor riesgo existe de que no sean exhaustivas y de que la Constitución se quede vieja (con el problema que ello conlleva dada la rigidez de los mecanismos de reforma constitucional, especialmente los relativos a su regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas), riesgo que va disminuyendo cuanto mayor sea el grado de abstracción o, al menos, si las normas constitucionales, junto a previsiones específicas, contienen una cláusula de cierre abstracta (por ejemplo, la contenida en el inciso final del art. 14 de la Constitución), que permite la apertura a nuevas dimensiones de libertad, igualdad y dignidad, evitando en lo posible, cuando se trata de normas sobre derechos fundamentales, que se produzca una inflación de tales derechos que trivialice su significado. Además, señala

⁴⁸⁵ Indica Luis PRIETO SANCHÍS (“Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, *cit.*, pág. 124) que “tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria”.

⁴⁸⁶ Víctor FERRERES COMELLA, “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, págs. 93 y siguientes.

Manuel ARAGÓN REYES⁴⁸⁷ “para cumplir su misión de ser la norma básica (y no sólo suprema) del ordenamiento (de un ordenamiento que abarca la casi totalidad de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales) la Constitución ha de albergar muchas cláusulas generales, en forma de principios y de valores. Estas características de la Constitución no son el resultado sólo de una determinada corriente actual del constitucionalismo sino de la consideración de la Constitución como norma jurídica suprema, con todas sus consecuencias, y entre ellas la muy relevante de que los derechos proclamados por la Constitución, los derechos fundamentales, son directamente aplicables sin necesidad de mediación legal”.

La Constitución española ha combinado en su parte dogmática algunos preceptos con bastante grado de especificidad (como el comentado art. 17.2) con una generalidad de preceptos con bastante grado de abstracción. Pese a ello, también estos preceptos han sido considerados por el Tribunal Constitucional como de carácter normativo y han sido aplicados, derivando de ellos numerosas consecuencias concretas no sólo para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes sino también para amparar derechos fundamentales. En este sentido, es significativa la observación que hace Tomás QUADRASALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO sobre cómo unas pocas palabras –derecho a la tutela judicial efectiva- han afectado a todo el sistema procesal, derivándose de ellas, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, numerosos reconocimientos de concretos derechos subjetivos para los ciudadanos.

C) LA REACCIÓN FRENTE A LA DEGRADACIÓN DE LA LEY

Otra línea que cuestiona de algún modo la normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución, y en concreto de la regulación de los derechos fundamentales en ella contenida, es la que pone el acento en lo que ha venido a llamarse la “crisis de la ley”. La Constitución “ha destruido de forma inmisericorde el concepto tradicional de ley, que había sido heredado, con mayor o menor coherencia, de la dogmática clásica”⁴⁸⁸. Se ha producido

⁴⁸⁷ “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, en *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1998*, Consejo General del Poder Judicial, 10/1998, págs. 301-324.

⁴⁸⁸ Luis María Díez-PICAZO, “Concepto de ley y tipos de leyes”, *cit.*, pág. 48.

su degradación frente a la vigencia normativa de la Constitución, una “tendencia, observable en nuestra cultura jurídica, a sobrevalorar la Constitución e infravalorar la ley”⁴⁸⁹ lo que, indudablemente, ha de ponerse en relación al fenómeno de “desvinculación” del juez respecto de la ley con apoyo, fundado o forzado, en la Constitución⁴⁹⁰.

Otto BACHOF⁴⁹¹ hace referencia al fenómeno de “desconfianza en la ley”. Afirma BACHOF que, frente a la situación existente en el liberalismo y el constitucionalismo primitivo, que tenían gran fe en la ley, que no desconfiaban del legislador sino del juez, “...!la relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente; Esto se ha marcado actualmente a través de un sentimiento muy generalizado de profundo malestar y, aún, de radical desconfianza”, haciendo referencia a “la impresión dominante, imprecisa, pero no por ello falsa, de que la ley, en otro tiempo escudo de la libertad y el Derecho, se ha convertido hoy precisamente en una amenaza para estos bienes”. Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN⁴⁹² hace también referencia al fenómeno de rechazo que en ocasiones la ley suscita y las formas de manifestación de este rechazo: la ley aparece como algo originariamente viciado, contrario a rectos principios. Las leyes que no nos gustan se tildan de inconstitucionales. Entiende que ello es reflejo de conductas adoptadas en el sistema preconstitucional, en el que se trataba de corregir o rectificar en lo posible la ley. Los principios generales del Derecho eran para ello un arma insustituible y a partir de una concepción iusnaturalista radical se ha podido sostener entre nosotros la rectificación de las normas legales por el valor superior de los principios del derecho. Es evidente que la justificación de esta postura ha desaparecido una vez instaurado un régimen democrático.

Como se vio anteriormente, Javier PÉREZ ROYO⁴⁹³ afirma que la Constitución ha roto el anterior sistema de fuentes. Históricamente, la Constitución pertenecía al mundo de la Política, no al del Derecho, como norma jurídica no jugaba ningún papel, la ley era soberana. En el concepto moderno, la Constitución se introduce en el ordenamiento jurídico, es norma

⁴⁸⁹ Manuel ARAGÓN REYES, “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 319.

⁴⁹⁰ Ver *infra* epígrafe X-B, “el riesgo del juez desvinculado”.

⁴⁹¹ “Jueces y Constitución”, *cit.*, pág. 48 y siguientes.

⁴⁹² “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 13.

⁴⁹³ “Las Fuentes del Derecho”, *cit.*, págs. 17 y 18.

jurídica aplicable a través de un sistema de garantías y de la justicia constitucional. Ello comporta una “reducción consiguiente de la ley”, que pasa a estar subordinada a la Constitución y controlada en su ajuste a la Constitución por el Tribunal Constitucional. “La ley, en un tiempo medida de todas las cosas en el terreno jurídico, cede así paso a la Constitución y ella misma deviene objeto de control desde una instancia superior que asegura la unidad del ordenamiento jurídico en el momento de su aplicación...”⁴⁹⁴. Así pues, la existencia de una Constitución normativa y de una justicia constitucional reviste una especial importancia, pues la ley deja de ser la fuente suprema de producción jurídica y el Parlamento el único sujeto competente para pronunciar la última palabra en todos los casos⁴⁹⁵.

En relación a este fenómeno de debilitación del papel de la ley, propiciado en buena parte por la normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución (y, en sus aspectos más problemáticos, por una concepción equivocada de tal normatividad y aplicabilidad directa)⁴⁹⁶, Francisco RUBIO LLORENTE⁴⁹⁷ hace referencia a la debilitación de la vinculación del juez a la ley, de tal modo que de la antigua vinculación positiva el juez a la ley se ha pasado a una simple vinculación negativa, de tal modo que el juez no puede decidir *contra legem*, pero puede negarse a decidir *secundum legem*. Por su parte, Ernst-Wolfgang BÖCKENFORDE⁴⁹⁸ entiende que el primado del problema/caso ante la norma y el sistema

⁴⁹⁴ Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, en la presentación del libro “La jurisdicción constitucional en España”, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 10.

⁴⁹⁵ Luis PRIETO SANCHÍS, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, *cit.*, pág. 118. Otra cuestión a considerar es hasta qué punto están relacionados la crisis de la ley con la crisis del Parlamento. Sobre ésta, Plácido FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, “¿Quedan Dioses en la Ciudad?: el Parlamento en su laberinto”, Editorial Almuzara, Colección pensamiento político Almuzara, Serie Cuadernos de autor, Córdoba, 2005.

⁴⁹⁶ Como se examinará más adelante (*infra* epígrafe X-B, “el riesgo del juez desvinculado”), la integración de España en las comunidades europeas y la consiguiente integración en el sistema de Derecho comunitario, con mecanismos “extravagantes” para los parámetros tradicionales de nuestro Derecho como son los de inaplicación por el juez de la ley nacional contraria a la norma comunitaria, aunque aquélla sea posterior a ésta (principio de primacía del Derecho comunitario, Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70 y del caso *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, entre otras), también ha incidido en este proceso de degradación del papel tradicional de la ley y de la vinculación del juez a la misma.

⁴⁹⁷ “La interpretación de la Constitución”, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 608,

⁴⁹⁸ “Los métodos de interpretación constitucional”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, *cit.*, pág. 23.

lleva a la degradación de la vigencia normativa de las leyes que son degradadas a la condición de puntos de vista relevantes para solucionar el problema.

Este fenómeno de degradación o reducción de la ley frente a la Constitución, de “crisis de la ley”, ley en sentido estricto, como norma estatal de carácter primario emanada del Parlamento es analizado por Luis DÍEZ-PICAZO⁴⁹⁹, para quien el fenómeno de “degradación de la ley” no se produce tanto en términos jurídico-formales (aunque de su exposición se desprende que a esta situación han coadyuvado determinadas reformas legales) como en términos de sociología del Derecho, relacionado con el fenómeno de la Constitución como norma jurídica directamente aplicable, y que da como resultado una ley “zarandeada”, con escasa dosis de *auctoritas*, lo que resulta paradójico desde el momento en que la ley debe aparecer revestida de una especial dignidad como consecuencia de su aprobación por el órgano del Estado que está en mejor posición institucional para expresar la voluntad popular, el Parlamento elegido democráticamente por sufragio universal⁵⁰⁰.

En línea con lo apuntado por BACHOF, entiende Luis DÍEZ-PICAZO que el concepto de ley tradicional, procedente de Estado jacobino, tiene un doble origen filosófico en LOCKE y ROUSSEAU: ley como garantía y medida de libertad civil, como expresión de voluntad general, primera de las fuentes del Derecho. El racionalismo parte de la existencia de una naturaleza humana que era posible conocer y reducir a leyes generales, y de una razón universal con capacidad de aprehender esa naturaleza y de formular las leyes generales que regían su funcionamiento. Ese concepto de ley universal, racional y única se manifiesta en el campo político como la expresión de la voluntad general de la sociedad democrática que se gobierna a sí misma y se corresponde con una función jurisdiccional tan automática como sea posible, pues cualquier función interpretativa del juez respecto de la ley significaría una desvirtuación de su objetividad y de su racionalidad, además de una vulneración del principio democrático⁵⁰¹. Como consecuencia de lo expuesto, en la Revolución Francesa, y en el nuevo Estado que de ella surge, la edificación de la nueva

⁴⁹⁹ “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 9 y siguientes.

⁵⁰⁰ En este sentido, Víctor FERRERES COMELLA, “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 36.

⁵⁰¹ Manuel GARCÍA PELAYO, “Derecho constitucional comparado”, Editorial Alianza, Madrid, 1999, pág. 34 y siguientes y 69 y siguientes.

justicia gira sobre la confianza absoluta en la ley, caracterizada por la nota de la omnipotencia, y la desconfianza hacia el juez⁵⁰².

Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE⁵⁰³ resalta el significado central que el concepto de ley tiene en la concepción originaria del Estado de Derecho. La ley es una regla general que surge con el asentimiento de la representación del pueblo en un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad, en la que están incluidos institucionalmente todos los principios esenciales para el Estado de Derecho. El asentimiento de la representación del pueblo garantiza el principio de libertad y la posición de sujeto del ciudadano, la generalidad de la ley impide injerencias en el ámbito de la libertad y de la sociedad más allá de sus limitaciones o delimitaciones de carácter general, válidas para todos por igual, y el procedimiento determinado por la discusión y la publicidad garantiza la medida de racionalidad que el contenido de la ley puede humanamente alcanzar.

Aparte de la característica de la “omnipotencia” de la ley desde el punto de vista jurídico (que hace referencia a su carácter incondicionado y carente de límites que vinculen al legislador), hay una soterrada creencia en la omnipotencia “real” de la ley: si se dictan leyes como es debido, la realidad social cambiará para ajustarse a ellas y será una realidad social ordenada. Si cambiamos las leyes cambiamos el mundo. Si somos capaces de hacer buenas leyes, somos capaces de crear un mundo mejor. El ideal era el de pocas leyes y claras⁵⁰⁴, para que todos pudieran conocerlas, lo que explica la regla de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley.

Una primera quiebra de esta visión de la ley propia del racionalismo es la asunción de que la ley no es normalmente expresión de la “voluntad general”, sino que, acorde con el principio de pluralismo político propio de las sociedades democráticas, la ley es por lo general expresión de la voluntad de la mayoría parlamentaria, y no busca un neutro “bien

⁵⁰² I. CREMADES y L. GUTIÉRREZ-MASON, en la introducción al “Discurso preliminar al Código Civil francés” de Jean-Etienne Marie PORTALIS, Civitas, Madrid, 1997, pág. 11.

⁵⁰³ “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Ed. Trotta, Madrid, 2000, pág. 23.

⁵⁰⁴ Jean-Etienne Marie PORTALIS (“Discurso preliminar al Código Civil francés”, *cit.*, pág. 38) pone una nota de realismo respecto de esta ensoñación: “¿Cuál es, por lo demás, la nación a la que la hayan bastado durante mucho tiempo leyes sencillas y de reducido número?”.

común”, sino que responde a determinados intereses y busca ciertos fines normalmente no compartidos por la totalidad de la sociedad. Por lo demás, la situación se deteriora cuando al Estado moderno se le piden más funciones de las que tradicionalmente tenía (asegurar el *fair play* de los agentes económicos) y debe asegurar el bienestar a los ciudadanos. Comienzan a surgir formas aberrantes de leyes, de las que son ejemplo las leyes de presupuestos, una especie de *totum revolutum*; las leyes que Luis DÍEZ-PICAZO, citando a GONZÁLEZ PALOMINO, denomina como leyes *ad pompam vel ostentationem*, que se dictan porque es de buen tono tenerlas, países “de nuestro entorno” las tienen, pero que se sabe de antemano que no van a ser cumplidas; las leyes tecnocráticas, en las que el Estado se traza un programa, pero es difícil encontrar un contenido normativo, son leyes de habilitación al Gobierno o para permitir posterior aparición de reglamentos, o las leyes de remisión a otras leyes, en las que el legislador dice al legislador (es decir, se dice a sí mismo) lo que tiene que hacer (v.g., art. 19.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Otra muestra de esta crisis de la ley en nuestro ordenamiento jurídico es, para Luis DÍEZ-PICAZO, la desaparición del viejo recurso de casación por infracción de ley en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil producida por la Ley de 6 de agosto de 1984. El recurso de casación creado por Revolución Francesa era un instrumento de defensa de la ley en sentido roussoniano y jacobino como expresión de la voluntad general que constituye el valladar de defensa de los derechos de los ciudadanos. La casación era un control de la legalidad, un sistema de defensa de la ley. El tribunal de casación genuino se ocupaba sólo de si la ley había sido o no aplicada y si lo había sido correctamente. Si había violación de la ley, la sentencia se anulaba y el asunto era remitido de nuevo al tribunal *a quo* para su correcta aplicación legal. Hay para DIEZ-PICAZO un cierto parecido entre la función que a principios del siglo XIX se asigna a los tribunales de casación y el que hoy se asigna a los tribunales constitucionales como tribunales de defensa de la Constitución: los derechos constitucionales han de haber sido previamente invocados y no plantearse cuestiones nuevas, la soberanía de los hechos es de los jueces *a quo*, etc. Hay algo que dice que la Constitución sustituye a la ley en el papel de fundación y defensa de los derechos del individuo. Así la innovación de la reforma de 1984 es clara. La idea de defensa de la ley y control de la legalidad se ha perdido por completo. Se prevé un recurso por “infracción del ordenamiento jurídico” o de la jurisprudencia. En el sistema de recursos que en la Ley 1/2000, de 7 de

enero, de Enjuiciamiento Civil, ha sustituido al recurso de casación tal como había quedado tras la reforma de 1984, el recurso extraordinario por infracción procesal puede fundarse, según el art. 469, en la infracción de “normas” sobre jurisdicción y competencia, de “normas procesales” reguladoras de la sentencia, de “normas legales” reguladoras del proceso o por “vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”, con lo que se reconoce de modo más explícito la posibilidad de interponer recurso por infracción procesal (que sustituye al antiguo recurso de casación por quebrantamiento de forma) en base a considerar vulnerada directamente la aplicación de la regulación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución; y el recurso de casación puede interponerse por la “infracción de las normas aplicables” (art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin especificar que se trate de normas legales y con expresa previsión de que “serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales... cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución” (art. 477.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y, lo que es fundamental, de acuerdo con el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, “en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”⁵⁰⁵.

Este fenómeno de crisis de la ley se acentúa, pues, por la atribución de eficacia normativa a la Constitución, por el reconocimiento de su eficacia directa, tesis que nuestro Tribunal Constitucional adoptó desde el primer momento, lo que es especialmente trascendente en lo que se refiere a su parte dogmática, y determina la necesidad de profundizar en el alcance jurídico que la Constitución tiene en el ordenamiento, más allá de función fundacional y de legitimación del mismo.

⁵⁰⁵ Como recuerda Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (“El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 205 y siguientes), con anterioridad a la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 el Tribunal Supremo ya incorporó al ámbito de casación la vulneración de derechos fundamentales, teniendo en cuenta la naturaleza de la Constitución como ley suprema o básica y la especial fuerza vinculante directa de los derechos fundamentales, no supeditada a intermediación legal alguna. Concretamente en materia penal, la vulneración de los preceptos constitucionales se encauzó a través de la infracción de ley (Sentencias de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 5 de abril y 2 de junio de 1983, 26 de mayo de 1984 y 2 de abril de 1985), declarando el Tribunal Supremo que “no hay supuesto más claro de infracción de ley que la vulneración de un derecho constitucional”.

Otra cuestión en la que Luis DÍEZ-PICAZO observa que se produce la degradación de la ley por una determinada concepción de normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución es en la del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad a la vista del contenido del art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme al cual “procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional”.

El art. 163 de la Constitución, regulador del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, fue desarrollado por el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Ante la controversia sobre si se exige una convicción del juez sobre la inconstitucionalidad de la ley, o una duda, el Tribunal Constitucional, en sus primeras sentencias, se inclinó por la “duda”: hay un interés general, constitucional, en la depuración del ordenamiento, sobre todo el preconstitucional. Pero el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial modifica este entendimiento del problema: la cuestión de inconstitucionalidad procede cuando la acomodación de la norma a la Constitución no es posible, *sensu contrario*, cuando es posible la acomodación no es posible la cuestión de inconstitucionalidad. Este punto de vista es, para DÍEZ-PICAZO, erróneo. No hay relación entre planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y posibilidad de acomodación. El art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial puede modificar el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero no el art. 163 de la Constitución.

Chirrían los esquemas al pensar en una “acomodación en vía interpretativa”. El art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma que las leyes se interpretan según los preceptos y principios constitucionales, luego no tiene sentido repetir la misma idea en art. 5.3: la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional no se lleva a cabo por vía interpretativa en sentido estricto (búsqueda y determinación del sentido y significación) sino por una interpretación considerada en un sentido mucho más amplio. Critica DIEZ-PICAZO las posibilidades que derivan de este precepto (que, por otra parte, responde a la línea mantenida por el Tribunal Constitucional⁵⁰⁶, v.g., STC 103/1990, de 4 de junio, fj. 2º, STC

⁵⁰⁶ En los últimos tiempos también otros Tribunales Constitucionales, como es el caso del italiano, se han inclinado por esta postura, llegando a declarar inadmisibles cuestiones de constitucionalidad planteadas por el juez ordinario sin que se haya planteado la posibilidad de adoptar una “interpretación adecuadora” de la disposición legislativa impugnada (cfr. Alessandro PIZZORUSSO, “La posición constitucional del Tribunal

167/1991, de 19 de julio, ff. 3º): una actuación *contra legem* es gravemente subversiva, si una ley es inconstitucional que caiga por su inconstitucionalidad y que la haga caer quien puede hacerlo (el Tribunal Constitucional), pero introducir manipulaciones en las leyes vigentes por mucho que se pretenda acomodarlas es grave.

Todo lo anterior, junto con la posibilidad de interponer el recurso de casación por infracción de un precepto constitucional (art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de modo que el “precepto constitucional” ocupa el mismo lugar que el “precepto legal”, son indicadores claros, según DÍEZ-PICAZO, de determinado modo de entender la normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución que ha supuesto una extensión desorbitada de la técnica de aplicación directa de la Constitución y ha provocado una grave degradación de la ley frente a la Constitución, una pérdida del hilo conductor de las relaciones entre Constitución, ley y juez y una potenciación extraordinaria del Derecho judicial.

Frente a estas consecuencias perniciosas de los excesos en la aplicación directa de la Constitución, Luis DÍEZ-PICAZO apuesta por una revaluación de la ley, acompañada de la necesaria mejora de la calidad técnica de las leyes, por una buena dosis de escepticismo y una tendencia restrictiva de la aplicación directa de la Constitución, no perdiendo nunca el hilo de la intermediación de la ley y por abandonar la tentación de un Derecho judicial dando un nuevo énfasis al mandato del art. 1.7 del Código Civil de resolver los asuntos atendiendo al sistema de fuentes establecido⁵⁰⁷.

También Manuel ARAGÓN REYES⁵⁰⁸ se pronuncia de modo vehemente sobre la “necesidad de revalorar el papel de la ley”. Afirma este autor que la ley no es ya la norma primaria del Derecho, que lo es la Constitución, pero debe seguir siendo la norma primordial

Supremo”, *cit.*, pág. 37).

⁵⁰⁷ Respecto del sistema de fuentes y la vinculación que de este sistema ha resultado tradicionalmente para el juez con respecto a la ley, Luis LÓPEZ GUERRA pone de relieve también la quiebra que actualmente se produce en este esquema tradicional, al afirmar (“Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, en la obra *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, ed. Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, Tirant lo Blanch-Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén, Valencia, 1997, pág. 44) que “está claro que nuestro sistema de fuentes se basa en la sujeción del juez sometido únicamente, se dice, al imperio de la ley, pero el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial viene a decir que el juez está también sometido a la interpretación de las normas constitucionales que resulte de las sentencias de las resoluciones (sic) del Tribunal Constitucional”.

⁵⁰⁸ “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 316.

del ordenamiento, de manera que por debajo de la Constitución corresponde esencialmente a la ley (y no a los jueces) el desarrollo de las reglas y principios constitucionales. Frente a la afirmación de que en materia de derechos fundamentales la mejor ley es la que no existe, y frente a la formulación, más inteligente, de ZAGREBELSKY, de que es preferible que sea el juez y no el legislador el que "concretice" los derechos fundamentales, es preciso sostener, afirma ARAGÓN REYES, que corresponde "constitucionalmente" al legislador desarrollar (concretar) los derechos fundamentales y, en ese sentido que la reserva de ley en la materia (art. 53.1 de la Constitución) tiene no sólo el sentido de una obligación impuesta al legislador, sino también el significado positivo de una garantía para la plenitud de los derechos.

Es la ley (y no los jueces) la que puede facilitar un disfrute "general", esto es, igual para todos, de los derechos fundamentales, la que puede garantizar una mayor eficacia de los derechos clásicos de libertad (ya se comentó antes que litigar es, en expresión del voto concurrente del Juez SACHS, del Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en la sentencia del caso *Du Plessis v. De Klerk*, "una forma pesada, cara y lenta" de fijar la eficacia de los derechos fundamentales en cada tipo de relación jurídica), la que puede dotar de eficacia frente a terceros a los derechos constitucionales y la que ha de intermediar, necesariamente, en los derechos prestacionales para que éstos puedan, simplemente, adquirir el nombre de tales, es decir, de facultades de exigir y obtener jurídicamente respaldadas por obligaciones públicas legalmente establecidas.

Sin Constitución no hay poder democrático, pero sin ley es muy difícil que haya Estado de Derecho. Los juristas (incluidos, claro está, los jueces) deben tener muy presente que convertir todo el Derecho en un Derecho de "principios", transformar toda la justicia en "justicia constitucional", poner al Derecho (y no sólo a la Constitución) por encima de la ley, interpretar las normas anteponiendo criterios morales, sociológicos o económicos a los criterios estrictamente jurídicos e incluso a veces a los mismos enunciados gramaticales de los propios textos normativos puede significar "promover" la juridicidad... para removerla, concluye ARAGÓN REYES.

Esta “reivindicación” del papel de la ley ha de relacionarse con el significado del principio de legalidad formulado con carácter general por el art. 9.3 de la Constitución. Como afirma Luis María DÍEZ-PICAZO⁵⁰⁹, dicho principio no puede significar tan sólo la sujeción normativa de los poderes públicos, la prohibición de funcionamiento arbitrario de la Administración y el Poder Judicial, porque entonces constituiría una simple reiteración retórica de lo establecido en artículos como el 103.1, el 117.1 e incluso el 9.1 de la Constitución. Para este autor, este principio sólo puede significar que la producción normativa, la creación del Derecho, la construcción del ordenamiento están encomendadas (o al menos, a la vista de la pluralidad de fuentes del Derecho posibles conforme al art. 1 del Código Civil, lo están de modo principal) a la ley o, en general, a normas escritas, es decir, producidas por poderes públicos democráticamente constituidos y responsables, como único modo, por lo demás, de garantizar la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), entendida en su acepción primaria de cognoscibilidad de las normas. Lo que trae como consecuencia que la Constitución española consagra, en virtud de su propio entendimiento del Estado democrático de Derecho, un ordenamiento de signo legalista, no uno basado primariamente en normas consuetudinarias o en precedentes judiciales, que serán, a lo sumo, fuentes subsidiarias y en todo caso sometidas al principio de legalidad. La innovación del ordenamiento no incumbe prioritariamente a los jueces ni a las diversas fuerzas sociales, sino que debe llevarse a cabo mediante decisiones consciente y responsablemente normativas, de las que sólo son capaces *ex definitione* los órganos de extracción política. La dirección política de la comunidad consiste, pues, ante todo, en tomar opciones que se plasmen necesariamente en normas jurídicas. Se trataría de leyes que tienen como cometido la resolución de las cuestiones que afectan verdaderamente a todos los ciudadanos, fijando cuál sea el interés general en cada sector concreto, mas tendiendo a que sus decisiones sean verdadera ordenación –sirvan para construir un “ordenamiento” digno de tal nombre- y no se agoten en simples medidas puntuales o coyunturales. Es lo que la doctrina alemana ha bautizado como “reserva de Parlamento”, consecuencia directa del Estado democrático de Derecho. En esta revalorización del concepto de ley, ésta ya no puede ser desnuda *voluntas*, sino que ha de ser *ratio*.

⁵⁰⁹ “Concepto de ley y tipos de leyes”, *cit.*, pág. 84 y siguientes.

D) REFORZAMIENTO DE LA IMPORTANCIA DEL DESARROLLO LEGISLATIVO EN DETRIMENTO DE LA APLICABILIDAD DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN

Al hilo de estas afirmaciones de Manuel ARAGÓN REYES, otra de las líneas que tiende a relativizar en grado sumo el valor normativo de la Constitución, y en concreto de su parte dogmática, al menos en su aspecto de aplicabilidad directa, es la que tiende a reforzar el papel del legislador en el desarrollo de los derechos fundamentales regulados en la Constitución y a negar en la práctica la posibilidad de aplicación judicial de las normas de derechos fundamentales si no existe una mediación legislativa, lo que, como es fácil observar, entronca directamente con las críticas a la normatividad de la Constitución y con la reacción frente a la degradación de la ley.

Afirma al respecto Manuel MEDINA GUERRERO⁵¹⁰: “que la Constitución es una norma peculiar en cuanto se halla integrada por preceptos abiertos e incompletos es cosa bien conocida que no precisa de mayor aclaración. Lo que sucede es que las características que hacen de la Constitución una norma flexible se aprecian con mayor intensidad en las disposiciones que consagran los derechos fundamentales, de tal modo que es muy difícil determinar cuál es la voluntad objetiva de la norma, pues de ésta no es dable inferir con claridad ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas. Por ello, por más que se predique la eficacia directa e inmediata de derechos fundamentales, puede considerarse poco menos que imprescindible la intervención del legislador para lograr plenamente el despliegue de su eficacia”.

Víctor FERRERES COMELLA⁵¹¹ entiende que la mayoría de las disposiciones del texto constitucional presentan un mayor grado de indeterminación que la mayoría de las normas infraconstitucionales (o al menos una indeterminación característica), debido en buena parte a su ambigüedad y vaguedad y, sobre todo, en lo que se refiere a los preceptos reguladores de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la inclusión de “conceptos esencialmente controvertidos” (que expresan un criterio normativo, pero

⁵¹⁰ “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 23 y siguientes.

⁵¹¹ “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.* pág. 19 y siguientes.

personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio), que garantizan que en la sociedad tendrán lugar determinados debates (aunque también facilita que la acusación de inconstitucionalidad se convierta en un arma de uso constante en la lucha política e incluso jurídica⁵¹²), y por la colisión entre disposiciones, como es el caso típico de las que protegen los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 de la Constitución) y las libertades de expresión o información (art. 20 de la Constitución). Por tanto, tendría que ser la ley, resultado del debate producido en el órgano que encarna de manera más clara la soberanía popular, la que determinara el contenido específico de los “conceptos esencialmente controvertidos” utilizados por el constituyente en las normas sobre derechos fundamentales y resolviera la colisión entre las disposiciones constitucionales que protegen diferentes bienes iusfundamentales. Ello entroncaría además con la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales que contiene el art. 53.1 de la Constitución.

Además, derivado del problema de la “inconmensurabilidad de los valores”, de su imposibilidad de ser reducidos a una medida común, la parte dogmática de la Constitución recoge valores de diversa índole, entre los cuales es inevitable que se produzcan tensiones, reflejo de las divisiones de opinión política en el seno de la sociedad. Como recuerda María Luisa BALAGUER CALLEJÓN⁵¹³, la Constitución es el resultado de un pacto entre diferentes opciones políticas que transigen en fórmulas de dudosa claridad, a veces incluso gramatical, en pro de la misma transacción política, lo que dificulta inevitablemente la interpretación. En algunos de estos casos, la Constitución remite la decisión de estas tensiones a un momento político post-constitucional, lo que Carl SCHMITT⁵¹⁴ denominó “compromisos de fórmula dilatoria”, mediante los que se acuerda aplazar provisionalmente una decisión controvertida. En estos supuestos, parece más acorde con el sistema democrático que la decisión de esta controversia se realice por el legislador democrático, es decir, por la ley, y no por el juez.

⁵¹² Luis María DÍEZ-PICAZO, “Concepto de ley y tipos de leyes”, *cit.*, pág. 53.

⁵¹³ “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria”, Civitas, Madrid, 1990, pág. 60.

⁵¹⁴ “Teoría de la Constitución”, *cit.*, pág. 54 y siguientes. En la Constitución española, uno de los ejemplos más claros de compromiso de fórmula dilatoria es el art. 9.2, que incorpora lo que en la Constitución italiana se denominó la cláusula “Lelio Basso”, ver *infra* epígrafe VII-A, “la base textual”.

En este carácter abierto e inconcreto de muchas de las normas que integran la parte dogmática de la Constitución ha insistido buena parte de la doctrina, sobre todo cuando se plantea su eficacia en las relaciones entre particulares. De aceptar sin matizaciones la postura de algunos de estos autores, se llegaría a un resultado que, en mi opinión, acoge parámetros propios de la Constitución de Weimar, en el sentido de hacer una remisión al legislador del desarrollo de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares que los convierte, en este campo, en una mera encarnación del principio de legalidad. Por tanto, en las relaciones entre particulares no vincularían directamente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino las leyes que los desarrollan y, por tanto, sólo tendrían eficacia cuando una ley los haya desarrollado y en los términos en que haya tenido lugar tal desarrollo.

La tesis sostenida sobre este particular por Javier JIMÉNEZ CAMPO es un claro exponente de lo anteriormente dicho. Afirma que el reconocimiento de la fragmentariedad de la Constitución excluye apelaciones indiscriminadas a normas que enuncian bienes o intereses que han merecido la tutela constitucional. El carácter fragmentario de la Constitución está al servicio de libertad conformadora del legislador y la ausencia de norma legal no será razón bastante para la delimitación judicial de derechos fundamentales con arreglo a bienes o intereses que carecen, en su mención constitucional, de la más mínima concreción. Esto está claro en los casos de remisión expresa por la Constitución a la ley para la precisión de lo que ha de ser garantizado (art. 16.1 o 33.2 de la Constitución). Pero la remisión a la necesaria delimitación legislativa está implícita cuando el modo de enunciar el bien o interés protegido hace imposible, por su grado de indeterminación, todo control racional sobre su empleo por el juez como criterio delimitador del ámbito de los derechos. Ejemplos de lo expuesto serían las exigencias economía nacional que limitan la libertad de empresa del arts. 38 de la Constitución, art. 20.1.c, libertad de cátedra en relación a los principios democráticos de convivencia que exige el art. 27.2, la libertad expresión e información limitada por “protección de la juventud y de la infancia” del art. 20.4. No es posible la delimitación judicial del ámbito de los derechos fundamentales. La Constitución reclama la delimitación legislativa de los respectivos derechos con arreglo a los bienes que

enuncia; considerar prescindible tal mediación legal supone tanto como dejar el derecho a merced del arbitrio judicial⁵¹⁵.

Frente a lo mantenido por buena parte de la doctrina académica y por el propio Tribunal Constitucional⁵¹⁶, que manejan la idea de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas como rasgos distintivos de los derechos fundamentales respecto a otro tipo de enunciados (normas programáticas, mandatos al legislador, etc.) de la Constitución, JIMÉNEZ CAMPO sostiene que es dudoso que con esta idea –de sencillez sólo aparente- se esté apuntando a algo distinto de la plena vinculación del legislador al derecho fundamental. La aplicabilidad “inmediata” de un derecho fundamental no puede significar autosuficiencia o plenitud para alcanzar su propia eficacia, sino preexistencia del derecho mismo a la intervención, casi sin excepción inexcusable, del legislador. Niega que la “justiciabilidad” sea un criterio de distinción entre los derechos “fundamentales” (para JIMÉNEZ CAMPO, los del Capítulo II del Título I) y los que denomina derechos “prometidos” (los principios rectores del Capítulo III del Título I). Éstos son también alegables ante la jurisdicción una vez adoptadas las leyes que los desarrollen, que con toda frecuencia son también necesarias para la plena eficacia de los derechos del Capítulo II, por lo que no es rasgo distintivo del derecho fundamental su inmediata posibilidad de realización judicial al margen y con independencia de cualquier mediación legal. Aplicabilidad directa de los derechos fundamentales significa que el derecho, preexistente a la ley, no podrá ser desfigurado por ésta sin incurrir en inconstitucionalidad (conculcación del contenido esencial, art. 53.1º de la Constitución, que implica que el derecho es anterior al momento de la intervención legislativa).

Según este autor, la vinculación directa que impone el art. 53.1 de la Constitución vale sólo frente a los poderes públicos y en las relaciones jurídico-públicas de sujeción general (porque, entiende, en las relaciones de sujeción especial corresponde al legislador un poder de configuración que los convierte, a todos, en derechos de configuración legal, lo que también ocurre con los derechos de que son titulares los extranjeros). En estas relaciones, no en otras, se inserta de modo directo el derecho fundamental, del que nace así una

⁵¹⁵ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 57 y siguientes.

⁵¹⁶ “Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo “ (STC 39/1983, fj. 3º; también : SSTC 21/1981, fj 17, 15/1982, fj 8º, 16/1982, fj 1º, y 31/1994, fj 7º).

vinculación, igualmente directa, entre el individuo y el Estado. Ello es compatible con la irradiación de tales derechos más allá de ese ámbito o relación, lo que supone un deber constitucional del legislador. Aunque los derechos fundamentales deben tener y tienen vigencia en el seno de las relaciones jurídico-privadas, y al legislador le corresponde asegurarlo y al juez, ordinario y constitucional, garantizar la eficacia de la vigencia (STC 88/1985, de 19 de julio, f.º 2º), niega que la proyección del derecho fundamental en el seno de las relaciones entre particulares sea “directa”, derivada sin mediación legal de un precepto (art. 53.1 de la Constitución) que se dirige sólo al poder público. Frente a la libertad de la persona, solitaria o en grupo, el principio de constitucionalidad vincula sólo a través del no abolido principio de legalidad (art. 9.1 y 3 de la Constitución). La indeterminación o abstracción inherentes a la norma constitucional conduciría a la supresión, si así no fuera, de la libertad del sujeto, cuyo estatus quedaría en un todo a merced de los jueces.

La exposición de Javier JIMÉNEZ CAMPO es muy interesante, en lo que a la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente en las relaciones entre particulares se refiere, porque pone de relieve varios aspectos que se repiten a menudo en los trabajos sobre este tema: la vinculación directa de los derechos fundamentales en base a la Constitución se da solamente frente a los poderes públicos (y no en todo tipo de relaciones, sólo en las de sujeción general), el principio de libertad recogido en la Constitución supone que el principio de constitucionalidad (y con él se está designando a la regulación constitucional de los derechos fundamentales) sólo rija en las relaciones entre particulares a través del principio de legalidad, es decir, siempre que y sólo en la medida en que hayan sido desarrollados por la ley, puesto que lo contrario supondría la supresión de la libertad de los particulares, que quedaría a merced de [la arbitrariedad de] los jueces.

Por utilizar términos con resonancias *weimarianas*, los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares quedan convertidos en meros “giros en el vacío” a los que sólo el legislador da contenido.

Como vemos, las expresadas preocupaciones que genera la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser directamente aplicados en las relaciones entre particulares son recurrentes, como también lo son los argumentos de Derecho positivo que se

utilizan para rebatir dicha posibilidad (y que en gran parte se centran en la previsión de vinculación a los derechos fundamentales sólo de los poderes públicos en el art. 53.1 de la Constitución). Ello debe llevar a preocuparse de estas cuestiones que generan recelos generalizados en la doctrina y a examinar los argumentos jurídicos en que se basa dicha oposición.

CAPÍTULO VII

LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Para intentar sacar alguna conclusión sobre si, en nuestro ordenamiento jurídico, puede mantenerse que los derechos fundamentales son eficaces en las relaciones entre particulares debe analizarse, en primer lugar, la regulación contenida en la Constitución española de 1978.

A) LA BASE TEXTUAL

Hay ordenamientos jurídicos en los que la eficacia en las relaciones jurídico-privadas de los derechos fundamentales y libertades públicas viene explicitada de forma clara en el propio texto constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución portuguesa, cuyo art. 18.1º declara que “los preceptos relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas”.

Pero esta base textual clara (que no evita la controversia existente en la doctrina portuguesa sobre el alcance de la misma, al igual que tampoco la redacción del artículo 8 de la Constitución de Sudáfrica ha evitado controversias en el seno de la doctrina de ese país, como se vio antes⁵¹⁷) no es tan usual en otros ordenamientos.

En el caso español, los preceptos constitucionales que suelen invocarse para afirmar la eficacia de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares suelen ser la cláusula social del Estado de derecho del art. 1.1, la afirmación de sujeción a la

⁵¹⁷ *Supra* epígrafe V-D, “Sudáfrica”.

Constitución no sólo de los poderes públicos sino también de los ciudadanos del art. 9.1, el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas del art. 9.2 y la declaración de que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden público y de la paz social del art. 10.1. Asimismo suelen invocarse concretos preceptos relativos a derechos fundamentales, habida cuenta de que la naturaleza de algunos de ellos los hace aptos para regir prácticamente en exclusiva en relaciones entre particulares (tal es el caso, por ejemplo, de los derechos de la personalidad del art. 18.1 de la Constitución)

En este sentido, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ⁵¹⁸ afirma que el artículo 1-1 no restringe los valores superiores al ámbito del Derecho público, sino que se propugnan para todo el ordenamiento jurídico y, por tanto, los derechos que arrancan y derivan de tales valores han de propugnarse igualmente para todo el ordenamiento. “El artículo 9-1 -afirma PECES-BARBA-, a diferencia del modelo alemán, establece claramente que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Las normas de derechos fundamentales están reguladas en el Título I de la Constitución y por consiguiente obligan a los ciudadanos, término que debe ser interpretado como incluyendo igualmente a los particulares no ciudadanos. El artículo 10-1 se refiere a los derechos que son inherentes a la dignidad de la persona como fundamento del «orden político y de la paz social», y eso dicho con otras palabras es situarlos como informadores de las relaciones sociales entre las que se encuentran, por supuesto, las relaciones entre los particulares”.

También Teresa FREIXES SANJUÁN⁵¹⁹ y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO⁵²⁰ ven en el art. 9.1 de la Constitución una base textual para afirmar esa vigencia en las

⁵¹⁸ “Curso de Derechos fundamentales. Teoría general”, *cit.*, pág. 628.

⁵¹⁹ “Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978”, *cit.*, pág.113.

⁵²⁰ “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 39, 1993, pág. 218.

relaciones entre particulares de los derechos fundamentales, afirmando que sujeta a los particulares a la Constitución y por ello mismo a los derechos fundamentales.

Respecto del art. 9.2 de la Constitución, el mismo es fiel trasunto de la cláusula “Lelio Basso” de art. 3.2 de la Constitución italiana, que establece: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. Sobre dicho precepto, CALAMANDREI⁵²¹ hizo la siguiente aguda observación: “per compensare le forze di sinistra della rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella costituzione una rivoluzione promessa”. Hay autores que han visto en este precepto constitucional la base para afirmar la vigencia de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares en nuestro ordenamiento jurídico. Para Antonio-Luis MARTÍNEZ PUJALTE⁵²², estando la operatividad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares explícitamente afirmada en preceptos de la Constitución como el 9.1 y el 10.1, “se infiere sobre todo del principio del Estado social y de su proyección en el campo de los derechos fundamentales, subrayada especialmente por el art. 9.2 de la Constitución”. Entiende que exigir que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas supone reclamar que sean respetadas no sólo por el Estado, sino también por los restantes ciudadanos; por ello, el mandato a los poderes públicos se expresa en términos de notable amplitud (“promover las condiciones”), por lo que no puede reducirse al mero respeto de la libertad y la igualdad por los propios poderes públicos, sino que reclama la creación de condiciones jurídicas, sociales y económicas que hagan posible el pleno ejercicio de los derechos fundamentales por los ciudadanos, y lo mismo puede afirmarse respecto al mandato de “remover los obstáculos” del segundo inciso. Por tanto, concluye, el art. 9.2 es el fundamento general de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento.

⁵²¹ “Introduzione storica sulla Costituzione”, en *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, P. CALAMANDREI y A. LEVI, vol. 1, Barbera, Firenze, 1960, pág. CXXXV, citado por Francisco FERNÁNDEZ SEGADO en “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *cit.*, pág. 203.

⁵²² “El art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 40, 1997, pág. 114 y siguientes.

Esta base textual parece ciertamente escueta y susceptible de diversas interpretaciones. Y existen argumentos que sirven a otros autores para afirmar justamente lo contrario.

Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO⁵²³ afirman que no hay en nuestra Constitución una base textual que permita afirmar que proclama la eficacia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales. Hay fragmentos de enunciados constitucionales, como los citados de los arts. 1.1, 9.1 y 10.1, con los que puede intentarse justificar la *Drittwirkung*, sobre todo, afirman con cierta ironía, si se considera a la Constitución “progresista”, “promotora o fautora del cambio social” o “socialmente democratizadora”, pero ello se debe a que el texto constitucional es copioso e hijo de muchos padres, todos los cuales reconocen sus rasgos allí precisamente donde su vástago los tiene menos acusados.

Jesús ALFARO AGUILA-REAL⁵²⁴, avanza un paso más en la postura que niega la base textual de la *Drittwirkung* en la Constitución española, y así afirma que “aun cuando ha de admitirse que no proporcionan datos concluyentes, los preceptos constitucionales relativos a los derechos y sus garantías permiten deducir, en efecto, que los destinatarios de tales normas son sólo los poderes públicos. Así, el art. 53.1 C.E. sólo declara expresamente vinculados por los derechos fundamentales a *los poderes públicos*. Una declaración semejante no se contiene en relación con los particulares. Es cierto que el art. 9.1 C.E. afirma la sujeción a la Constitución de poderes públicos y particulares, pero a nuestro juicio, tal precepto se limita a recordar el sometimiento de poderes públicos y particulares *al Derecho* y no permite en modo alguno identificar el término «sujeción» con el de «vinculatoriedad» del art. 53 C.E. Si esta equiparación fuera correcta, sería incomprensible que el constituyente repitiera la vinculación de los poderes públicos en el art. 53 C.E., donde ya los particulares no aparecen y que, junto a la Constitución, aparezca el resto del ordenamiento jurídico en el art. 9.1 C.E. Esta interpretación resulta reforzada por el hecho de que en el art. 53.1 C.E. aparezca la reserva de ley como límite a la regulación de los derechos fundamentales”.

⁵²³ “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 48.

⁵²⁴ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 60 y 61.

También Javier JIMÉNEZ CAMPO⁵²⁵ utiliza el argumento del art. 53.1 de la Constitución para negar que en la misma se otorgue eficacia horizontal a los derechos fundamentales. La vinculación que impone el art. 53.1 es sólo sobre los “poderes públicos” y esto no significa de principio otra cosa sino que los derechos allí garantizados no podrán “invocarse lícitamente para romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas” (STC 6/1988, 21 de enero, f.º 6). Lo que este precepto hace explícito es que en nuestro ordenamiento los derechos fundamentales son, ante todo, derechos frente al Estado (STC 5/1981, de 13 de febrero, f.º 9º) o frente al poder (STC 197/1988, de 24 de octubre, f.º 4º), afirmación que está no sólo en la Historia, sino en el sentido mismo de lo que es y para lo que sirve una Constitución. La Constitución española parte de un “principio general de libertad” (arts. 1.1 y 10.1 de la Constitución) que ha sido reconocido por la jurisprudencia (SSTC 83/1984, de 24 de julio, f.º 3º, 89/1987, de 3 de junio, f.º 2º, 113/1994, de 14 de abril, f.º 11 y 107/1996, de 12 de junio, f.º 9º⁵²⁶) y que impone que lo que cabe llamar principio de constitucionalidad vale sólo –de modo directo– para el poder público.

Javier BALLARÍN IRIBARREN⁵²⁷ invierte los términos de la afirmación de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO: lo que no hay en nuestro Derecho es una base textual para afirmar, con carácter general, que los derechos fundamentales se tienen sólo frente a los poderes públicos. Y hace hincapié en la diferencia existente entre el art. 53.2 de la Constitución, que no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los poderes públicos, y el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que sí contiene esa limitación. Asimismo, con cita de la STC 18/1984, de 7 de febrero, pone de relieve cómo el legislador (y, como llama la atención buena parte de la doctrina, se trata del mismo legislador que elaboró la Constitución), en la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, no limita su protección a las lesiones dimanantes de actos de los poderes públicos, como evidencia de la falta de acogida en la Constitución española de

⁵²⁵ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 34 y siguientes.

⁵²⁶ La cita de la 93/1984, f.º 8º que hace JIMÉNEZ CAMPO es incorrecta, pues ni trata de esa cuestión, ni siquiera tiene un fundamento jurídico 8º.

⁵²⁷ Recensión del libro de Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *cit.*, págs. 289 y siguientes.

aquella tesis partidaria de limitar la vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones con el poder público. Dicha ley establece una vía procesal civil de protección de los derechos fundamentales, que necesariamente ha de ser frente a violaciones procedentes de particulares, lo que se vería confirmado posteriormente por una norma sustantiva de protección de los derechos fundamentales al honor, la intimidad y la propia imagen, frente a su lesión por los particulares, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Y establece también una vía procesal penal de protección frente a los delitos y faltas cometidos contra los derechos fundamentales de la persona, no limitada por razón de los sujetos activos, lo que se vería también confirmado por el hecho de que posteriormente, por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, el Código Penal tipificara conductas atentatorias contra esos derechos, sin configurarlas como *delicta propria*.

Para BALLARÍN IRIBARREN, el Tribunal Constitucional, en la aludida STC 18/1984, de 7 de febrero, atribuye a la Ley 62/1978 el significado exacto que tiene respecto de nuestro problema: el mantener el carácter abierto del problema de la *Drittwirkung* que se deduce del art. 53.2 de la Constitución. Dicha ley no establece una tesis general favorable a la *Drittwirkung*, pero impide la acogida de una tesis general contraria; mantiene, en el plano legislativo, la misma situación que existe en el plano de la Constitución.

El argumento, antes visto, que utiliza el texto del art. 53.1 de la Constitución para afirmar que el sistema de derechos fundamentales establecido por la Constitución es contrario al reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es también rebatido por varios autores.

Rafael NARANJO DE LA CRUZ⁵²⁸ critica esta tesis, afirmando que el art. 53.1 de la Constitución no contiene una definición de los destinatarios de los derechos fundamentales, y que, como se deduce del epígrafe en el que se inserta (Capítulo IV, “De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”), lo que busca es destacar la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales como una de las más importantes garantías de la eficacia de los mismos.

⁵²⁸ “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, *cit.*, pág. 203.

En este último extremo abunda Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ⁵²⁹: “La declaración del artículo 53-1, situada en el Capítulo IV del Título Primero, que se denomina «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales» debe ser objeto de una interpretación sistemática con todas las normas anteriormente reseñadas y no es correcto equipararle con el 19-4 de la Ley Fundamental de Bonn. Su situación en el Capítulo IV, lleva a la conclusión de que establece un deber de garantía de los derechos que corresponde a los poderes públicos, para facilitar la eficacia de los mismos, pero que no impone, ni mucho menos, excluir la validez de las normas de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

En este análisis de la regulación del sistema de derechos fundamentales en la parte dogmática de nuestra Constitución, otro extremo que puede resultar relevante es el relativo a la naturaleza de los derechos que se integran en el Capítulo II del Título I de la Constitución. Afirma Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ⁵³⁰ que “si acudimos ahora al tenor de las normas que regulan derechos y analizamos el ámbito central de su validez, de acuerdo con el sentido común y con el análisis de la práctica jurídica, llegaremos a la conclusión de que muchos son derechos pensados, también e incluso principalmente para las relaciones entre particulares”.

De la misma opinión es Javier BALLARÍN IRIBARREN⁵³¹, para quien “la ampliación del catálogo de derechos y libertades lleva aparejado el ingreso en la categoría de algunos de los que antes se denominaban derechos de la personalidad, cuyo carácter *erga omnes* era pacíficamente admitido (como por ejemplo, el derecho al honor). Finalmente, están los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que nacen desde el comienzo, sin lugar a dudas, como derechos frente a los particulares (y frente al Estado). No cabe, por consiguiente, hablar de la eficacia limitada de los derechos fundamentales como característica general de ellos, como predicado de la categoría en su conjunto”.

⁵²⁹ Curso de derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 628.

⁵³⁰ *Op. cit.*, pág. 629

⁵³¹ Recensión del libro de Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *cit.*, pág. 288.

B) LA OPCIÓN INTERPRETATIVA

Personalmente, entiendo que, en la Constitución española, la base textual no es terminante ni para afirmar ni para negar la posibilidad de eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. En buena medida se trata de una cuestión de opción interpretativa, en la que indudablemente entran en juego elementos ideológicos, aunque los mismos puedan encubrirse bajo ciertos tecnicismos. En relación a este extremo, afirma Konrad HESSE⁵³² que “finalmente resulta de fundamental importancia para la preservación y la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución la *interpretación constitucional*. Esta se encuentra sometida al mandato de la realización óptima de la norma. Que dicho mandato no pueda ser cumplido con los medios de la subsunción lógica o de la construcción conceptual es algo que se comprende por sí mismo. Si el Derecho, y en especial el Derecho constitucional, ve condicionada su eficacia con las concretas relaciones sociales, la interpretación no podrá entonces ignorarlas. Tendrá que apreciar estos condicionamientos y ponerlos en relación con el contenido normativo del precepto constitucional. La interpretación correcta será aquella que, bajo las condiciones concretas de la situación dada, realice de forma óptima el *sentido* de la regulación normativa... En resumen: la constitución jurídica viene condicionada por la realidad histórica. La Constitución no puede ignorar las circunstancias concretas de una época, de forma que su pretensión de vigencia sólo puede realizarse cuando toma en cuenta dichas circunstancias”.

Pues bien, si se atribuye, como hace la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, una normatividad y aplicabilidad directa a nuestra Constitución, se entiende que los derechos fundamentales no son principios programáticos sino derechos directamente aplicables y tutelables judicialmente, que atribuyen un determinado estatus de libertad, igualdad y dignidad no solamente frente al poder público, sino con eficacia multidireccional, y se parte de la idea, hoy incuestionable, de unidad del ordenamiento jurídico, es difícil mantener que las relaciones jurídico-privadas sean guetos impermeables a los derechos fundamentales regulados en la Constitución.

⁵³² “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 74-75

Asimismo, existen una serie de argumentos derivados del propio texto constitucional que apoyan de un modo razonable la tesis de que los derechos fundamentales son también eficaces en las relaciones entre particulares, que pueden resumirse del siguiente modo:

1º) La afirmación que hacen algunos autores de que el principio de constitucionalidad, referido concretamente a la vigencia de los derechos fundamentales, ha de limitarse al Estado y a sus relaciones con los particulares no casa con la extensión de tal principio al conjunto de la sociedad que se deriva de la cláusula del Estado social de derecho del art. 1.1 de la Constitución, de la sujeción de todos los ciudadanos a la Constitución del art. 9.1 de la Constitución y de la dignidad humana de la que derivan los derechos fundamentales como fundamento de la paz social (y no solamente del orden político) del art. 10.1 de la Constitución.

En cuanto a la discutida significación de la “sujeción a la Constitución” de los ciudadanos que establece el art. 9.1 de la Constitución, los ciudadanos están sujetos a la Constitución, lo que en lo relativo a los derechos fundamentales significa que han de respetar las facultades de actuación y la garantía de indemnidad que para los demás ciudadanos supone el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. Podría decirse, de modo un tanto simplificado, que mientras que la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales sería positiva, como se desprende de la consideración conjunta de los arts. 9.1, 9.2 y 53.1 de la Constitución, la de los ciudadanos sería negativa. En este sentido, Joaquín GARCÍA MORILLO⁵³³, entiende que los particulares no pueden violar los derechos fundamentales ajenos, están obligados a respetarlos y quedan expuestos a las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de esta obligación.

Pero tal sujeción la tienen como titulares a su vez de derechos fundamentales (lo que no puede predicarse de los poderes públicos), por lo que en los casos de conflicto entre derechos fundamentales (o entre tales derechos y otros bienes iusfundamentales) de que sean

⁵³³ “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 200.

titulares diversos individuos, esa sujeción habrá de hacerse efectiva ponderando los derechos fundamentales y bienes iusfundamentales en conflicto.

Para Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO⁵³⁴, la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas que la desarrollan, por lo que no puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos. Los ciudadanos no quedan obligados a la prestación en que básicamente consiste el derecho, pero sí obligados por el derecho en el sentido de no interferir de ninguna manera el pleno desarrollo del mismo.

No se trata de hacer de los valores constitucionales un “parámetro de enjuiciamiento” de la conducta de los particulares siempre y en todo caso, obligándoles a compartir y perseguir los valores constitucionales, puesto que uno de los principales valores, la libertad, y en concreto la libertad política e ideológica, permite que cada ciudadano sea libre de compartir o no tales valores. Pero esta libertad no impide que exista una obligación de respeto a los derechos fundamentales de los demás, exigible jurídicamente, de tal manera que, por ejemplo, un empleador tiene plena libertad ideológica o religiosa en base al art. 16 de la Constitución, pero ello no le permite que, en el ejercicio de su derecho de propiedad y de libertad de empresa, pueda despedir a un trabajador por su afiliación a un determinado sindicato o partido político o por su adscripción a un determinado credo religioso, y si lo hace, tal despido habrá de ser declarado radicalmente nulo por los tribunales por haber vulnerado el derecho fundamental del trabajador despedido.

Como ya expresé anteriormente, no comparto críticas como las que entienden que esta idea reposa sobre la identificación entre lo político y lo social, entre gobernantes y gobernados, poderes públicos y ciudadanos⁵³⁵, y puede devenir en una “tiranía de los

⁵³⁴ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, págs. 69-70 y 73.

⁵³⁵ Santiago VARELA DÍAZ, “La idea del deber constitucional”, *cit.*, págs. 69 a 96.

valores”⁵³⁶. La sujeción de los ciudadanos a la Constitución que establece el art. 9.1 de la Constitución no implica tanto, en materia de derechos fundamentales, el nacimiento de deberes autónomos como el respeto que cada ciudadano ha de tener a ese haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación que los diversos derechos fundamentales otorgan a los demás ciudadanos y que constituyen su “contenido constitucionalmente protegido”. Sin esa obligación de respeto, el estatus de libertad, igualdad y dignidad que para los ciudadanos suponen los derechos fundamentales quedaría protegido con carácter general únicamente en las relaciones con los poderes públicos, mientras que en las relaciones entre particulares sólo los más fuertes, los detentadores del poder económico o social verían asegurado, por razones fácticas, tal estatus, en detrimento de la generalidad de la población, lo que no parece compatible con la idea de Estado social y democrático de Derecho de las constituciones europeas de la segunda mitad del siglo XX⁵³⁷.

2º) La naturaleza de muchos de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución los hace eficaces exclusiva o principalmente en las relaciones entre particulares, como ocurre con los derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución, los derechos de trascendencia laboral de los arts. 28 y 37 de la Constitución, el derecho a la “cláusula de conciencia” de los periodistas del art. 20.1.d de la Constitución, por citar algunos de los supuestos más claros.

⁵³⁶ Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 144, utilizando el título del trabajo de Carl SCHMITT en *Revista de Estudios Políticos* núm. 115, 1961, págs. 65 a 78. La postura de quienes advierten de ese riesgo de “tiranía de los valores” constitucionales no toma en consideración, en mi opinión, que los valores que la Constitución consagra son muy diversos (igualdad, libertad) y, en ocasiones, incluso contradictorios (libertad de empresa, planificación de la economía), puesto que el constituyente en unos casos ha preferido deferir a un momento posterior la atribución por la mayoría parlamentaria de cada momento de una mayor relevancia a unos principios respecto de otros y en otros casos ha de ser al resolverse el conflicto entre tales valores cuando haya que ponderar la solución que deba darse tomando en consideración los diversos elementos que concurren en la situación conflictiva. Pero, en todo caso, a la vista de esta diversidad e incluso contradicción, tal “tiranía” no puede producirse estrictamente en base a la Constitución.

⁵³⁷ Joaquín GARCÍA MORILLO (“La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 200) resume la situación del siguiente modo: los ciudadanos están sujetos a la Constitución y por tanto a los derechos fundamentales, que tienen obligación de respetar; los jueces y tribunales están obligados a amparar los derechos fundamentales, de suerte que el incumplimiento por los particulares de la obligación de respetarlos puede dar lugar a una acción en pretensión de tutela o reparación ante los órganos jurisdiccionales; y el eventual incumplimiento por los órganos judiciales de su obligación de amparar el derecho fundamental permite acudir al amparo constitucional, último recurso, porque la protección derechos fundamentales corresponde en primer lugar a los jueces ordinarios, también cuando la vulneración provenga de un particular, por eso existen procesos para la tutela civil de los derechos fundamentales, ejercitable, precisamente, frente a los particulares.

3º) El art. 53 de la Constitución, que es la piedra angular de muchas de las interpretaciones del texto constitucional que concluyen en la falta de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, por cuanto sólo prevé la vinculación a los derechos fundamentales de los poderes públicos, ha de ser interpretado de un modo sistemático. Dicho precepto, ubicado en el Capítulo IV del Título I, titulado “de las garantías de las libertades y derechos fundamentales”, establece la naturaleza y gradación de la garantía de los derechos fundamentales y demás derechos y principios del Título I de la Constitución por los poderes públicos. De modo que, conforme prevé su primer apartado, los derechos del Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos y se establece la reserva de ley para la regulación de su ejercicio, con respeto de su contenido esencial, y la previsión de recurso de inconstitucionalidad frente a tales leyes, como garantía de que las mismas respetarán el contenido esencial del derecho fundamental cuyo ejercicio regulan y no establecerán limitaciones no proporcionadas del mismo; en a su apartado 2º se prevé la tutela de las libertades y derechos de la Sección 2ª del Capítulo II y art. 14 por un proceso preferente y sumario y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante Tribunal Constitucional, amparo aplicable también respecto de la objeción de conciencia; y todos ellos pueden ser tutelados directamente por los jueces, sin necesidad de leyes de desarrollo, por contraposición a lo previsto para los principios del Capítulo III en el apartado 3º del precepto.

Por tanto, el art. 53.1º de la Constitución no contiene la previsión de que los derechos fundamentales del Capítulo II vinculan a los poderes públicos para contraponerla a que no rigen frente a los sujetos privados, sino para fijar concretamente el alcance de la garantía de los derechos fundamentales por los poderes públicos. Los derechos fundamentales del Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos, lo que implica no sólo que los poderes públicos están sujetos a los derechos fundamentales como lo están a toda la Constitución, y como lo están también los ciudadanos (art. 9.1 de la Constitución), sino que, además de una obligación de respeto, tienen obligaciones positivas de distinto signo respecto de los mismos, de promoción (relacionadas con la previsión del art. 9.2 de la Constitución) y protección, mientras que respecto de los principios rectores de la política económica y social del Capítulo III, el régimen de garantía de los mismos se limita a que su reconocimiento, respeto

y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pudiendo ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

El Capítulo IV, en el que se encuentra ubicado el comentado art. 53 (junto al art. 54 de la Constitución, dedicado al defensor del pueblo) no tiene, por tanto, una finalidad sustantiva, dirigida a fijar en qué relaciones jurídicas rigen los derechos fundamentales y en cuáles no rigen, sino instrumental, destinada a definir las principales garantías de los derechos y libertades proclamados en los dos capítulos precedentes, de contenido heterogéneo.

Entiendo que, pese a la importancia fundamental en este campo de la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana, hay que tener cierta prevención ante una excesiva germanización. En el ordenamiento constitucional alemán, la tutela judicial de los derechos fundamentales se prevé sólo respecto a violaciones causadas por un poder público (art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal sólo es posible frente a lesiones de derechos fundamentales causadas por los poderes públicos por expresa previsión constitucional (art. 93.1.4-a de la Ley Fundamental de Bonn). Quizás por ello el Tribunal Constitucional Federal alemán hubo de crear la doctrina del doble carácter de los derechos fundamentales, cuyos hitos más significativos son:

- Frente al poder público, los derechos fundamentales son derechos subjetivos

- Los derechos fundamentales son también principios objetivos que informan la legislación y la actuación de los poderes públicos: sólo en este sentido tienen eficacia frente a los particulares, puesto que no son derechos subjetivos en las relaciones jurídico-privadas al carecer de tutela judicial y constitucional en este aspecto, a la vista de la regulación de la Ley Fundamental de Bonn que, como se ha visto, sólo otorga tutela judicial y constitucional frente a las intromisiones del poder público. Por ello afirma el Tribunal Constitucional Federal que los ciudadanos tienen derecho a que poderes públicos tomen en consideración normas de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas, tanto al legislar (vinculación del legislativo) sobre las

relaciones jurídico-privadas, como al resolver litigios entre particulares (vinculación del poder judicial): deber de protección de los poderes públicos, derecho a protección de los particulares.

Pero en España la regulación constitucional no es la misma, pues los derechos fundamentales gozan de tutela judicial efectiva sin restricción por el origen privado de la violación del derechos fundamentales, y las restricciones para el acceso al amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas proceden de normas infraconstitucionales, concretamente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (sin perjuicio de que han sido relativizadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵³⁸), dado que no existen normas constitucionales equivalentes a los arts. 19.4 y 93.1.4.a de la Ley Fundamental de Bonn que restringen la tutela judicial y constitucional de los derechos fundamentales a las violaciones procedentes de los poderes públicos.

También hay consideraciones de política jurídica, comunes a todo nuestro ámbito cultural, que apoyan esta interpretación de las normas constitucionales, al entenderse que en un Estado social y democrático de Derecho, la eficacia de los derechos fundamentales no puede quedar limitada a las relaciones entre poderes públicos y ciudadanos, so pena de limitar muy seriamente el estatus de ciudadano en un ámbito fundamental de las relaciones jurídicas, como es el relativo al Derecho privado.

Por otra parte, la existencia de una base textual clara en la Constitución no resuelve el problema ni mucho menos. Como hace notar Pedro CRUZ VILLALÓN⁵³⁹ “incluso en los casos en los que esta «constitucionalización» [de la *Drittwirkung*] se produce, la misma mantiene sin despejar las más importantes cuestiones al respecto. Así, cuando el art. 18.1 de la Constitución portuguesa declara que «los preceptos constitucionales relativos a derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas o privadas y vinculan a éstas», ciertamente se habrá dado satisfacción a los partidarios de la *Drittwirkung* como principio, pero, de hecho, no habrá permitido avanzar gran cosa en lo que en definitiva

⁵³⁸ Ver *infra* epígrafe IX-D-b, “la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo”.

⁵³⁹ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, Academia Sevillana del Notariado, Edersa, 1988, pág. 105.

importa: con qué alcance y hasta qué punto vinculan a los particulares cada uno de los derechos fundamentales. Basta leer los comentarios a este precepto para comprobar cómo, por sí solo, no resuelve gran cosa”.

Quizás por ello, la Constitución sudafricana de 1996 ha optado por realizar una declaración ecléctica en la que, reconociendo en principio que los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos en el *Bill of Rights*, además de informar todas las leyes y vincular al legislativo, al ejecutivo, al judicial y a todos los órganos del Estado, vinculan también a los particulares, sean personas físicas o jurídicas, lo matiza en el sentido de que una previsión de la Carta de Derechos vincula a una persona física o jurídica “si es aplicable, y en la extensión en que lo sea, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho y la naturaleza de la obligación impuesta por el derecho”⁵⁴⁰.

También en art. 35 de la nueva Constitución suiza, al regular la realización de los derechos fundamentales, muestra este eclecticismo en el tratamiento de la cuestión, pronunciándose de modo claro sólo cuando el terreno es “seguro” (la vinculación de los poderes públicos al respeto de los derechos fundamentales y su obligación de contribuir a su realización). De acuerdo con el precepto, los derechos fundamentales deben aplicarse en todo el ordenamiento jurídico. Todo el que asuma una función pública está obligado a respetarlos y a contribuir a su realización, y las autoridades deben velar para que los derechos fundamentales, “en la medida en que se presten a ello”, sean efectivos también entre los particulares⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ El texto original de los dos primeros epígrafes del art. 8 de la Constitución sudafricana de 1996 dice así: “1) The Bill of Rights applies to all law, and binds the legislature, the executive, the judiciary and all organs of state. 2) A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right”. El texto de la Constitución de la República de South Africa de 1996 puede ser consultado en Internet en la dirección <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>.

⁵⁴¹ El precepto es, en la versión en idioma francés, del siguiente tenor literal:

“Art. 35 Réalisation des droits fondamentaux

1 Les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l’ensemble de l’ordre juridique.

2 Quiconque assume une tâche de l’Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.

3 Les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s’y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux”.

Los constituyentes de países tan dispares, aprendiendo de la experiencia de Derecho comparado sobre esta cuestión, han evitado entrar en discusiones más propias del campo doctrinal y jurisprudencial que de la tarea del constituyente, y, partiendo de que la eficacia de los derechos fundamentales trasciende a las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, reconocen que la eficacia de los mismos en las relaciones entre los particulares depende de factores como la naturaleza de cada derecho fundamental y de las obligaciones que resultan del mismo, renunciando a sentar otros principios generales en una materia en la que domina el casuismo sobre las generalizaciones.

Es significativo, a este respecto, que en los países en los que la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares está, de un modo u otro, expresamente recogida en la Constitución (Portugal, Sudáfrica, Suiza), el debate doctrinal⁵⁴² se plantee en términos muy similares al existente en los países donde, como España o Alemania, tal reconocimiento expreso en la Constitución no existe, por lo que puede admitirse una relativa irrelevancia de la mención constitucional de la *Drittwirkung*.

En definitiva, como agudamente observa Javier BALLARÍN IRIBARREN⁵⁴³ afirmar que un derecho fundamental limita también a los particulares constituye el comienzo de los problemas interpretativos y constructivos, no la solución del problema.

El legislador infraconstitucional ha dictado algunas leyes que suponen, necesariamente, el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

⁵⁴² En la doctrina portuguesa pueden verse, entre otros: José Joaquim GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, pág. 495 y siguientes, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1983; José Joaquim GOMES CANOTILHO y Vital MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, pág. 163 y siguientes, 2ª ed., Coimbra, 1984; José João NUNES ABRANTES, “A vincalação das entidades privadas aos direitos fundamentais”, AAFDL, Lisboa, 1990; José Joaquim GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, pág. 1204 y siguientes, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1999; Jorge MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV-Direitos Fundamentais, pág. 320 y siguientes, 3ª ed., Coimbra Editora, 2000; José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, págs. 237 y siguientes, Livraria Almedina, Coimbra, 2001.

⁵⁴³ Recensión del libro “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit*, pág. 292.

Tales son, por ejemplo, leyes procesales como la ya derogada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que regulaba el proceso especial y sumario de protección de los derechos fundamentales en la vía jurisdiccional civil, el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril 1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que regula también el proceso especial y sumario de protección de los derechos fundamentales en la vía jurisdiccional laboral, no solamente de los derechos de libertad sindical (aunque el capítulo de la ley lleve tal título) sino también la de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio (arts. 175 a 181), y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que establece unas especialidades procesales para el enjuiciamiento de las pretensiones que pretendan la tutela civil de cualquier derecho fundamental. Tales previsiones legales, que regulan la protección jurisdiccional ordinaria de los derechos fundamentales en la jurisdicción civil y en la laboral, sólo se explican si se entiende posible que los derechos fundamentales sean vulnerados por particulares, puesto que tales jurisdicciones entienden de conflictos suscitados en la casi totalidad de los casos en relaciones entre particulares.

Asimismo, en la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, se contienen una serie de preceptos (fundamentalmente los de los arts. 27, 28, 29, 37-4º, 41-1 y 2), que establecen medidas tanto procesales como sustantivas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, tanto en el sector público como en el sector privado. Aunque el legislador, en la exposición de motivos e incluso cuando en las disposiciones finales trata sobre el fundamento constitucional de las medidas, no hace mención alguna no ya a que se trate de desarrollar el ejercicio de derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares, sino ni siquiera a que se trate de un desarrollo de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, es evidente que parte de la base de que también en dichas relaciones tiene eficacia el derecho fundamental a no ser discriminado.

Parece evidente que el “espejismo” de la *Drittwirkung*⁵⁴⁴ no sólo se observa en las resoluciones del Tribunal Constitucional, sino también en la actuación del legislador.

⁵⁴⁴ Ver *infra* epígrafe VIII-F, “el espejismo de la *Drittwirkung*”.

CAPÍTULO VIII

EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Procede ahora examinar cuál ha sido la postura del Tribunal Constitucional español en relación al reconocimiento a los derechos fundamentales de eficacia en las relaciones entre particulares.

A diferencia del Tribunal Supremo, concretamente su Sala 1ª, de lo Civil, que en algunas sentencias, como las de 24 de marzo de 1992 y 10 de abril de 2000, se ha mostrado en ocasiones bastante explícito en el reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, afirmando textualmente que “los derechos fundamentales cuya tutela se invoca, pueden ser conculcados o violados no sólo por los poderes públicos o por personas o funcionarios dependientes de los mismos o que tengan carácter oficial, sino también por particulares o personas privadas, sean físicas o jurídicas”, el Tribunal Constitucional se ha mostrado más reacio, quizás por pura prudencia, a realizar declaraciones generales en una materia tan espinosa. Juan María BILBAO UBILLOS⁵⁴⁵ dice que el Alto Tribunal ha “pasado de puntillas” sobre la cuestión en varias ocasiones, poniendo como ejemplo la STC 47/1985, de 27 de marzo, f.j. 5º (“sin entrar a delimitar aquí hasta dónde alcanza la dimensión entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, esto es, la denominada eficacia respecto de terceros...”) y el ATC 128/1987, de 4 de febrero.

A) EL DOBLE CARÁCTER DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Sin embargo, y ésta es una de las pocas cuestiones claras e incontrovertidas en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, desde un principio éste ha reconocido el

⁵⁴⁵ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 383 y siguientes.

doble carácter de los derechos fundamentales⁵⁴⁶, que son, en primer término, derechos subjetivos de los individuos que garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia y, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, constituyendo los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política, siendo, como dice el art. 10.1 de la Constitución, el fundamento del orden jurídico y de la paz social, enlazándolo con la significación histórica de la fórmula del Estado social y democrático de Derecho.

Así, en la STC 25/1981, de 14 de julio, fj. 5º, se afirma:

“Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 CE, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de

⁵⁴⁶ Sobre la formulación en la República Federal Alemana de esta doctrina, *supra*, epígrafe VI-A, “valor normativo de la Constitución y eficacia de los derechos fundamentales”.

derechos humanos (preámbulo, pfo. 1º) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, pfo. 4º).

En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 CE, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.”

También es significativa la declaración que hace el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril, en cuyo f.j. 4º se dice:

“Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (vide al respecto arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4;

20.3; 27 CE). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 CE, el "fundamento del orden jurídico y de la paz social".

De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales "los impulsos y líneas directivas", obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa".

Pues bien, admitido por el Tribunal Constitucional tanto el doble carácter de los derechos fundamentales como que la normatividad inmediata de la Constitución en lo que respecta a los derechos fundamentales afecta a todos los sectores del ordenamiento, o lo que es lo mismo, a todas las relaciones reguladas por las diversas ramas del mismo, sin necesidad de intermediación del legislador, es difícilmente sostenible la tesis que acepta el alcance universal, respecto de todo el ordenamiento, de la vertiente objetiva de los derechos fundamentales y niega su eficacia como derechos subjetivos fuera del Derecho público, de las relaciones jurídico-públicas entre ciudadano y Estado⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ En este sentido, Gregorio PECES-BARBA, "Curso de derechos fundamentales...", *cit.*, pág. 631 y Rafael NARANJO DE LA CRUZ, "Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre

B) LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. EL ARGUMENTO PROCESAL

Respecto al reconocimiento propiamente dicho de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no puede ya afirmarse, como se ha hecho respecto del reconocimiento del doble carácter de los derechos fundamentales, que las declaraciones del Tribunal Constitucional hayan sido claras, terminantes y unívocas. Sin embargo, existe una serie de resoluciones suficientemente significativas en las que el Tribunal Constitucional reconoce que la eficacia de los derechos fundamentales no se circunscribe exclusivamente a las relaciones entre el poder público y los ciudadanos: los derechos fundamentales de los que son titulares los ciudadanos tienen también vigencia y eficacia en sus relaciones con otros particulares.

Una de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que se pronuncia en este sentido es la mencionada STC 18/1984, de 7 de febrero, cuyo FJ 6º declara:

“Esta concretización de la Ley Suprema no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho como el que consagra el art. 1 CE no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social, tal y como evidencia la Ley 62/1978 de Protección de los Derechos Fundamentales, la cual prevé la vía penal -aplicable cualquiera que sea el autor de la vulneración cuando cae dentro de ámbito penal-, la contencioso-administrativa -ampliada por la disp. trans. 2ª núm. 2 LOTC- y la civil, no limitada por razón del sujeto autor de la lesión. Lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos (como los del art. 24) y, de otra, que la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a

particulares: la buena fe”, *cit.*, pág. 211 y siguientes.

tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas...”

Algunos autores, como Jesús ALFARO AGUILA-REAL⁵⁴⁸, se apoyan en esta sentencia para afirmar que la jurisprudencia constitucional ha negado expresamente la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares pero afirma la “vigencia social” de los derechos fundamentales. Otros, como Luis PRIETO SANCHÍS⁵⁴⁹, entienden que esa Sentencia del Tribunal Constitucional es “el reconocimiento más claro de la eficacia horizontal de los derechos”. Por su parte, Juan María BILBAO UBILLOS⁵⁵⁰ entiende que esta sentencia parece apuntar en la dirección de una eficacia mediata de los derechos fundamentales. Como se ve, una misma sentencia puede ser interpretada de muy distintas maneras.

Llama la atención el uso que hace el Tribunal Constitucional de una ley infraconstitucional, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, para hacer una declaración sobre un extremo de indudable importancia, como es el relativo al ámbito de vigencia de los derechos fundamentales. Ha de tenerse en cuenta que esta ley fue elaborada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución, y de hecho su promulgación coincidió prácticamente con la de ésta (la Constitución fue sancionada por el Rey el 27 de diciembre de 1978 y publicada en el B.O.E. el 29 de diciembre, mientras que esta ley fue promulgada el 26 de diciembre de 1978 pero se publicó en el B.O.E. el 3 de enero de 1979)⁵⁵¹.

Que la regulación que la Ley 62/1978 incluyera la regulación de un procedimiento civil parece efectivamente indicativo de que el legislador que estaba elaborando la Constitución entendió que las vulneraciones de derechos fundamentales podían provenir no

⁵⁴⁸ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 69.

⁵⁴⁹ “Estudios sobre derechos fundamentales”, Editorial Debate, Madrid, 1990, pág. 212.

⁵⁵⁰ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 387 y siguientes.

⁵⁵¹ Sobre la génesis de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, y la significación de su tramitación parlamentaria simultánea con la Constitución, ver *infra* epígrafe IX-C-c, “la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales”.

solamente de los poderes públicos, sino también de otras personas privadas⁵⁵². De ahí que los partidarios de una concepción restrictiva de los derechos fundamentales, según la cual sólo son derechos frente al poder, hayan postulado la conveniencia de eliminar tal proceso, por ser incompatible con la concepción de los derechos fundamentales que postulan⁵⁵³. Que el legislador haya mantenido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, un proceso civil especial de protección de los derechos fundamentales (realmente más que de un proceso puede hablarse de unas especialidades procesales⁵⁵⁴) parece indicar que se sigue manteniendo la idea de que son posibles las vulneraciones de derechos fundamentales provocadas por particulares.

La opinión de Javier JIMÉNEZ CAMPO⁵⁵⁵ es contraria a la conclusión de que la regulación en la referida Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, de un cauce procesal civil para la protección de los derechos fundamentales (posteriormente sustituida, como se ha indicado, por otro cauce procesal en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), y la regulación posterior de un proceso preferente y sumario en la vía jurisdiccional laboral para la protección de tales derechos, suponga el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, por cuanto que, en su opinión, en el proceso judicial especial y sumario del art. 53.2 de la Constitución sólo puede ser parte pasiva, de modo directo o inmediato, el poder público, porque al ser objeto de este proceso los derechos fundamentales creados por la Constitución, se está necesariamente ante una relación jurídico-pública, en la que sólo el poder público está legitimado pasivamente. Porque si los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones privadas es solamente por mediación legal. Es el Derecho sustantivo y no el Derecho procesal el que puede crear *Drittwirkung*. El amparo judicial pretende resguardar los derechos fundamentales frente a los efectos jurídicos de los privilegios o prerrogativas de la Administración: autotutela y ejecutividad de los propios

⁵⁵² En este sentido, Luis María Díez-Picazo, “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 138.

⁵⁵³ Así lo hace, por ejemplo, Francisco Rubio Llorente en “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 170, nota al pie núm. 66. Según este autor, al tratar las reformas que sería necesario hacer en la citada ley, alega “la conveniencia de suprimir dos procedimientos, el civil y el penal, difícilmente compatibles con una concepción de los derechos fundamentales en las que estos tales son sólo derechos frente al poder”.

⁵⁵⁴ Ver *infra* epígrafe IX-C-d, “la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales en la jurisdicción civil”

⁵⁵⁵ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, págs. 96 y 105.

actos. El ámbito propio del amparo judicial es, para este autor, la tutela frente a lesiones causadas por la Administración. Es cierto que existen lesiones de derechos fundamentales causadas por particulares frente a las que el legislador procesal del art. 53.2 de la Constitución puede articular previsiones específicas en los órdenes civil y laboral. Pero la defensa por este cauce de derechos fundamentales frente a actos de particulares depende de la previa definición legislativa de lo que el respectivo derecho sea en el ámbito de aquellas relaciones jurídico-privadas.

Sin embargo, la realidad nos muestra que en los procesos civiles y laborales preferentes y sumarios de protección de los derechos fundamentales, regulados en desarrollo de la previsión del art. 53.2 de la Constitución, la parte demandada de modo directo e inmediato como causante de la lesión del derecho fundamental no es el poder público, sino, por regla general, un particular. La intervención en dichos procesos del Ministerio Fiscal no supone que el mismo sea la parte pasiva de modo directo, puesto que su intervención en el proceso no lo es como representante del poder público causante de la violación del derecho fundamental, sino en cumplimiento de su misión constitucional de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 de la Constitución, desarrollada posteriormente por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que le atribuye la función de velar por el respeto de los derechos fundamentales, art. 3.3 del Estatuto Orgánico, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo)⁵⁵⁶. Y en estos procesos se ha otorgado protección a los particulares no solamente cuando el derecho fundamental había sido desarrollado por una ley, sino también en los casos en que no existía tal desarrollo legal (como ha sido el caso del derecho de asociación, carente de desarrollo legal hasta la reciente Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación) o en los casos en que el desarrollo legal dejaba sin regular aspectos de tales derechos fundamentales, como por ejemplo ha sido el caso de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que deja sin desarrollar aspectos como el alcance del requisito de la veracidad de la información vulneradora del derecho de la personalidad, previsto expresamente en el art. 20.1 de la Constitución, u otros como los de la trascendencia de que

⁵⁵⁶ Ver *infra* epígrafes IX-C-d, “la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales en la jurisdicción civil” y IX-C-e-8, “la intervención del Ministerio Fiscal”.

el emisor de la información vulneradora del derecho a la personalidad fuera un profesional de la información, o que el ofendido fuera una persona de relevancia pública, por poner algunos ejemplos. Por otra parte, desvincular el derecho fundamental tal como ha sido desarrollado, en cuanto a su eficacia entre particulares, por el legislador, privándole del rango de derecho fundamental constitucional para reducirlo al rango de mero derecho de legalidad infraconstitucional, tiene tan poco sentido como hacerlo con el derecho fundamental oponible frente al poder público cuando el mismo ha sido objeto de desarrollo legal infraconstitucional.

En definitiva, en los procesos civiles y laborales de protección de los derechos fundamentales se han protegido los derechos fundamentales frente a violaciones causadas por particulares, y en los mismos se ha aplicado tanto la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales (lo que también se ha hecho en el proceso de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa) como también se ha aplicado directamente la regulación constitucional cuando el desarrollo legal era inexistente o insuficiente.

C) LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. EL ARGUMENTO MATERIAL

Otras sentencias del Tribunal Constitucional prescinden de la argumentación relativa a la existencia de vías procesales especiales de carácter civil o laboral, que suponen casi necesariamente que la vulneración del derecho fundamental se ha producido en una relación entre particulares, y recurren a razones que podríamos calificar como materiales para pronunciarse sobre si los derechos fundamentales rigen también en las relaciones entre particulares.

La STC 177/1988, de 10 de octubre, fj. 3º y 4º, declara:

“No cabe duda de que el Convenio colectivo, como otros actos privados -a los que en principio, y sin perjuicio de las consideraciones que

más adelante se efectúen, ha de asimilarse-, puede lesionar los derechos fundamentales...()

Ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (f. j. 6º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos.

Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato. No cabe olvidar que el art. 1.1 C.E. propugna entre los valores superiores del ordenamiento jurídico la igualdad, y que el 9.2 encomienda a todos los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”.

Con un carácter más general, la STC 114/1995, de 6 de julio, fj. 2º, afirma:

“Ciertamente, el reconocimiento, acertado o no, de un determinado derecho fundamental o de un determinado alcance del mismo por parte de quien tiene competencia para ello puede y de hecho suele tener repercusiones, incluso notables, sobre otros derechos u otros intereses legítimos de otros ciudadanos, o incluso sobre importantes intereses sociales o colectivos (STC 52/87, f. j. 3º; STC 148/94, f. j. 4º). Pues los efectos de los

derechos fundamentales, incluso de los derechos de libertad, rara vez se circunscriben al estricto ámbito de la contraposición entre el poder público y el individuo aislado. Por el contrario desde su mismo origen, la noción de los derechos, con su consiguiente pretensión de efectividad, supuso una alteración de las relaciones sociales, y no solo del simple modo de ejercicio del poder político”.

En ocasiones, las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares se han centrado sobre algún concreto derecho fundamental. En relación al derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 de la Constitución, la STC 114/1984, de 29 de noviembre, declara en su fj. 7º:

“Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia «erga omnes») ajenos a la comunicación misma”.

Un elemento que se repite en las declaraciones del Tribunal Constitucional sobre la materia, y que hay que enlazar con la “prudencia” a que se hacía referencia al comienzo del capítulo, es la necesidad hacer importantes matizaciones, derivadas por lo general de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad, en la aplicación de las normas reguladoras de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En la STC 177/1988, de 10 de octubre, fj. 4º, antes citada, el Tribunal Constitucional declara:

“Ahora bien, el principio reconocido en el art. 14 de la Constitución, reflejado luego, aunque con matices propios, en la propia legislación laboral (arts. 4 y 17 del Estatuto de los Trabajadores), no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos. No es ya que el principio de igualdad no se oponga a toda diferencia de trato, como en general ocurre. Ha de tenerse en cuenta también, como en otras ocasiones ha puesto de manifiesto este Tribunal, que en el ámbito de las relaciones privadas, en el que, sin perjuicio

de las consideraciones anteriores, el Convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y, entre ellos, el principio de igualdad, han de aplicarse matizadamente, pues han de hacerse compatibles con otros valores o parámetros que tienen su último origen en el principio de la autonomía de la voluntad, y que se manifiestan a través de los derechos y deberes que nacen de la relación contractual creada por las partes o de la correspondiente situación jurídica.”

Estas “matizaciones” son especialmente resaltadas por el Tribunal Constitucional cuando se trata de la aplicación en las relaciones entre particulares del art. 14 de la Constitución. En la STC 241/1988, de 19 de diciembre, fj. 3º, se afirma:

“Es cierto que la aplicación de los derechos fundamentales, y especialmente del principio de igualdad, a las relaciones entre particulares ha de hacerse matizadamente (Sentencias 34/1984, de 9 de marzo, y 177/1988, de 10 de octubre, entre otras), pero de ello no puede concluirse que una condición que, de venir establecida por norma reglamentaria sería discriminatoria, resulte válida por el solo hecho de haber sido establecida en términos de aparente libertad o voluntariedad”⁵⁵⁷.

Pronunciamientos todos éstos que son reiterados en sucesivas resoluciones. Por ejemplo, en la STC 171/1989, de 19 de octubre, fj. 2º-b, afirma el Tribunal Constitucional:

“En relación con la segunda cuestión planteada -vinculación del art. 14 de la Constitución a la negociación colectiva- la misma STC 177/1988, citando anteriores pronunciamientos del Tribunal, recordó como el hecho de que el art. 53.1 de la Constitución sólo establezca de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos no implica «una exclusión absoluta de otros destinatarios», dado que, como señala la STC

⁵⁵⁷ En estas matizaciones del principio de igualdad, concretamente en materia salarial, cuando se aplica en las relaciones entre particulares incide también la STC 2/1998, de 12 de enero, fj. 2º.

18/1984, «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social»; «las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues -prosigue la STC 177/1988-, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato»...”.

Donde el reconocimiento por el Tribunal Constitucional de la vigencia *inter privatos* de los derechos fundamentales ha sido más explícito y claro es en el campo de las relaciones laborales, en el que numerosas sentencias han sentado la eficacia de derechos como los de libertad sindical, intimidad, libertad de expresión, etc., frente al empleador, que actúan como límite a las facultades de dirección y organización del empresario privado, las cuales, a su vez, ancladas en derechos fundamentales como los de propiedad privada y libertad de empresa, suponen un límite para aquellos derechos fundamentales, actuando estos derechos y aquellas facultades en una interacción recíproca.

Respecto a la eficacia de la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales, en la STC 88/1985, de 19 de julio, el Tribunal Constitucional ha declarado:

“La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones -art. 20.1.a)-, y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 de la Constitución legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar

despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1).”

Refiriéndose a la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales con un carácter más general, y no referida a un derecho fundamental en concreto, la STC 98/2000, de 10 de abril, fj. 6º y 7º, resumiendo anteriores pronunciamientos al respecto, declara:

“Precisando más, para enjuiciar desde la perspectiva constitucional la cuestión objeto del presente recurso de amparo, debe recordarse que la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar, en modo alguno, la privación de tales derechos para quienes prestan servicios en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985 de 19 de julio, FJ 2, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero; 129/1989, de 17 de julio; 126/1990, de 5 de julio; 99/1994, de 11 de abril; 106/1996, de 12 de junio; 186/1996, de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo). En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 de la Constitución y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2; 106/1996, de 12 de junio, FJ. 5, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones

que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994, FJ. 4 y 6/1995, de 10 de enero, FJ 2).(...)

En definitiva, los equilibrios y limitaciones recíprocas que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo supone, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquellos (STC 292/1993, FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, FJ 7; 106/1996, FJ 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, FJ 7; 6/1995, FJ 3; 136/1996, FJ 7). Pero además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 2).”

D) LA INTERFERENCIA DE CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS AL RECURSO DE AMPARO: EL DEBER DE PROTECCIÓN

Cuando el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse más directamente sobre si los derechos fundamentales son o no eficaces en las relaciones entre particulares ha sido en recursos de amparo. Aunque, como ya se ha comentado, nuestra Constitución, en sus arts. 53.2 y 161.1.b, a diferencia de lo que ocurre en el art. 93.1.4.a de la Ley Fundamental de Bonn, no circunscribe el recurso de amparo a las violaciones de derechos fundamentales

producidas por los poderes públicos, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estableció una regulación que restringe el ámbito del recurso al amparo a las vulneraciones de los derechos fundamentales que provengan de la actuación de los poderes públicos (art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), lo que se acentúa aún más cuando se trata de recursos contra resoluciones judiciales, al exigir el art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de modo reiterativo, el carácter “directo e inmediato” de la infracción del derecho fundamental por parte del órgano judicial⁵⁵⁸.

Esta configuración procesal del recurso de amparo ha condicionado en grado sumo la cuestión de fondo atinente a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En primer lugar, porque no es posible que el recurso de amparo se plantee directamente contra el acto del particular que ha violado el derecho fundamental. Y en segundo lugar, porque para poder imputar la violación del derecho fundamental de modo inmediato y directo a la sentencia que resolvió la solicitud de tutela del particular frente a la violación de su derecho fundamental causada por la actuación de otro particular en el seno de sus relaciones privadas, el Tribunal Constitucional ha limitado a veces la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares al deber de protección del juez ordinario respecto del derecho fundamental violado en dichas relaciones.

En ocasiones, el Tribunal Constitucional ha explicitado de modo claro la existencia de tal condicionamiento procesal y la influencia que el mismo tiene en su tratamiento de la cuestión planteada en el recurso de amparo, pero lo ha diferenciado de la cuestión de fondo (cuestión de fondo que consistiría en determinar si los derechos fundamentales rigen también para los particulares en sus relaciones privadas y, por tanto, si los derechos fundamentales de un particular pueden ser lesionados por los actos de un particular), como por ejemplo ocurre en la STC 51/1988, de 22 de marzo, fj. 1º, que declara que los actos de particulares pueden lesionar derechos fundamentales pero, por las exigencias técnico-procesales referidas, el recurso de amparo sólo es viable si, en caso de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judicial que no repare las lesiones supuestamente verificadas.

⁵⁵⁸ Ver *infra* el epígrafe IX-D-b, “la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo”.

Pero en otras ocasiones, la influencia de esta cuestión procesal en el tratamiento del tema desde el exclusivo punto de vista del deber de protección del juez ordinario respecto del derecho fundamental lesionado por un particular en sus relaciones con otros particulares no ha sido diferenciada por el Tribunal Constitucional de la cuestión de fondo, de modo que una y otra han sido equiparadas, y el Tribunal Constitucional ha declarado que la única trascendencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas es el deber de protección que el juez ordinario tiene, derivado de la consideración objetiva de los derechos fundamentales como componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico.

Este tratamiento de la cuestión se observa con especial claridad en el ATC 382/1996, de 18 de diciembre, en cuyo extenso fj. 3º se dice:

“Vuelve, pues, una vez más, a plantearse ante nosotros una pretendida conculcación de derechos fundamentales suscitada originariamente en el seno de las relaciones entre particulares; circunstancia que, naturalmente, no impide en modo alguno el examen de la pretensión actora, por más que la Constitución a efectos de su garantía no contemple expresamente la vinculación directa de los ciudadanos a los derechos y libertades (art. 53.1 CE), y que, en consonancia con ello, sólo quepa la interposición del recurso de amparo frente a la actuación de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC). Cabe recordar a este respecto que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan, como componentes estructurales básicos, que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este «doble carácter» de los derechos fundamentales (STC 25/1981, fundamento jurídico 5.º), pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos

fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (SSTC 53/1985, fundamento jurídico 4.º, y 129/1989, fundamento jurídico 3.º). Tal es, ciertamente, la comprensión de los derechos fundamentales que se infiere de un texto constitucional que, tras proclamar el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), y, por ende, comprometer a los poderes públicos en la promoción de la libertad y la igualdad del individuo (art. 9.2 CE), eleva el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás a la condición de fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE).

Y aunque este deber de protección de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos «impulsos y líneas directivas» encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/1985, fundamento jurídico 4.º), ha de encargarse de conformar ab initio todos los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos, no cabe infravalorar el alcance de esta obligación cuando se impone a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 CE). De hecho, constitucionalmente se subraya su relevancia desde el momento en que el art. 53.2 CE explicita el deber específico de tutela de los derechos fundamentales que incumbe a los Jueces y Tribunales ordinarios. Consiguientemente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Sólo así, en verdad, resulta en estos supuestos transitable esa vía del amparo constitucional, toda vez que la Ley Orgánica de este Tribunal exige que la lesión del derecho tenga «su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44.1). En definitiva, lo que se recurre en amparo y, en consecuencia, lo que debe ser objeto de control no es, genuinamente, sino la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas (por

todas, SSTC 47/1985, fundamento jurídico 5.º; 88/1985, fundamento jurídico 4.º; 6/1988, fundamento jurídico 1.º, y 231/1988, fundamento jurídico 1.º).

Siendo ésta la forma en que se canalizan ante este Tribunal los casos de derechos fundamentales generados en las relaciones entre particulares, resulta imprescindible precisar en qué consiste dicho deber de protección a fin de calibrar los límites y posibilidades de la jurisdicción de amparo constitucional en estos supuestos. Pues bien, en una primera aproximación a la cuestión es dable sostener que tal obligación se traduce respecto de los órganos judiciales en la exigencia de que interpreten y apliquen la legalidad ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales, los cuales, por lo tanto, deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse la controversia entre particulares. No puede, en efecto, pasarles desapercibido que entre la norma que consagra el derecho fundamental y la que, directa o mediatamente, afecta, condicionándolo, el ejercicio del mismo en las relaciones inter privados existe una influencia recíproca, en virtud de la cual los órganos judiciales, lejos de optar por la aplicación mecánica de la norma limitadora deben partir de una apropiada apreciación del derecho fundamental para determinar la concreta intensidad de la restricción que de la legalidad ordinaria deriva. Y es que, ciertamente, como ya hemos con reiteración apuntado, de resultas de «esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo» (SSTC 159/1986, fundamento jurídico 6.º; 254/1988, fundamento jurídico 3.º, y 20/1990, fundamento jurídico 4.º d).

No se trata, por consiguiente, en esta sede, de revisar cualesquiera errores en que los órganos judiciales puedan incurrir al aplicar la legalidad ordinaria, dado que el amparo constitucional no se configura como una última instancia ni cumple una función casacional, sino, más propiamente, de enjuiciar si, al acometer dicha tarea, han valorado convenientemente el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso. Pues, de

acuerdo con la recién aludida interacción, cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales.

A los Jueces y Tribunales ordinarios corresponde, sin embargo, en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/1983, fundamentos jurídicos 3.º y 4.º, y 41/1984, fundamento jurídico 2.º), puesto que, como es palmario, el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias”.

En términos muy similares se pronuncia el ATC 333/1997, de 13 octubre, que reproduce en buena parte los razonamientos contenidos en el ATC 382/1996.

El Tribunal Constitucional, en vez de diferenciar claramente la cuestión procesal de la sustantiva (aunque es cierto que apunta el condicionamiento procesal al decir que “sólo así, en verdad, resulta en estos supuestos transitable esa vía del amparo constitucional...”), confunde uno y otro plano. La única eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares consistiría en el deber de protección que para los poderes públicos se deriva del carácter objetivo de los derechos fundamentales, que para los órganos judiciales se limitaría a la exigencia de “interpretación conforme” a la Constitución del ordenamiento jurídico.

El asunto (se invocaba la violación del derecho a la libertad de educación por los padres de un alumno expulsado de un centro educativo concertado por graves infracciones de las normas de convivencia fijadas por el centro) podía haberse resuelto con la consideración de que los derechos fundamentales no son derechos absolutos, que la inmunidad del alumno respecto a su conducta vandálica no está protegida por el ámbito del derecho fundamental a la libertad de educación, que el derecho a la educación de los demás

alumnos del centro había de ser tomado en consideración, etc., Pero el Tribunal Constitucional prefirió la vía quizás más fácil de considerar como única virtualidad del derecho fundamental cuya lesión en una relación jurídico-privada se invocaba el deber de protección del juez ordinario mediante la técnica de la “interpretación conforme” y que habiendo hecho éste una interpretación del ordenamiento jurídico conforme a las exigencias constitucionales, no se había infringido el derecho fundamental. Al hacerlo así, la cuestión procesal interfirió de modo claro el tratamiento a dar a la cuestión sustantiva, de modo que el requisito impuesto por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de que la vulneración del derecho fundamental provenga de un poder público para que pueda accederse al recurso de amparo ha sido transformado en la consideración de que la única trascendencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es la que se deriva del deber de protección que se impone a los poderes públicos, concretamente el de “interpretación conforme” que tienen los jueces y tribunales.

E) SOLUCIONES PRÁCTICAS DADAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LOS CASOS DE VIOLACIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN RELACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

Pero tan significativas como las declaraciones genéricas del Tribunal Constitucional sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares son, en mi opinión, aquellas resoluciones del Tribunal Constitucional en las que, sin pronunciarse expresamente sobre tal eficacia, la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional se apoya necesariamente en la aceptación de esta eficacia *inter privatos*, que se da por supuesta para poder resolver la cuestión planteada⁵⁵⁹.

Tales son, por ejemplo, las numerosas sentencias en las que se resuelven problemas derivados de la intromisión en el honor, la intimidad y la propia imagen de los particulares causada por el ejercicio de la libertad de expresión o de información por otros particulares,

⁵⁵⁹ Indica Luis María Díez-PICAZO (“Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 137) que el Tribunal Constitucional no ha parecido hallar jamás obstáculos insuperables cuando ha creído oportuno conocer de recursos de amparo contra particulares, a veces aceptando la tesis de la eficacia indirecta, a veces simplemente obviando el problema y adoptando de manera tácita el argumento de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

normalmente periodistas y medios de comunicación de titularidad privada⁵⁶⁰. Si no se aceptase la vigencia en las relaciones entre particulares de los derechos y libertades públicas de los arts. 18 y 20 de la Constitución (en estos casos, por lo general, el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen de la persona ofendida y la libertad de expresión o de información del periodista ofensor), no cabría hablar de violación del derecho de la personalidad por parte del periodista en los casos en que el Tribunal Constitucional estimó que la actuación de éste no estaba amparada por el ejercicio conforme a parámetros constitucionales de las libertades de expresión o de información. Las sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven recursos de amparo sobre esta cuestión aplican directamente los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, concretamente los de los arts. 18 y 20, a las relaciones entre particulares, y sus razonamientos fundamentales se centran en considerar si el particular ha sufrido una intromisión en su derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, o si, por el contrario, la intromisión lo ha sido en otro bien o derecho no protegido constitucionalmente (por ejemplo, el prestigio profesional) , y en valorar si la conducta del trabajador, del periodista o del medio de comunicación estaba o no amparada por el ejercicio legítimo de la libertad de expresión o información constitucionalmente protegidas en el art. 20 de la Constitución⁵⁶¹.

⁵⁶⁰ Sobre esta materia hay numerosa bibliografía, entre la que se puede citar: “Honor, intimidad y propia imagen”, Fernando HERRERO-TEJEDOR, Colex, 2ª ed., Madrid, 1994; “Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen”, Xavier O’CALLAGHAN, Edersa, Madrid, 1991; “Libertad de expresión y delitos contra el honor”, Manuel JAÉN VALLEJO, Colex, Madrid, 1992; “Derecho al honor, técnicas de protección y límites”, Manuel DE COSSÍO, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993; “Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen”, Rafael SARAZÁ JIMENA, Aranzadi, Pamplona, 1995, “Libertad de expresión y conflicto institucional: cinco estudios sobre la aplicación judicial de los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, Pablo SALVADOR CODERCH y Fernando GÓMEZ POMAR, Civitas, Madrid, 2002.

⁵⁶¹ En alguna de las sentencias dictadas sobre este tema, el Tribunal Constitucional ha hecho además alguna declaración expresa sobre la vigencia del derecho a la libertad de expresión o información en las relaciones entre particulares, y concretamente en las relaciones laborales. Así, en la STC 88/1985, de 19 de julio, ya citada, el Tribunal Constitucional ha declarado:

“La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, entre otros el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones -art. 20.1.a)-, y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el art. 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional. Las manifestaciones de «feudalismo industrial» repugnan al Estado social y democrático de

Como consecuencia de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios, y a la cabeza de ellos la Sala 1ª del Tribunal Supremo, han variado lo que venía siendo su línea jurisprudencial tradicional, realizando ahora el enjuiciamiento de estos casos, en todo lo no regulado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en base a una aplicación directa de los citados preceptos de la Constitución, siguiendo la interpretación de los mismos que resulta de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Y es mucho lo no regulado en la citada Ley Orgánica y que ha tenido que ser fijado en base a la aplicación directa de los arts. 18 y 20 de la Constitución, interpretados de un modo sistemático respecto del resto de la Constitución: el carácter legítimo de la intromisión en el derecho al honor cuando la información es veraz y versa sobre un asunto de interés público, el entendimiento del requisito de la veracidad como el cumplimiento del deber de diligencia en la obtención y contrastación de la información y no como la concordancia exacta con la realidad, la mayor protección de que gozan los profesionales de la información cuando ejercitan esas libertades a través de los cauces propios de la comunicación pública, por la función que tiene la prensa en la formación de una opinión pública libre, el mayor riesgo que no sólo en su intimidad, sino también en su honor, han de soportar las personas que desempeñan un cargo público, etc.

Lo anteriormente expuesto resulta aún más claro si se compara la actuación de nuestro Tribunal Constitucional con las resoluciones dictadas en asuntos de la misma naturaleza por Tribunales Constitucionales (o Tribunales Supremos con funciones constitucionales) de otros países, que han rechazado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y libertades públicas. Así ocurre, por ejemplo, si se compara con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Retail, Wholesale & Department Store Unión, Local 580 et al. Versus Dolphin Delivery Ltd.*, examinada anteriormente⁵⁶², que resolvió un recurso interpuesto por un sindicato que entendió que una orden cautelar de un tribunal que acordó prohibir la amenaza de piquetes por parte del sindicato a una empresa infringía su derecho constitucional a la libertad de expresión. El

Derecho y a los valores superiores de libertad, justicia e igualdad a través de los cuales ese Estado toma forma y se realiza (art. 1.1)''.

⁵⁶² *Supra* epígrafe V-A, "Estados Unidos y Canadá".

Tribunal Supremo rechazó el recurso, por entender que, conforme al artículo 32 de la Carta de derechos y libertades, conforme al cual la Carta se aplica “al Parlamento y al Gobierno de Canadá” y “al legislador y al gobierno de cada provincia”, una orden de un tribunal no está sujeta a la Carta de derechos y libertades. El particular no puede, pues, invocar en un litigio frente a otro particular la protección constitucional de su libertad de expresión, ni la actuación de los tribunales, cuando resuelven litigios entre particulares, puede entenderse vinculada por la protección constitucional de tal libertad constitucional.

Otro tanto sucede con la resolución del Tribunal Constitucional de Sudáfrica en el caso *Du Plessis and others versus De Klerk and another*⁵⁶³ en la que dicho tribunal, aplicando la Constitución provisional de 1993, rechazó los argumentos de los recurrentes, el periodista, el editor, la empresa propietaria y la distribuidora del periódico *Pretoria News*, que fueron condenados a indemnizar por difamación a una compañía aérea y al propietario de ésta, a los que imputaron en una serie de artículos periodísticos haber contribuido a la guerra de Angola y a sus desastrosos efectos mediante el suministro aéreo de armas al movimiento rebelde UNITA. Los condenados plantearon ante el Tribunal Constitucional que la materia objeto de los artículos periodísticos era una materia de interés público, y que las referencias a quienes habían obtenido la indemnización por difamación eran expresiones de opinión, que constituían comentarios honestos hechos de buena fe en materias de interés público, y que en tanto que los artículos contenían alegaciones de hechos, estas alegaciones eran ciertas y versaban sobre materias de interés público. Pues bien, el Tribunal Constitucional sudafricano desestimó el recurso por entender que los derechos y libertades reconocidos en la Constitución no eran aplicables en las relaciones entre particulares, dado que el artículo 7-1 de la citada Constitución provisional preveía que “este capítulo [el relativo a derechos fundamentales y libertades públicas] vinculará a todos los órganos legislativos y ejecutivos y a todos los niveles del gobierno”, lo que, en opinión del Tribunal, suponía la exclusión de cualquier eficacia horizontal de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos constitucionalmente, aunque se hubiera de tomar en consideración el espíritu, propósito y objeto de la regulación constitucional⁵⁶⁴.

⁵⁶³ La sentencia ha sido ampliamente comentada *supra*, en el epígrafe V-D, “Sudáfrica”.

⁵⁶⁴ De la misma fecha, aunque ha de considerarse posterior, por cuanto que se remite en buena parte al cuerpo doctrinal sentado en el caso *Du Plessis v. De Klerk*, y del mismo ponente, es la sentencia del caso *Gardener v. Whitaker*, en la que también se resuelve la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al

Es de destacar la diferencia entre los términos en que se produce este enjuiciamiento constitucional y los utilizados por nuestro Tribunal Constitucional en supuestos similares, en los que argumentos como los utilizados por los recurrentes en el caso planteado ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, relativos a opiniones dadas de buena fe respecto de hechos ciertos afectantes a materias de interés público, son fundamentales para enjuiciar la legitimidad del ejercicio de la libertad de prensa y, en su caso, para otorgar amparo constitucional al periodista y al medio de comunicación, dado que el enjuiciamiento que nuestro Tribunal Constitucional realiza en estos casos (y que asimismo entiende que debió suceder en el enjuiciamiento hecho por el juez ordinario) se basa en los parámetros constitucionales derivados de los arts. 18 y 20 de la Constitución.

F) EL ESPEJISMO DE LA DRITTWIRKUNG

Junto a las resoluciones antes comentadas, existen otras muchas (bien es verdad que en la mayoría de ellas no se cuestionaba, por no ser el caso, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares) en las que el Tribunal Constitucional se limita a afirmar que los derechos fundamentales, en su faceta subjetiva, son derechos que garantizan a los particulares un ámbito de inmunidad o unas determinadas prestaciones frente al Estado⁵⁶⁵.

El análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la que se alternan sentencias que reconocen que los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones privadas con otras que lo niegan, o que se limitan a reconocer el deber de protección del juez a estos derechos fundamentales en las relaciones privadas mediante la técnica de la “interpretación conforme”, y en la que asimismo los resultados prácticos que se alcanzan en muchas ocasiones, aun sin tener un razonamiento expreso sobre la cuestión, son los de

honor en base a criterios exclusivamente basados en el *common law*, si bien en ese caso era la libertad de expresión la que había sido objeto de protección frente al derecho al honor que se invocaba infringido.

⁵⁶⁵ SSTC 5/1981, de 13 de febrero, 64/1988, de 12 de abril, 197/1988, 24 de octubre, 127/1994, de 5 mayo, 56/1995, de 6 de marzo, 173/1998, de 23 de julio, entre otras.

garantizar ampliamente la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, mueve a la perplejidad.

Da la impresión de que el Tribunal Constitucional, al resolver los recursos de amparo, da por supuesto de modo general la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, sobre todo en el ámbito de las relaciones laborales y en lo relativo a los derechos de la personalidad. Pero los problemas existentes en los casos en que no procedía conceder el amparo se salvan normalmente indicando que los derechos fundamentales son derechos frente a Estado o esencialmente frente a Estado, en vez de analizar cuál es el problema concreto (si la conducta del particular que recurre en amparo puede considerarse incluida en el ámbito de protección del derecho fundamental en cuestión, cuál es la naturaleza de la relación jurídico-privada, cómo ha de resolverse la colisión con los derechos fundamentales u otros bienes iusfundamentales de que son titulares las otras partes en la relación jurídica, etc.) que impide que pueda estimarse vulnerado, en el seno de la relación entre particulares, el derecho fundamental de quien recurre en amparo. Pero que en determinados recursos de amparo nuestro Tribunal Constitucional no haya reconocido la existencia de una violación de un derecho fundamental por la acción de otro particular no supone negar la vigencia de los derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones entre particulares, pues tampoco la denegación de amparo en supuestos en que tal amparo se haya solicitado frente a la violación de un derecho fundamental por un poder público es óbice al hecho incontrovertible de que los derechos fundamentales son oponibles frente a los poderes públicos.

Que los derechos fundamentales rijan en las relaciones entre particulares no significa que siempre que se invoque la violación de un derecho fundamental en una concreta relación jurídico-privada ese derecho fundamental tenga trascendencia real en la misma, ni que, aun estando presente, la conducta del recurrente esté protegida por el ámbito de protección o de inmunidad del derecho fundamental o tenga necesariamente que prevalecer frente a otros derechos fundamentales o bienes jurídico-constitucionales de los que es titular la otra parte en la relación.

Cuando el Tribunal Constitucional niega a veces que los derechos fundamentales tengan eficacia en las relaciones entre particulares es porque en ese caso concreto de relaciones entre particulares el derecho fundamental no tiene la eficacia que pretende el recurrente que amparo, y el Tribunal Constitucional, para negar la menor, niega la mayor.

No es ésta una postura exclusiva de nuestro Tribunal Constitucional. Afirma QUADRA-SALCEDO⁵⁶⁶ que en la doctrina alemana se llega a hablar de “espejismo” en la polémica sobre la *Drittwirkung* por cuanto que el Tribunal Constitucional la rechaza a nivel verbal, pero en la práctica encuentra plena acogida (en su modalidad mediata) en sentencias como la ya citada del caso *Lüth*⁵⁶⁷.

Tampoco se trata de una posición exclusiva de la jurisprudencia. También en la doctrina puede observarse en ocasiones este fenómeno: se rechaza a nivel abstracto la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero al analizar aspectos más concretos del sistema de derechos fundamentales se reconoce, con mayor o menor amplitud, tal eficacia. Es significativa, en este sentido, la posición de Luis María DÍEZ-PICAZO⁵⁶⁸, que al abordar la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, muestra una posición contraria a la *Drittwirkung*, por entender que la negación de tal eficacia *ex constitutione* parte de presupuestos intelectuales “más refinados”, lleva a resultados más coherentes, pues la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales es incompatible con la autonomía privada y contraria a la idea de libertad; y puesto que hay que diferenciar las situaciones en las que un derecho fundamental tiene o no eficacia horizontal y no existe criterio racional y objetivo para ello, es más coherente negar esa eficacia, sin perjuicio de que el legislador pueda extender la eficacia de esos derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, pero ya serían

⁵⁶⁶ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 48 y siguientes.

⁵⁶⁷ También en otros países se observa una situación parecida, siquiera sea con los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, en Bélgica, R. ERGEC, citado por Anne DEBET (“L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme sur le droit civil”, *cit.*, pág. 79), con la indicación de que tal afirmación es también aplicable a la situación francesa, dice que “la jurisprudence applique fréquemment cette doctrine de l’effet horizontal de la Convention sans presque jamais discuter son fondement, telle une prose qu’on fait sans le savoir”.

⁵⁶⁸ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 140, 141, 176, 210, 232, 254, 276, 279, 282, 343, 445 y 456, entre otras.

derechos de rango legal, no constitucional. Pero al pasar de lo general a lo concreto, reconoce tal eficacia horizontal *ex constitutione* de los derechos fundamentales, bien en determinados sectores jurídicos (con carácter general, en los sectores de las relaciones laborales y de las relaciones internas de las asociaciones), bien respecto de diversos derechos fundamentales (derecho a no ser discriminado, al menos en materia de relaciones laborales, libertad ideológica y religiosa, derecho a la libertad y seguridad del art. 17, derecho a la intimidad personal y familiar, secreto de las comunicaciones, derecho de autodeterminación informativa, libertad de expresión e información, derecho de participación política, derecho de huelga, libertad de empresa, etc.),

Decían en el año 1988 Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO⁵⁶⁹ que “...con la aislada excepción de la Sentencia 18/1984, el Tribunal Constitucional ha preferido soslayar las ocasiones de punzarse con las espinas de la *Drittwirkung*. Curiosamente, a esta negativa a las formulaciones generales -seguramente deliberada, por razones de «prudencia» en la política jurisdiccional de amparo- corresponde una constante tendencia al reconocimiento generoso de la *Drittwirkung* en los casos concretos...”. Desde esa fecha, aunque son algunos más los casos en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado con cierta generalización sobre la *Drittwirkung*, la situación, como se ve, no ha cambiado mucho.

⁵⁶⁹ “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 139.

CAPÍTULO IX

EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIRTUALIDAD FRENTE A LAS VULNERACIONES PRODUCIDAS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

A) GARANTÍAS NORMATIVAS O GENERALES Y GARANTÍAS INDIVIDUALES O JURISDICCIONALES

Se ha afirmado que en la historia del constitucionalismo anterior a la II Guerra Mundial los textos constitucionales de diversos países europeos, entre otros el nuestro, contenían declaraciones de derechos, pero los mismos eran meros principios programáticos, enunciaciones de principios iusfundamentales carentes de eficacia jurídica real, aunque esta afirmación necesita ser matizada⁵⁷⁰. Lo que sí parece claro es que los ordenamientos

⁵⁷⁰ En esta cuestión, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (“El valor normativo de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político* núm. 44, 1998, pág. 36 y siguientes, “El valor normativo de la Constitución de 1978”, en *La Constitución de 1978. 20 años de democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 283 y siguientes, y “La Constitución de 1978 como norma jurídica”, en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, tomo II, pág. 1863 y siguientes) es tajante en afirmar que “... a esta básica significación jurídico-política, la Constitución de 1978 unió una novedad radical que la ha singularizado en toda nuestra historia constitucional, la de haberse deliberadamente configurado para ser una norma jurídica perfectamente operativa por sí misma en su función de cabeza y fundamento de todo el ordenamiento jurídico”. Según este autor, “los enunciados contenidos en las Constituciones [españolas], bajo la vestidura formal de un lenguaje jurídico, no habían sido nunca consideradas como normas jurídicas propiamente dichas...”. En su opinión, esta situación no era exclusiva de nuestro país en Europa, pues la Constitución no es en ningún lugar de Europa antes de la II Guerra Mundial una norma invocable ante los Tribunales. “Esta falta de condición normativa de la Constitución fue refrendada por toda la práctica judicial europea, que no admitió nunca que fuese invocada como norma de decisión de litigios y menos aún como paradigma de la validez de las leyes”. En España, según este autor, “el Tribunal Supremo fue completamente explícito: la eventual infracción de la Constitución no era invocable como motivo de casación de las sentencias inferiores de modo que estas sentencias eran perfectamente válidas si desconocían o infringían abiertamente cualquier contenido constitucional”. Respecto de la parte dogmática de las Constituciones anteriores, “esas declaraciones y principios no podían ser invocados ante los Tribunales como normas de decisión de un proceso, fuera éste de cualquier clase. Desde que se instauró el recurso de casación en las jurisdicciones civil y penal y desde los orígenes de la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo declaró, sin una sola excepción, que la violación de esas normas constitucionales por las Sentencias recurridas no podía fundamentar ningún recurso de casación o contencioso-administrativo, que tales declaraciones y principios eran puramente programáticas, dirigidas al legislador y no a los jueces, y que sólo en la medida en que el legislador aceptara

constitucionales modernos refuerzan el reconocimiento constitucional de estos derechos mediante la utilización de diversos mecanismos que culminan un proceso histórico caracterizado por la tendencia hacia la positivización y por el recurso progresivo a técnicas jurídicas, cada vez más acabadas, de protección de los derechos fundamentales. Estas técnicas de protección incluyen, junto a la consagración constitucional de los derechos, la progresiva aplicación directa de la Constitución, el desapoderamiento al ejecutivo de la posibilidad de regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales y el confinamiento de esta facultad en el poder legislativo, la imposición de límites al propio legislador, el establecimiento del control de constitucionalidad de las leyes y el establecimiento de mecanismos de protección de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción ordinaria y, en algunos países, como España, también por parte del Tribunal Constitucional.

desarrollar ese programa, y en la extensión que soberanamente se decidiese, los principios constitucionales llegarían a ser propiamente normas jurídicas aplicables por los Tribunales”. Otros autores son de una opinión distinta. Fernando SANTAOLALLA (“Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución”, en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1^{er} trimestre 2001, pág. 187-216) recoge y resume buena parte de las opiniones doctrinales que afirman la normatividad de las Constituciones anteriores a la de 1978, desde la de Cádiz de 1812. Para este autor, se trataba cuanto menos de una normatividad “limitada”, pues al no existir las garantías del procedimiento cualificado de reforma constitucional ni del control de constitucionalidad de las leyes, la normatividad no estaba garantizada frente al poder legislativo, pero su obligatoriedad, cuando se trataba de previsiones constitucionales completas o susceptibles de ser aplicadas por sí mismas, sí regía plenamente frente a los poderes ejecutivo y judicial. Ejemplos de esa normatividad y obligatoriedad de las Constituciones serían, por ejemplo, el Decreto CCX de las Cortes de Cádiz, de 28 de noviembre de 1812, que estableció y trasladó a la Regencia que “los Tribunales del reino preferirán a todo asunto los relativos a la infracción de la Constitución política de la monarquía” o la ley de 17 de abril de 1821, que contenía diversas sanciones para conductas caracterizadas por implicar una vulneración de la Constitución, prueba del carácter normativo y obligatorio de la misma. Asimismo, cita este autor diversas resoluciones jurisdiccionales en las que se aplicaban diversos preceptos de las constituciones decimonónicas en vigor cuando fueron dictadas. Por tanto, sin desconocer que la normatividad de las constituciones posteriores a la última guerra mundial sea más intensa, entiende que se trata de una diferencia de grado, cuantitativa, pero no cualitativa. Que las leyes fundamentales del franquismo tuviesen un carácter meramente programático y los tribunales negasen su virtualidad jurídica no debe llevar, según Fernando SANTAOLALLA, a extender estas características a los textos constitucionales anteriores, de las cuales son su antítesis y negación. José Manuel ROMERO MORENO (“Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983), también entiende que en diversas Constituciones españolas del siglo XIX hubo algunas garantías jurisdiccionales de los derechos reconocidos en las mismas, llegando a afirmar que “en el siglo XIX español los derechos fundamentales van a constituir principios fundamentales de la convivencia política de los españoles únicamente cuando se va a reglamentar, del modo más circunstanciado posible, su posible defensa jurisdiccional” (pág. 29). Sobre esta cuestión puede consultarse también en “La defensa de la Constitución en la historia constitucional española”, Santiago A. ROURA GÓMEZ, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998. Por otra parte, en el periodo inmediatamente anterior a la II Guerra Mundial, ha de recordarse que la Constitución de la República Española previó la creación de Tribunales de Urgencia (art. 105 de dicha Constitución) y de un Tribunal de Garantías Constitucionales para el conocimiento del recurso de amparo (art. 121 de la Constitución republicana y Ley Orgánica de 14 de junio de 1933), si bien sólo el segundo llegó a crearse.

Esta combinación del reconocimiento constitucional de valores previos y utilización de técnicas jurídicas que positivicen dichos valores encontró una clara plasmación en la Ley Fundamental de Bonn, en la que “se reconocen” los derechos fundamentales, esto es, se admiten como preexistentes a la norma constitucional que los recoge, y se diseñan mecanismos de protección de los mismos a través de técnicas jurídicas⁵⁷¹.

Pueden distinguirse, con la generalidad de la doctrina, entre garantías generales o normativas y garantías individuales o jurisdiccionales.

a. Garantías generales o normativas

Por garantías generales o normativas de los derechos fundamentales se entienden aquellos presupuestos constitucionales que han sido considerados como protección del derecho con carácter preventivo. No se trata de un instrumento jurídico mediante el que el particular pueda poner en movimiento un procedimiento con fines reparadores ante la presunta vulneración del derecho, sino de un marco general de garantías que deben facilitar la existencia y viabilidad de otras más específicas. Los derechos fundamentales son algo más que derechos subjetivos alegables ante los poderes públicos, son también factores objetivos del ordenamiento que presentan una eficacia simultánea como elemento de defensa y elemento del ordenamiento jurídico, como derecho de participación y garantía procesal, como derecho de prestación y directriz para el legislador. La actividad de los poderes públicos no puede quedar al margen de una actividad positiva en defensa de los derechos y libertades. Responden a una concepción de los derechos fundamentales entendidos no sólo como derechos públicos subjetivos fruto de una tradición liberal, sino también como derechos a los que se incorpora una garantía institucional o instituto de aseguramiento, un soporte organizativo que ha de asegurar su pleno ejercicio⁵⁷². Son previsiones constitucionales no vinculadas a la vulneración real y concreta de un derecho fundamental,

⁵⁷¹ Joaquín GARCÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 22 y siguientes.

⁵⁷² Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 24 y siguientes.

sino requisitos de carácter general para la actuación de los poderes públicos o que limitan dicha actuación⁵⁷³.

Pueden distinguirse en nuestra Constitución las siguientes garantías de esta naturaleza:

- 1) Normatividad, aplicabilidad y eficacia directa de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales

Una primera garantía es justamente el carácter normativo de la Constitución, en concreto de su parte dogmática, y más concretamente aún, de los preceptos reguladores de los derechos fundamentales, y su aplicabilidad y eficacia directa. La Constitución es una norma jurídica, a la que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos en general (art. 9.1 de la Constitución). Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Esta previsión, contenida en el art. 53.1 de la Constitución, supone la singularización de la sujeción general a la Constitución prevista en el art. 9.1, reforzándola cuando se trata de los derechos fundamentales (el término vinculación tiene un mayor contenido imperativo que el término sujeción) y garantiza la directa aplicabilidad, sin necesidad de mediación legislativa, de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales (los del Capítulo II del Título I). En consecuencia, los derechos fundamentales tienen eficacia directa a partir de la propia Constitución y no es imprescindible (aunque sea muy conveniente) la intervención del legislador para que los ciudadanos puedan ejercerlos, puesto que el derecho está ya reconocido, con eficacia normativa, en la propia Constitución y ni su presencia en el ordenamiento ni su ejercicio por los ciudadanos depende de que el legislador actúe o deje de actuar.

Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional desde un principio, al declarar de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales que “vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 CE), y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos” (STC 21/1981, de 15 de junio, fj. 17º,

⁵⁷³ Joaquín GARCÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 27.

y 15/1982, de 23 de abril, f.º 8º); y asimismo ha declarado que “los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo” (STC 39/1983, de 17 de mayo, f.º 2º).

Esta aplicabilidad directa de los derechos fundamentales es un elemento relevante para su plena efectividad, pues se impide que su eficacia sea perturbada por la “legislación negativa”, es decir, por su no desarrollo por la legislación ordinaria. La aplicabilidad directa ha permitido que derechos fundamentales que no han sido regulados durante largo tiempo (v.g., derecho de autodeterminación informativa del art. 18.4 de la Constitución), o que lo han estado por leyes preconstitucionales (reunión, asociación, huelga), puedan ser ejercidos conforme a las normas constitucionales.

Esta aplicabilidad directa de los derechos fundamentales opera de forma conjunta con la Disposición Derogatoria⁵⁷⁴ de la Constitución, que soluciona los problemas originados por las situaciones en las que la ausencia de norma postconstitucional de desarrollo de los derechos fundamentales coincide con la existencia de normas preconstitucionales que regulan la materia de forma contraria al reconocimiento constitucional del derecho fundamental, evitando que el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales se viera desvirtuado por la aplicación de la normativa preconstitucional restrictiva o desconocedora de los derechos fundamentales.

El efecto combinado del carácter normativo y prevalente de la Constitución, como norma vértice del ordenamiento jurídico, la eficacia derogatoria de la Constitución y la aplicación directa de los derechos fundamentales permite que los derechos fundamentales cobren plena eficacia aunque no hayan sido objeto de un adecuado desarrollo legislativo y aunque existan normas anteriores contradictorias con ésta⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Sobre la disposición derogatoria de la Constitución como cauce de aplicación directa de la Constitución, José Luis VILLAR PALASÍ y Emilio SUÑE LLINAS, en el comentario al art. 9 de la Constitución en “Comentarios a la Constitución española de 1978”, Oscar ALZAGA VILLAMIL (dir.), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, pág. 484 y siguientes.

⁵⁷⁵ Joaquín GARCÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 31.

Muy directamente relacionada con esta garantía de la normatividad, aplicabilidad y eficacia directa de los derechos fundamentales está la cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución⁵⁷⁶, que incorpora expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, como criterio interpretativo básico, las declaraciones de derechos contenidos en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales, y en ocasiones, *per relationem*, la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales supranacionales de aplicación de dichos tratados⁵⁷⁷, proporcionando de este modo, desde el inicio de la vigencia de la Constitución, patrones interpretativos fundamentales para posibilitar esa aplicabilidad y eficacia directa de las normas sobre derechos fundamentales, a falta de un cuerpo doctrinal propio, carencia que hubiera supuesto un obstáculo importante para la efectividad de esta garantía general.

Como se ha expuesto con anterioridad⁵⁷⁸, esta garantía de la normatividad de la Constitución, en su calidad de norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, y la aplicabilidad y eficacia directa de los derechos fundamentales es especialmente importante para afirmar la eficacia de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares.

⁵⁷⁶ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Además de la citada Declaración Universal de los Derechos Humanos, otras normas de Derecho internacional, ratificadas por España y por tanto con plena eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, que regulan estos derechos fundamentales y libertades públicas son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

⁵⁷⁷ Así ocurre con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en relación al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Su jurisprudencia es fundamental en la interpretación de sus normas, como ha declarado reiteradamente tal Tribunal, interpretando el artículo 32.1 –anterior 45- del convenio, que establece:

“La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47”.

Además, sus resoluciones son vinculantes para los Estados que sean parte en los procesos que se sigan ante dicho Tribunal, pues el artículo 46.1 –anterior 53- del convenio establece:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

⁵⁷⁸ *Supra* epígrafe VI-A, “valor normativo de la constitución y eficacia de los derechos

2) Reserva de ley y respeto del contenido esencial

Otra garantía normativa establecida en el art. 53.1 de la Constitución es la de la reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales⁵⁷⁹. Como indica Javier PÉREZ ROYO⁵⁸⁰, la garantía de la reserva de ley, tradicionalmente la más importante del constitucionalismo europeo, tiene hoy un significado distinto al que tenía en el constitucionalismo liberal. Entonces su concurso era indispensable para el ejercicio del derecho, hoy no lo es, entonces eran derechos de configuración legal, hoy lo son de configuración constitucional, entonces era la única garantía institucional, hoy es una más entre varias garantías.

Pero es una garantía muy importante, pues mediante la misma se desapodera al Poder Ejecutivo para el desarrollo de los derechos fundamentales y se hace depender de los propios ciudadanos, a través de sus representantes, la interpretación inicial de la voluntad del constituyente respecto de los derechos fundamentales, “por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador” (STC 83/1984, de 24 de julio, fj. 4º).

Esta garantía tiene otra concreción fuera del art. 53.1 de la Constitución, como es la de la prohibición del Decreto-Ley (art. 86.1 de la Constitución), cuando el objeto de la norma sea la regulación del régimen jurídico de un derecho fundamental, no así cuando se trate de una afectación singular (STC 111/1983, de 2 de diciembre, fj. 8º y 9º).

fundamentales”.

⁵⁷⁹ “Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”

⁵⁸⁰ “Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 588.

Asimismo, cuando se trata de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, se añade la especialidad de la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución)⁵⁸¹, instrumento legislativo que exige un procedimiento específico de elaboración y aprobación que añade una garantía frente al mismo legislador (STC 140/1986, de 11 de noviembre, f.j. 6º)⁵⁸², y que comporta a su vez la prohibición de utilización de Decretos-Legislativos (art. 82.1 de la Constitución), la prohibición de Leyes de Comisión (art. 75.2 de la Constitución) y la prohibición de la Iniciativa Legislativa Popular (art. 87.3 de la Constitución). Y excluye asimismo la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas, ya que la ley orgánica ha de ser aprobada siempre por el Congreso de los Diputados⁵⁸³.

La reserva de ley tiene un límite: el respeto del contenido esencial, garantía tomada de Ley Fundamental de Bonn (art. 19.2)⁵⁸⁴. Marca la línea divisoria entre el desarrollo legislativo constitucionalmente aceptable de un derecho fundamental y el que lo vulnera. Mientras no se afecte al contenido esencial, el acto del legislador es constitucional, si lo afecta, la ley es inconstitucional.

⁵⁸¹ Aunque el texto del precepto constitucional se refiere “al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, el Tribunal Constitucional, desde la STC 76/1983, de 5 de agosto, f.j. 2º, ha entendido que afecta exclusivamente a los de la referida Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.

⁵⁸² Pero ello no quiere decir que leyes ordinarias no puedan afectar en alguna medida a tales derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha declarado al respecto en la STC 129/1999, de 5 de julio:

“...desde la STC 5/1981 este Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva [del art. 81.1 de la Constitución] y ello tanto en lo referente al término "desarrollar", como a "la materia" objeto de reserva. Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del Ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, fundamento jurídico 7º). Más concretamente, se ha afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que "desarrolle" la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho" (STC 127/1994, fundamento jurídico 3º). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar.”

⁵⁸³ Luis María DÍEZ-PICAZO, “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 100.

⁵⁸⁴ Aunque, como precisa Pedro CRUZ VILLALÓN (“La Carta de derechos y la Constitución española”, *cit.*, pág. 10, nota al pie núm. 12), mientras que en la Ley Fundamental de Bonn (y en la Carta de derechos del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa), estas garantías de la reserva de ley con respeto al contenido esencial se proyectan sobre las “limitaciones” a los derechos fundamentales, en la Constitución española lo hacen sobre la “regulación del ejercicio” de los mismos.

El Tribunal Constitucional estableció, en la STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 8º, dos criterios de aproximación a la delimitación del contenido esencial: 1º) el criterio de la reconocibilidad, manifestación del procedimiento científico clásico de ir de lo abstracto a lo concreto. Definido un tipo abstracto por la ciencia jurídica, se comprueba si el acto concreto del legislador encaja en el mismo, si es reconocible la decisión concreta en la definición abstracta. 2º) El criterio de los intereses jurídicamente protegidos, procedimiento típico de la jurisprudencia de intereses. Se trata de comprobar si el acto del legislador desconoce o no los intereses susceptibles de protección por el derecho fundamental. Tales criterios han sido empleados por el Tribunal Constitucional respecto de varios derechos fundamentales: derecho de reunión (STCC 36/1982, de 16 de junio), derecho a la tutela judicial efectiva (30/1989, de 7 de febrero), libertad sindical (SSTC 39/1986, de 31 de marzo, 105/1992, de 1 de julio), derecho de propiedad (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, 227/1988, de 29 de noviembre, 89/1994, de 17 de marzo), autonomía universitaria (SSTC 26/1987, de 27 de febrero, 187/1991, de 3 de octubre, 156/1994, de 23 de mayo, 75/1997, de 21 de abril). En ocasiones, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión ha sido polémica, como es el caso de la STC 196/1987, de 11 de diciembre, en relación a la privación a detenido incomunicado de ejercicio de derecho de libre elección de abogado, en la que Tribunal Constitucional distingue entre contenido normal y contenido esencial⁵⁸⁵.

3) El control de constitucionalidad

También en el art. 53.1 de la Constitución se prevé que los derechos fundamentales “se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1.a)” que se refiere al recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La garantía del control de constitucionalidad de la ley es esencial para la afirmación de la Constitución como norma jurídica investida de supremacía frente a la ley y para la definición de los derechos reconocidos en la misma como derechos fundamentales, que operan incluso frente

⁵⁸⁵ Javier PÉREZ ROYO, “Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 590. Sobre este tema se tratará con más detenimiento *infra*, epígrafe XI-G, “la resistencia de los derechos fundamentales a la inacción del legislador...”.

al legislador, a quien limitan su libertad de configuración del ordenamiento jurídico. La vinculación del legislador (y también del legislador de Derecho privado, naturalmente) a los derechos fundamentales se articula a través del sistema de control de la constitucionalidad de las leyes. De ahí que el recurso de inconstitucionalidad haya de considerarse también como un medio normal de protección de los derechos fundamentales⁵⁸⁶.

Aunque la remisión contenida en el art. 53.1 de la Constitución se hace sólo al recurso de inconstitucionalidad, el control de la constitucionalidad de las leyes también puede realizarse mediante la cuestión de inconstitucionalidad del art. 163 de la Constitución.

Pese a la atribución del conocimiento de estos procesos de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, que, como se verá, se integra en el sistema de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, este control de constitucionalidad de las leyes puede ser considerado como un medio objetivo de protección de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, protección “frente al legislador” que en su labor legislativa no respeta las exigencias derivadas de la regulación constitucional de los derechos fundamentales (tanto sustanciales como de mecanismos de producción

⁵⁸⁶ Aunque en España la mayor parte de los recursos de inconstitucionalidad son interpuestos por el Gobierno o por las Comunidades Autónomas por violación de las normas que realizan el reparto territorial de competencias, jugando un papel similar al de los conflictos de competencias, mientras que en otros países europeos la vulneración de las normas reguladoras de los derechos fundamentales constituye un motivo más frecuente de impugnación. Javier JIMÉNEZ CAMPO (en el debate sobre su ponencia “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en *La jurisdicción constitucional en España*, cit., pág. 114) y Héctor LÓPEZ BOFILL (en su comunicación “El control de constitucionalidad de la ley en España: ¿derechos o conflictos legislativos de competencia?”, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3 a 5 de diciembre de 2003), vienen a sostener que en el ámbito del control de constitucionalidad de la ley, la jurisdicción constitucional española ha actuado mayoritariamente como jurisdicción que resuelve conflictos “legislativos” de competencias en los que el Estado o la Comunidad Autónoma impugnan una ley de otro ente por considerar vulneradas las reglas de reparto competencial, de modo que el papel del Tribunal Constitucional como órgano que controla la adecuación de las normas con rango de ley a los derechos fundamentales proclamados en la Constitución ha sido sustancialmente menor. Según los datos del segundo de los trabajos citados, el control de constitucionalidad de las leyes por infracción de derechos fundamentales supone aproximadamente el 30% (suponiendo un 20% el referido a la legislación preconstitucional). El resto viene determinado por recursos de las Comunidades Autónomas o del Estado por entender que la ley estatal o autonómica, según los casos, invade sus competencias (56%) y el resto (14%) por entender que hay una infracción del sistema fuentes no ligada a cuestiones territoriales, con lo que el recurso de inconstitucionalidad se convierte en muchos casos en un soterrado conflicto de competencias. No hay que olvidar que las primeras manifestaciones en Europa del control concentrado de la constitucionalidad están ligadas más que a la sumisión de la ley al contenido de la parte dogmática de la Constitución, a la cuestión del reparto del poder, sobre todo el reparto territorial, que hacen las constituciones, tratándose más de un control de “federalidad” que de “constitucionalidad” (en este sentido, Pedro CRUZ VILLALÓN, “La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad [1918-1939]”, CEC, Madrid, 1987, pág. 50).

legislativa), y una forma de tutela indirecta de los derechos fundamentales, por cuanto que no puede ser puesto en marcha directamente por el particular que entienda que su derecho fundamental ha sido lesionado.

4) Los procedimientos de reforma constitucional

Otras previsiones constitucionales que pueden ser consideradas como garantías generales de los derechos fundamentales son las relativas a los procedimientos especialmente cualificados de reforma de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales. En el sistema establecido en los arts. 167 a 169 de la Constitución, la modificación de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales exige un complejo mecanismo, que no puede ser iniciado nunca en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el art. 116 (estados de alarma, de excepción y de sitio), y que opera como factor de garantía de los derechos fundamentales, evitando que la modificación sea fácilmente realizable. Cuando se trata de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, la rigidez extrema del procedimiento constitucional establecida en el art. 168 de la Constitución hace que sea calificada no de reforma sino de “revisión constitucional”⁵⁸⁷.

5) Otras garantías generales

Aparte de las garantías normativas o generales expuestas, en las que coincide la generalidad de la doctrina, algunos autores suelen añadir otras. Tales son, por ejemplo, la regulación uniforme de los derechos fundamentales en todo el territorio del Estado (arts. 139.1 y 149.1.1º de la Constitución), las instituciones del Defensor del Pueblo, alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración (art. 54 de la Constitución)⁵⁸⁸ y el Ministerio Fiscal⁵⁸⁹, que, entre otras

⁵⁸⁷ En este sentido, Javier PÉREZ ROYO, “Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 182 y 592.

⁵⁸⁸ Como “garantía de fiscalización” califica Ángel RODRÍGUEZ GARCÍA la institución del Defensor del Pueblo en “El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales”, en la revista *Poder Judicial*, número especial XV, *Reforma del proceso Contencioso-Administrativo*, pág. 10.

misiones, tiene la de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124.1 de la Constitución), estando entre sus competencias la de velar por el respeto de los derechos fundamentales (art. 3.3 de su Estatuto Orgánico, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), e incluso la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 de la Constitución), en cuanto que garantías socio-económicas que permitan la plenitud en el ejercicio de los derechos fundamentales.

b. Garantías individuales o jurisdiccionales

Las garantías normativas o generales, examinadas hasta ahora, son importantes pero insuficientes. Por perfectas que sean, siempre caben actuaciones erróneas o incorrectas que supongan el desconocimiento o la vulneración de los derechos fundamentales. Impiden la generalización o la plasmación legislativa de las vulneraciones de derechos fundamentales, pero no pueden impedir que en un caso concreto una persona vea violados sus derechos fundamentales.

Son los mecanismos reactivos y concretos los idóneos para impedir o reparar tales vulneraciones de los derechos fundamentales. Su función no es establecer un marco general

⁵⁸⁹ El Ministerio Fiscal es una institución a la que la Constitución dedica un precepto, el art. 124, dentro del Título VI, “Del Poder Judicial”, cuyos dos primeros párrafos establecen:

1. 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.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

Otros preceptos de la Constitución hacen referencia a esta institución, como es el caso de los arts. 76.1 (posibilidad de que las Comisiones de Investigación de las Cortes Generales comuniquen sus resultados al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas), el 126 (que sitúa a la policía judicial bajo la dependencia de los Jueces y Tribunales y de Ministerio Fiscal), el 127 (que prohíbe a los miembros del Ministerio Fiscal en activo el desempeño de cargos públicos y la pertenencia a partidos políticos y sindicatos) y el art. 162.1.b (que lo legitima para interponer el recurso de amparo constitucional).

que conlleve el respeto de los derechos fundamentales (en este sentido, no son mecanismos preventivos, aunque su adecuada regulación puede tener cierto efecto disuasorio frente a las vulneraciones de los mismos), sino prever los medios de reacción actuables cuando se produce una vulneración. Sólo la posibilidad de acudir a un órgano imparcial e independiente y dotado de fuerza coercitiva puede permitir la protección o reparación del derecho fundamental violado. Por eso, la protección de los derechos fundamentales de forma efectiva exige, junto a su reconocimiento constitucional, la existencia de una acción procesal para hacerlo valer en un proceso ante un tribunal. Las declaraciones constitucionales de derechos que no van acompañadas de esa acción procesal son meras declaraciones retóricas, normas programáticas o pautas de comportamiento social, pero difícilmente normas jurídicas que reconozcan de modo jurídicamente efectivo un derecho. No hay derechos fundamentales si no existe garantía jurisdiccional de los mismos (*no right without remedy*). La carencia de instrumentos de tutela jurisdiccional hace que los preceptos constitucionales que contienen los derechos fundamentales pierdan su carácter normativo y queden convertidos en meros principios cuya eficacia queda a expensas del desarrollo que de los mismos haga el legislador⁵⁹⁰.

La normatividad constitucional cobra sentido si los preceptos constitucionales son prescripciones de obligado cumplimiento y alegables ante los tribunales⁵⁹¹. Es su potencialidad procesal, su virtualidad en la vida jurídica real lo que hace de la Constitución una norma jurídica y no un mero organigrama de los poderes públicos. Constitución, derechos fundamentales y proceso son los tres pilares fundamentales que sostienen el Estado de Derecho.

Cuando son aplicables por los tribunales ordinarios, son los derechos fundamentales los que más vigorosa o más directamente hacen de la Constitución una norma jurídica. Los derechos fundamentales no son sólo el fundamento axiológico de la Constitución: son

⁵⁹⁰ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pág. 34.

⁵⁹¹ Afirma Pedro CRUZ VILLALÓN (“La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad...”, *cit.*, pág. 27) que el salto cualitativo operado en la Constitución lo ha sido como consecuencia de dos factores: el paso de la Constitución “orgánica” a la Constitución “material” y el paso de la “garantía política” a la “garantía jurisdiccional”.

también su componente jurificante, lo que hace de la Constitución una norma jurídica y no un mero mandato abstracto o un programa político. La normatividad de la Constitución descansa sobre la efectiva vigencia y eficacia jurídica de su parte dogmática⁵⁹².

El problema de la justicia constitucional, entendida en un sentido amplio de sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales a través de procesos que puedan ser activados por los propios ciudadanos y que son resueltos por un órgano independiente y en base a criterios jurídicos, se conecta con una cuestión examinada en las garantías generales: si conviene reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica. Si se le dota deliberadamente de la condición de norma jurídica, su eficacia debe quedar asegurada jurisdiccionalmente, y esa ha sido la opción de nuestra Constitución⁵⁹³.

Los derechos fundamentales son “fundamentales” porque se encuentran reconocidos y protegidos de forma cualificada por la Constitución. Pero son “derechos” porque son actuables, con base directa en el propio texto constitucional, ante los tribunales. En otro caso serían principios jurídicos, todo lo fundamentales que se quiera, pero no derechos subjetivos de los que son titulares los ciudadanos.

También en lo que se refiere a las relaciones jurídicas privadas es fundamental la posibilidad de dotar de mecanismos reactivos, activables a instancias de quien considera que su derecho fundamental ha sido vulnerado por la actuación de otro particular, a través de procesos en los que puedan ser invocados y aplicados los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales, sin que sea imprescindible que exista un desarrollo legislativo pleno y sin que pueda considerarse, por tanto, que estamos ante cuestiones de mera legalidad ordinaria, en las que el particular verá tutelada su pretensión si existe una ley que así lo establece expresamente, y el juez tenga vedado adentrarse en el terreno de la constitucionalidad. Porque, conectando con lo anteriormente expuesto respecto del carácter normativo de la Constitución como garantía general o normativa, la opción no es otra que considerar o que la Constitución, concretamente su regulación de los derechos

⁵⁹² Joaquín GARCÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 23 y siguientes.

⁵⁹³ En este sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 176 y siguientes.

fundamentales, sólo tiene valor normativo y eficacia y aplicabilidad directa en las relaciones jurídico-públicas y que por tanto tales derechos fundamentales no son eficaces en el Derecho privado, regulador de las relaciones jurídico-privadas (luego la Constitución no sería vértice de todo el ordenamiento jurídico, sino sólo del Derecho público), o que ese valor normativo y esa eficacia y aplicabilidad directa es predicable respecto del ordenamiento en su conjunto, y que por tanto los derechos fundamentales son también directamente aplicables en las relaciones privadas por los tribunales, ante los que puede solicitarse su tutela también en éste ámbito, sin perjuicio de los especiales condicionamientos que la eficacia de los derechos fundamentales tiene en los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico.

El diseño constitucional del sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales se contiene en los arts. 24, 53.2, 123.1, 161.b y 162.1 de la Constitución: cualquier ciudadano con interés legítimo puede solicitar la tutela de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios, puede hacerlo, cuando se trata de los reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, por un proceso basado en los principios de sumariedad y preferencia, y en su caso, en los casos y formas que la ley prevea, si la protección dispuesta por los tribunales ordinarios no le resulta satisfactoria, puede acudir (también para tutelar su derecho a la objeción de conciencia) en amparo al Tribunal Constitucional, que es el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales. Aunque la naturaleza de los órganos judiciales ordinarios y del Tribunal Constitucional no es la misma (simplificando, los primeros están integrados en el poder judicial y el segundo no lo está), sin embargo, a los efectos que aquí interesan, han de ser considerados ambos como órganos jurisdiccionales, en un sentido amplio, en tanto resuelven pretensiones de tutela de derechos accionadas mediante un proceso jurisdiccional y resueltas por órganos imparciales e independientes en base a criterios jurídicos.

En ocasiones, la garantía jurisdiccional es previa, “preventiva”, a modo de control no promovido por el propio titular del derecho fundamental (autorización judicial para la entrada en domicilio o intervención de las comunicaciones, arts. 18.2 y 3 de la Constitución) y en otras es posterior, reactiva frente a la vulneración e instada por quien tiene interés legítimo en la protección del derecho fundamental (además de la posibilidad en ciertos casos de que sea instada por el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo). Pero en todos los casos

está destinada a proteger los derechos fundamentales como derechos subjetivos de los que son titulares los ciudadanos.

B) EL SISTEMA DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: AMPARO JUDICIAL Y AMPARO CONSTITUCIONAL

a. Dos jurisdicciones pero un único sistema

La Constitución española no ha seguido el modelo kelseniano de justicia constitucional, que limita al Tribunal Constitucional la competencia para hacer valer el carácter normativo de la Constitución. Por el contrario, ha optado por el modelo establecido por la Ley Fundamental de Bonn, que establece la supremacía pero no la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de la Constitución. Es cierto que el Tribunal Constitucional tiene el monopolio de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, y por tanto de la anulación de las mismas⁵⁹⁴, pero no de cualquier aplicación de la Constitución. En concreto, en materia de protección de derechos fundamentales, el constituyente español optó por un modelo de justicia constitucional, en su aspecto de protección de los derechos fundamentales con base directa en la Constitución, difusa, integrada por todos los órganos del poder judicial y también, como instancia superior en esta materia, por el Tribunal Constitucional, que comparten esta tarea⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ Esta concentración en un solo tribunal de la competencia para anular leyes, con efectos *erga omnes*, por su contrariedad a la Constitución no tiene por primera finalidad la protección de los derechos fundamentales por vulneración constitucional del legislador, que también podría conseguirse mediante un sistema de control difuso, sino que persigue la protección del legislador parlamentario frente a la inobservancia del Derecho por los tribunales ordinarios y de la seguridad jurídica mediante la centralización de las sentencias vinculantes con carácter general sobre la validez o invalidez de las leyes, evitando la existencia de sentencias divergentes de los tribunales ordinarios sobre esta cuestión. Con lo que este proceso de control concentrado de constitucionalidad de las normas cumpliría también una “función de pacificación” (cfr. Albrecht WEBER, “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 7, mayo-agosto 1999, págs. 45-46). Este estado de cosas entra en crisis en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario y la pretensión de éste de regular derechos fundamentales (ver *supra* epígrafes III-E, “¿son derechos fundamentales los del ordenamiento jurídico comunitario?”, y V-E, “el espacio supranacional europeo”, e *infra* epígrafe X-B, “el riesgo del juez desvinculado”).

⁵⁹⁵ En este sentido, Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 84.

El sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales debe considerarse como una organización compleja en la que se incluyen los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional, y cuya función es la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. De ahí que para buscar soluciones al problema de la protección jurisdiccional de tales derechos no baste con reformar una sola de las piezas del sistema, sino que hay que hacer reformas que afecten a ambos planos, el de la jurisdicción ordinaria y el del Tribunal Constitucional⁵⁹⁶.

También el juez ordinario actúa materialmente como juez constitucional cuando realiza su función de proporcionar tutela a los derechos fundamentales, lo que permite hablar de “tutela difusa” de los derechos fundamentales. Es por ello que Manuel ARAGÓN REYES⁵⁹⁷ entiende que aunque la jurisdicción constitucional (la del Tribunal Constitucional) entró en funcionamiento en 1980, la justicia constitucional comenzó desde el mismo momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978, dado que la justicia constitucional es la actividad judicial de aplicación de la Constitución y la realizan tanto el Tribunal Constitucional como los jueces y tribunales ordinarios, pues la Constitución es norma jurídica inmediatamente aplicable de la que emanan derechos y obligaciones jurídicamente exigibles, por lo que desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución los jueces ordinarios estaban obligados a su aplicación y, por tanto, a la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en ella reconocidos.

Opina Manuel CARRASCO DURÁN⁵⁹⁸ que amparo judicial y amparo constitucional no son realidades diferentes. El amparo de los derechos fundamentales es una realidad amplia en la que se engloban el amparo ante los jueces ordinarios y ante el Tribunal

⁵⁹⁶ En este sentido, Pablo PÉREZ TREMPES, “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, *cit.*, pág. 183 y siguientes. De ahí, por ejemplo, que en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobado en el Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005 se reformen no sólo numerosos preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional relativos al recurso de amparo, sino también el incidente de nulidad de actuaciones ante la jurisdicción ordinaria, ampliándolo a cualquier infracción de los derechos fundamentales.

⁵⁹⁷ “25 años de Justicia Constitucional en España”, ponencia del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, diciembre de 2003, pág. 2 y siguientes.

⁵⁹⁸ “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 46. También María Luisa BALAGUER CALLEJÓN entiende que existe esta homogeneidad de funciones en lo relativo a la garantía de efectividad de las normas constitucionales (“La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria”, *cit.*, pág. 35).

Constitucional, que se relacionan según los principios organizativos establecidos fundamentalmente en la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial, como son los de subsidiariedad normal del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en todos los casos, salvo los *interna corporis acta* del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los excepcionales supuestos de los actos políticos del poder ejecutivo no sometidos a control judicial, como fue el caso objeto de las SSTC 196/1990, de 21 de noviembre, y 220/1991, de 25 de noviembre⁵⁹⁹, y el amparo frente a ciertas violaciones de derechos fundamentales cometidas por el juez ordinario en última instancia), la supremacía del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción ordinaria en materia de interpretación y aplicación de la Constitución, y por tanto en materia de derechos fundamentales, el carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y la especialidad del mismo (ámbito material limitado a cuestiones que enlacen directamente con el contenido constitucional de los derechos fundamentales a que se extiende su protección, 14 a 29 y 30.2 de la Constitución). Es la influencia de estos principios lo que diferencia la acción de amparo judicial y la de amparo ante el Tribunal Constitucional, matizando en un caso y otro la forma e intensidad de las facetas subjetivas y objetivas del amparo.

Por tanto, en la protección de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios se encuentran implicados en tareas comunes y el juez ordinario aparece como un auténtico juez constitucional⁶⁰⁰. Las diferencias entre ambas jurisdicciones, tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional, no responden al rango de las disposiciones y actos enjuiciables, ni dependen del canon de validez, sino que tienen que ver más con el diferente régimen de acceso a cada una de dichas jurisdicciones, la extensión de las

⁵⁹⁹ En el f.º 2º de esta segunda sentencia, el Tribunal Constitucional afirmaba:

“El caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto -negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por parlamentarios vascos- ante el cual la Ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por lo tanto improcedente el imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta, por lo tanto, innecesaria por inútil”.

⁶⁰⁰ Luis LÓPEZ GUERRA, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 29.

circunstancias a las que se extiende el conocimiento de aquéllas y los efectos de los pronunciamientos respectivos, que, aun persiguiendo en ambos casos el restablecimiento de los derechos fundamentales, poseen varias modulaciones derivadas de la distinta posición que los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional ocupan en el sistema de relaciones establecido entre ambas sedes jurisdiccionales: mientras que la resolución del Tribunal Constitucional tiene una eficacia que vincula en lo sucesivo a los tribunales ordinarios en la interpretación y aplicación que éstos hagan del precepto constitucional regulador del derecho fundamental, la resolución del juez ordinario sirve solamente para resolver la concreta petición de tutela del derecho fundamental que se le ha realizado⁶⁰¹.

Así, mientras que la faceta subjetiva, tuitiva de los derechos fundamentales, del amparo prestado por los jueces ordinarios es connatural a su función, la faceta objetiva queda matizada por los principios estructurales del sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El hecho de que el Tribunal Constitucional pueda corregir en el recurso de amparo las resoluciones previas de los jueces (el amparo constitucional se configura fundamentalmente como amparo frente al juez, y necesariamente cuando de la protección de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas se trata), y la supremacía de Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales (123.1 de la Constitución) y en todo lo que se refiere a la Constitución (art. 1.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) disminuye en una importante medida la eficacia de la jurisprudencia ordinaria en la realización de la faceta objetiva, consistente en la precisión del contenido de los derechos fundamentales mediante la interpretación de los mismos, y refuerza la eficacia orientativa de jurisprudencia del Tribunal Constitucional en amparo.

Este último aspecto no es atributo exclusivo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hay que entenderlo como manifestación concreta de la eficacia que puede reconocerse siempre en las resoluciones de cualquier Tribunal cuando actúe como

⁶⁰¹ Esta nota es especialmente importante cuando se trata de la aplicación de la cláusula derogatoria de la Constitución. Aunque dicha declaración puede hacerla tanto el Tribunal Constitucional, cuando la cuestión le ha sido sometida a través de una cuestión de inconstitucionalidad, como por el juez ordinario (así lo ha declarado el Tribunal Constitucional desde la STC 4/1981, de 2 de febrero) sólo la declaración realizada por el Tribunal Constitucional tiene eficacia *erga omnes*, mientras que cuando el juez ordinario no aplica una ley preconstitucional por entenderla derogada por la Constitución, al considerar una y otra incompatibles, esa declaración de inconstitucionalidad sólo tiene eficacia en ese concreto proceso judicial en el que se realiza.

jurisdicción de última instancia y es consecuencia de su carácter de órgano jurisdiccional supremo en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 de la Constitución) y de su potestad de anular resoluciones de órganos inferiores. Como recuerda Juan Antonio XIOL RIOS⁶⁰², toda decisión judicial tiene una dimensión subjetiva, en cuanto resuelve el caso concreto, y una dimensión objetiva, en cuanto sienta un precedente que es susceptible de ser tenido en cuenta en el proceso argumentativo de sucesivas resoluciones sobre idénticos o parecidos hechos, por lo que es claro que mientras más alta sea la posición del tribunal que dicta la resolución, más importante será su dimensión objetiva, pues mayor autoridad tendrá su sentencia cara a sentar precedente e influir en el modo de resolver las mismas o similares cuestiones por los tribunales inferiores⁶⁰³. Es en este sentido como deben delimitarse los efectos del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la obligación de los jueces y tribunales de aplicar preceptos constitucionales “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”⁶⁰⁴.

Aunque estas últimas afirmaciones son matizables. Ni el Tribunal Constitucional tiene propiamente una función de “última instancia” en materia de derechos fundamentales, por cuanto que el recurso de amparo ante el mismo no tiene por finalidad principal decir la última palabra en la aplicación de los derechos fundamentales, sino “amparar” a quien, habiendo invocado su protección ante los órganos judiciales, considera que tal protección no le ha sido dispensada, ni la sujeción de los tribunales ordinarios a la jurisprudencia del

⁶⁰² “Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»”, en *La sentencia de amparo constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 85.

⁶⁰³ Sobre este particular, es significativo que en los litigios sobre derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, o cuando se plantea en un proceso ante esta jurisdicción alguna cuestión procesal en la que tiene trascendencia el art. 24 de la Constitución, la jurisprudencia que suele invocarse no es la del Tribunal Supremo, sino la del Tribunal Constitucional. Está asumido, pues, que en lo relativo a garantías constitucionales, la instancia superior que sienta jurisprudencia vinculante (arts. 123.1 de la Constitución y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no es el Tribunal Supremo, sino el Tribunal Constitucional.

⁶⁰⁴ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 46 y siguientes. Una visión crítica del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial puede encontrarse en Tomás Salvador VIVES “Tribunales de Justicia y Jurisprudencia Constitucional”, revista *Poder Judicial*, núm. 2, junio 1986, págs. 9-13. Una panorámica de las opiniones que sostienen la distinción entre la “jurisprudencia” del Tribunal Constitucional, a la que se referiría el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la “doctrina” del mismo, a la que haría referencia el art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, puede encontrarse en Rosario SERRA CRISTOBAL, “La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo”, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 124 y

Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales tiene la misma intensidad que la que tiene a la jurisprudencia de los órganos judiciales superiores, por cuanto que, no rigiendo en nuestro sistema judicial ordinario el sistema del *stare decisis*, de la vinculación al precedente, la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (o a las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia o de las Audiencias Provinciales en las cuestiones que por su naturaleza no acceden al Tribunal Supremo) es mucho menos intensa que la vinculación estricta a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que resulta del art. 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin olvidar tampoco que al Tribunal Constitucional sólo tienen acceso, en amparo, las violaciones de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 14, en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, y la objeción de conciencia del art. 30, pero no del resto de derechos fundamentales consagrados en la Sección 2ª del citado Capítulo II del Título I de la Constitución, por lo que la tutela jurisdiccional de estos otros derechos fundamentales se encuentra atribuida en exclusiva a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de la tutela indirecta del Tribunal Constitucional a través de los recursos o cuestiones de inconstitucionalidad en las que entren en juego las normas constitucionales reguladoras de estos otros derechos fundamentales de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.

En la protección de los derechos fundamentales, la función tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional es una función propiamente jurisdiccional: conocen de casos concretos, en los que han de decidir, a la vista de las particulares circunstancias concurrentes, si se ha vulnerado o no un derecho fundamental. Esa típica función jurisdiccional es la que ha permitido a CAPELETTI hablar de la “jurisdicción constitucional de la libertad”⁶⁰⁵.

La protección de los derechos fundamentales, asegurada por la Constitución y desarrollada por la ley, corresponde tanto al juez ordinario como al constitucional, pues tanto el uno como el otro están vinculados por esos derechos y sujetos a la aplicación de la Constitución. Así pues, no pueden separarse esos planos como si fueran compartimentos

siguientes.

⁶⁰⁵ Como indica Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 51, el término acuñado por CAPPELLETTI fue trasladado a España por José Luis CASCAJO CASTRO, en su artículo de igual denominación en la Revista de Estudios Políticos, 1975.

estancos y encomendar la tutela de la Constitución a un juez y la de la ley a otro, pretendiendo que actúen de modo separado y sin ningún tipo de contacto. Todos, por el contrario, participan en el único sistema de garantía de derechos reconocidos por la norma fundamental. Por eso mismo, porque se trata de un sistema único, dentro de la unidad del ordenamiento jurídico, hace falta encomendar a alguien la última palabra. En materia de interpretación de la Constitución y, especialmente, en el ámbito de las garantías constitucionales, la última palabra la tiene en España el Tribunal Constitucional. Así resulta con claridad del art. 123.1 del texto fundamental, el cual, tras afirmar que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, añade esta excepción: “salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”, lo que conduce al Tribunal Constitucional regulado en el Título IX, el cual, en esta materia de garantías constitucionales, es la máxima instancia. Pero el hecho de que del art. 123.1 de la Constitución, en relación al art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se derive que el Tribunal Constitucional es órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales, indica claramente la existencia de un engarce entre jueces ordinarios y Tribunal Constitucional en materia de protección de derechos fundamentales como integrantes de un mismo sistema y dotados de una función homogénea, en tanto que en todos ellos es una función jurisdiccional, aunque articulada en base a principios que establecen una diversa posición en tal sistema⁶⁰⁶.

Quien afronta la tarea cotidiana de tutelar los derechos constitucionales de los ciudadanos es el juez ordinario. Sólo en la medida en que no sepa o no pueda desempeñarlo será posible acudir al Tribunal Constitucional. De ahí que el acceso a éste, a través del recurso de amparo, tenga un carácter extraordinario y, en la mayoría de los casos, subsidiario y que no conozca plenamente de los litigios relativos a la lesión de los derechos

⁶⁰⁶ Respecto de la naturaleza homogénea de la función de protección de los derechos fundamentales que tienen el Tribunal Constitucional, cuando conoce del recurso de amparo, y los jueces ordinarios, concretamente al analizar la figura de la analogía *secundum constitutionem*, manifiesta Javier JIMÉNEZ CAMPO (“Analogía «secundum constitutionem»”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, septiembre-diciembre 1992, pág. 10): “tampoco sería correcto, por lo demás, estimar que esta jurisdicción [el Tribunal Constitucional] cuenta, al resolver recursos de amparo, con facultades superiores a las que ostenta el juez ordinario cuando se ve enfrentado al dilema de integrar o no, mediante la analogía, una aparente laguna de la ley. Todo cuanto puede hacer el Tribunal Constitucional, al juzgar en amparo, está también al alcance del juez ordinario”.

fundamentales, sino únicamente en la medida en que sea preciso para comprobar si se ha producido y, en su caso, repararla.

Así lo ha declarado el propio Tribunal Constitucional en su STC 196/1995, de 19 de diciembre, fj. 1º:

“En este sentido es procedente recordar la doctrina constante y reiterada de este Tribunal ya expresada en el reciente ATC 173/1995, fundamento jurídico 2.º, en el sentido de que, el recurso de amparo no es un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales y, en consecuencia que no cabe acudir directamente a dicho Tribunal sin que previamente los órganos jurisdiccionales hayan tenido la oportunidad de reparar la lesión por los cauces que el ordenamiento jurídico ofrece ya que en otro caso se producirían dos consecuencias no conformes con la Constitución: en primer lugar, la desnaturalización del recurso de amparo al perder su carácter subsidiario y pasar a la primera línea de defensa de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso (SSTC 185/1990, 204/1990, 82/1991, 162/1991, 71/1992, y 211/1992, entre otras muchas) y, en segundo lugar, y en correspondencia con lo anterior, una injustificada alteración de las funciones que respectivamente corresponden a los Tribunales ordinarios y a este Tribunal en materia de defensa de los derechos y libertades fundamentales con merma de la encomendada por la Constitución a los primeros. Pues hemos dicho que tal alteración supondría tanto como advertir a los ciudadanos que «no pueden esperar que los Jueces y Tribunales ordinarios protejan sus derechos fundamentales y que sólo en este Tribunal pueden confiar a este respecto» lo que no es compatible con el dictado constitucional (STC 173/1994 fundamento jurídico 4.º) (ATC 172/1995, fundamento jurídico 2.º).”

Que el juez ordinario es el llamado a tutelar los derechos fundamentales no sólo es una proposición normativa, sino también una realidad práctica, como resulta de la comparación entre el número de asuntos sobre esta materia resueltos por los jueces

ordinarios y por el Tribunal Constitucional. Aunque los mecanismos extraordinarios de defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tienen más trascendencia en la opinión pública, no pueden ocupar, por su carácter extraordinario, el lugar central del sistema de protección de los derechos fundamentales, que corresponde a los órganos que, con carácter ordinario, tienen la función de proteger los derechos fundamentales de forma general y ordinaria, los jueces y tribunales ordinarios. Un sistema de protección de los derechos fundamentales no puede descansar sobre los mecanismos extraordinarios, sino sobre los ordinarios.

En el sistema español de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional es la pieza de cierre⁶⁰⁷, no la central. La mayor espectacularidad de sus actuaciones no puede ocultar que la protección de los derechos fundamentales no se asienta sobre el Tribunal Constitucional, sino sobre los jueces ordinarios. El Tribunal Constitucional es la cúspide del sistema de protección, no su base. La existencia de un gran número de amparos ante el Tribunal Constitucional (y sobre todo, si la mayor parte de los mismos fueran admitidos y estimados) sería indicativa de manifestaciones patológicas del sistema, pues pondría de relieve que los órganos encargados con carácter ordinario de la protección de los derechos fundamentales no cumplen su función.

Por tanto, la existencia del recurso de amparo ante Tribunal Constitucional no excluye la labor de los jueces ordinarios de proteger los derechos fundamentales, pues “la Constitución no lo contempla [al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional] como una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los Tribunales ordinarios, a los que el art. 53.2 encomienda la tutela general (SSTC 138/1985, 186/1987, 1/1988)” (STC 185/1990, de 15 de noviembre, f.º 4º).

También el art. 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su

⁶⁰⁷ “Garantía última o garantía de cierre” para la defensa del núcleo de los derechos fundamentales, en palabras de Miguel REVENGA SÁNCHEZ, “Las paradojas del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1981-1991)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, mayo-agosto 1994, pág. 26.

integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos”.

Por todo ello, la existencia de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no sólo no es incompatible con la protección de derechos fundamentales por los jueces ordinarios, sino que lo presupone, como ha entendido el Tribunal Constitucional desde su primera sentencia (STC 1/1981, de 26 de enero), por lo que el recurrente en amparo debe formular sus alegaciones relativas a derechos fundamentales ante los órganos judiciales ordinarios en términos tales que hagan innecesario acudir en amparo ante Tribunal Constitucional, dado que el proceso judicial es la vía ordinaria de defensa de derechos fundamentales y en el proceso ante la jurisdicción ordinaria debe satisfacerse el derecho fundamental haciendo innecesario el acceso a Tribunal Constitucional. En consecuencia, deben ser los órganos judiciales los que en primer lugar apliquen la Constitución.

Un órgano único, el Tribunal Constitucional, no puede cumplir con la función de tutelar los derechos fundamentales con prontitud, no es un órgano ordinario sino extraordinario de protección de derechos fundamentales, en casos extremos y con retardo. Es sobre todo un órgano de interpretación de la Constitución, que en lo que a los derechos fundamentales se refiere, determina el alcance y contenido exactos de los preceptos constitucionales que los reconocen o regulan sus formas de desarrollo.

Es la función de tutela ordinaria de los derechos fundamentales la que permite a los jueces ordinarios superar el plano de la legalidad y adentrarse en el de la constitucionalidad (STC 47/1985, de 27 de marzo, f. 5º). Ello tiene una enorme relevancia, en la medida en que es el gozne que imbrica la Constitución con la estructura judicial, poder del Estado llamado a aplicar el Derecho. Se conecta así el contenido normativo, en cuanto a derechos fundamentales se refiere, de la Constitución con la estructura orgánica que la Constitución diseña. Al tutelar los derechos fundamentales, el juez ordinario se convierte en juez constitucional. Los jueces ordinarios son por lo tanto los auténticos protagonistas de nuestro sistema de protección de los derechos fundamentales, los que mayor peso tienen en el buen

funcionamiento del sistema, en la medida en que los principales instrumentos del mismo son las garantías específicas que articula, y entre ellas, las acciones ante los jueces ordinarios⁶⁰⁸.

Así pues, en nuestro sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, al juez ordinario le corresponde la función de “tutela general” de los derechos fundamentales (art. 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), un papel de primera instancia en la protección de los derechos fundamentales, que sirve a su vez de “filtro” para evitar el colapso que supondría la atribución a un único órgano, el Tribunal Constitucional, de la protección de tales derechos.

Ahora bien, no puede olvidarse, como resalta Manuel ARAGÓN REYES⁶⁰⁹, que uno de los rasgos más significativos de este sistema es el del doble sometimiento o doble vinculación del juez ordinario: a la Constitución (con carácter general, como prevé el art. 9.1 de la Constitución, y de modo directo a los derechos fundamentales, en cuanto que poder público, por previsión expresa del art. 53.1 de la Constitución), que ha de cumplir y, por lo mismo, no puede ignorar o inaplicar, y a la ley, a la que está sometido (art. 117.1 de la Constitución) y de la que no puede disponer, lo que significa que no puede inaplicarla por razón de invalidez. La solución de esta aparente contradicción estará en la cuestión de inconstitucionalidad, que permite que los jueces, no pudiendo disponer de la ley, no estén obligados tampoco a aplicarla cuando la consideren inconstitucional (en este sentido, STC 17/1981, de 1 de junio, f.j. 1º). Por medio de la cuestión se hace posible la supremacía jurídica de la Constitución en todos los ámbitos del ordenamiento sin que se rompa el principio de la sumisión de los jueces a la ley; esto es, se hace posible que los jueces estén sometidos, al mismo tiempo, a la Constitución y a la ley⁶¹⁰, haciendo visible que más que una sumisión a la ley se trata de una sumisión a un sistema de fuentes establecido⁶¹¹.

⁶⁰⁸ Joaquín GARÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 25 y siguientes y 47 y siguientes.

⁶⁰⁹ “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 307.

⁶¹⁰ También en este sentido Enrique CANCER LALANNE, “La Constitución como motivo del recurso de casación”, en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 7, 1999, págs. 116-117.

⁶¹¹ María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”, *cit.*, pág. 53-54.

A su vez, como poder público, y también debido a la especial configuración del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el juez ordinario no solamente es uno de los poderes estatales que el Tribunal Constitucional ha de fiscalizar como causante de violaciones de derechos fundamentales, sino que el recurso de amparo queda configurado fundamentalmente como amparo frente al juez que no protegió el derecho fundamental en la vía de amparo ordinaria, o lo causó directamente *in procedendo* o *in iudicando*.

La previsión de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, posterior a la intervención de los jueces ordinarios, no es una exigencia ineludible de un sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (de hecho, en países como Italia no existe)⁶¹². En el caso español, se consideró conveniente introducir esta garantía adicional, contando con una instancia exterior al poder judicial, para asegurar la interpretación y garantía de los novedosos derechos fundamentales, sin inercias ni atavismos derivados de la época anterior, a la vista de que la transición a la democracia y la instauración del régimen constitucional se había hecho sin una depuración del poder judicial proveniente de la dictadura. Existía, pues, una razón orgánica, la desconfianza hacia el juez preconstitucional (a la tradicional *défiance à l'égard des juges*, origen de instituciones como el recurso de casación⁶¹³, la instauración del jurado civil, la potenciación de la conciliación, el arbitraje, los tribunales de familia, la figura del juez de paz⁶¹⁴ o el *referé* legislativo⁶¹⁵, debidas a la revolución francesa y algunas de las cuales perviven en nuestro actual ordenamiento jurídico, como es el caso del recurso de casación, o como el propio sistema continental de

⁶¹² Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 21.

⁶¹³ Miguel REVENGA SÁNCHEZ, “Las paradojas del recurso de amparo...”, *cit.*, pág. 27, Javier VECINA CIFUENTES, “La casación penal: el modelo español”, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 25, Manuel MORÓN, “Precisiones y significación constitucional del recurso de casación”, *La Ley* núm. 6129, 17 de noviembre de 2004. Paradójicamente, el “horror a la jurisprudencia” está en el mismo origen del recurso de casación (Juan Antonio XIOL RÍOS, “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 105).

⁶¹⁴ I. CREMADES y L. GUTIÉRREZ-MASON, en la introducción al “Discurso preliminar al Código Civil francés” de Jean-Etienne Marie PORTALIS, *cit.*, pág. 12.

⁶¹⁵ De acuerdo con esta institución, el poder legislativo podía, en determinadas circunstancias previstas en la ley de 24 de agosto de 1790, emitir un decreto interpretativo, vinculante para el tribunal de casación. El *referé* legislativo no fue abolido hasta 1837 en el ordenamiento jurídico francés (María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”, *cit.*, pág. 63, nota al pie 137).

control de la constitucionalidad⁶¹⁶, se añadía el hecho de que tales jueces hubieran estado aplicando las leyes de la dictadura⁶¹⁷), y otra funcional, la ausencia de doctrina y jurisprudencia sobre la regulación constitucional de los derechos fundamentales⁶¹⁸. De ahí que se estableciera este sistema jurisdiccional dual, que ha perdurado pese a la desaparición en buena parte de la justificación histórica del mismo.

Que sea el Tribunal Constitucional el órgano jurisdiccional superior en materia de derechos fundamentales quiere decir que, cuando entienda que los jueces ordinarios, en el ejercicio de sus competencias, no han amparado un derecho fundamental cuya protección se ha accionado ante ellos, o han causado, ellos mismos, su violación, declarará nulos sus actos y tomará las medidas necesarias para reconocer ese derecho, poner fin a la violación y restablecer a su titular en el pleno goce del mismo. Y actuará así porque lo que a la Constitución le importa es que el ciudadano obtenga la protección jurídica de la que es acreedor. Frente a ese objetivo, los posibles desajustes funcionales e, incluso, las posibles alteraciones a la regla de la distribución del poder entre los órganos estatales pasan a segundo plano⁶¹⁹.

Esta idea de que, en el sistema de justicia constitucional de protección de los derechos fundamentales, los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional comparten una misma función, de la naturaleza no idéntica pero sí homogénea del amparo judicial y del amparo constitucional, es importante en lo que afecta a la protección de los derechos

⁶¹⁶ Juan Antonio XIOL RIOS, “Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio DíEZ-PICAZO «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»”, *cit.*, pág. 89.

⁶¹⁷ Una descripción bastante atinada del ambiente de la judicatura bajo el franquismo puede verse en Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “El Tribunal Constitucional y los otros poderes del Estado”, en *Escritos desde y sobre el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 66. Con más extensión, Juan CANO BUESO, “La política judicial del régimen de Franco”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, y Francisco José BASTIDA FREIJEDO, “Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura”, Ariel, Barcelona, 1986, en el que se recogen numerosas sentencias del Tribunal Supremo en las que no es que se aplicaran las normas vigentes en la época, sino que, en el ámbito de libertad de apreciación que conceden normas en blanco o instituciones similares, se aplicaban diversos principios políticos del régimen franquista.

⁶¹⁸ En este sentido, Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 117, y Pedro CRUZ VILLALÓN, “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador”, en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 117.

⁶¹⁹ Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, *cit.*, pág. 131 y siguientes.

fundamentales en las relaciones entre particulares. Las reticencias de parte de la doctrina ante el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en esta materia ha llevado a algunos autores⁶²⁰ a afirmar que debe ser únicamente el Tribunal Constitucional quien declare en que supuestos puede afirmarse la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Frente a esta postura, debe recordarse que la naturaleza de la intervención del juez ordinario al reconocer y amparar los derechos fundamentales no es, en su aspecto tuitivo, de naturaleza distinta a la intervención del Tribunal Constitucional al hacerlo en un recurso de amparo. Juez de los derechos fundamentales lo es, en primer lugar, el juez ordinario, y sólo de modo eventual y subsidiario el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, para el caso de que se entienda que el derecho fundamental no ha sido amparado en el seno de la relación jurídico-privada por el juez ordinario cuando procedía ampararlo. Luego en este aspecto, lo que el Tribunal Constitucional puede hacer en un recurso de amparo al proteger un derecho fundamental vulnerado en una relación entre particulares, basándose directa o primordialmente en la Constitución, puede y debe hacerlo el juez ordinario que conoció el primer lugar, y si no lo hace, el Tribunal Constitucional concederá el amparo frente a la resolución judicial que, pudiendo y debiendo haber amparado al titular del derecho fundamental vulnerado en la relación jurídico-privada, no lo hizo.

Ello no obsta, naturalmente, a que la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al resolver la cuestión, las apreciaciones que realice sobre la vigencia del derecho fundamental en la relación jurídico-privada de que se trate, los criterios que establezca para resolver los conflictos entre derechos fundamentales o entre estos y otros bienes iusfundamentales en juego en las relaciones entre particulares, tenga una autoridad y una eficacia vinculante (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) de la que carecen las resoluciones que dicten al respecto los jueces ordinarios, y que, en lo sucesivo, el juez ordinario haya de atenerse a lo declarado por el Tribunal Constitucional cuando éste haya resuelto un recurso de amparo sobre una vulneración de derechos fundamentales en el seno de relaciones entre particulares, tanto en lo relativo a la eficacia de un derecho fundamental

⁶²⁰ Jesús GARCÍA TORRES, en “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 29 y, de modo más matizado, Josep FERRER I RIBA y Pablo SALVADOR CODERCH, “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, *cit.*, página 97, pie de página 51.

en una determinada relación jurídico-privada, como al establecimiento de criterios resolutivos de conflictos suscitados en ese tipo de relación entre distintos derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes constitucionales.

b. La polémica sobre la naturaleza de la justicia constitucional

La existencia de este sistema jurisdiccional dual, del que forman parte tanto jueces ordinarios como Tribunal Constitucional, para la protección de los derechos fundamentales, extiende en cierto modo a los jueces ordinarios la polémica que tradicionalmente ha afectado a la justicia constitucional acerca de si su naturaleza es propiamente jurisdiccional o política. Es cierto que esta polémica sobre la justicia constitucional ha afectado sobre todo a la función del Tribunal Constitucional como órgano de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes, pero la función de protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, que comparte con los jueces ordinarios, no es ajena totalmente a la citada polémica.

De acuerdo con Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA⁶²¹, el problema de la justicia constitucional enraíza en una cuestión de principio: si conviene reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica. Si se le dota deliberadamente de condición de norma jurídica, si se entiende que constituye el estatuto jurídico básico de la sociedad, su eficacia debe quedar asegurada jurisdiccionalmente.

Ello es predicable también respecto del campo de las relaciones privadas: si se entiende que la Constitución no debe limitarse a la regulación de lo público, de la estructura del Estado y de las relaciones entre éste y los ciudadanos, también ha de quedar asegurada jurisdiccionalmente la eficacia de la Constitución, de su parte dogmática, en las relaciones privadas, mediante el referido sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales. Y, como ya se ha examinado a lo largo de este trabajo, ésta ha sido la opción de nuestro constituyente, la de la Constitución como norma jurídica superior de todo el

⁶²¹ “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 175 y siguientes.

ordenamiento jurídico, cuya eficacia ha de quedar garantizada jurisdiccionalmente en todos los sectores de las relaciones jurídicas.

Por ello, afecta no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a los tribunales ordinarios en tanto integrantes de ese sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, la polémica acerca de si los problemas de trascendencia constitucional que se someten a su consideración pueden resolverse con criterios jurídicos, mediante los métodos propios de la decisión judicial, y no con puros criterios de decisión política⁶²². Como apunta Pedro DE VEGA GARCÍA⁶²³ la incidencia de lo político sobre lo jurídico adquiere en la justicia constitucional una dimensión más notable a la hora de tomar en cuenta algunas de las normas que han de servir de fundamento para dictar sentencias. La introducción en los ordenamientos constitucionales de fórmulas como dignidad del hombre, libertad, igualdad, Estado de derecho, etc., exigen del juez una definición previa de lo que debe entenderse por estos conceptos, definición que, más que jurídica, es una definición política.

A la vista del carácter abierto de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, de su regulación concentrada y fragmentaria, de la gran variedad de principios y valores, y de los problemas políticos e ideológicos que implican los litigios sobre derechos fundamentales, ¿son susceptibles de judicializarse, de reconducirse a soluciones jurídicas con parámetros preestablecidos, como es propio de todo litigio judicial, o necesariamente han de ser objeto de una actividad resolutoria meramente decisionista, excesivamente “creadora” y basada en criterios políticos, más propios de una actividad política⁶²⁴?

⁶²² Para Francisco TOMÁS Y VALIENTE (“La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 18-19), el Tribunal Constitucional resuelve de forma jurídica conflictos de contenido político, y pese a la posición eminente, propia de un juez, e imparcialidad objetiva e independencia de criterio del Tribunal Constitucional, ello no evita que resulte salpicado por los conflictos que resuelve.

⁶²³ “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, enero-febrero 1979, págs. 93 y siguientes. Sobre la importancia del factor político en la interpretación constitucional, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria”, *cit.*, pág. 62 y siguientes.

⁶²⁴ En este sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 158 y Manuel ARAGÓN REYES, “25 años de Justicia Constitucional”, *cit.*, pág. 42.

Para Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA⁶²⁵, esta polémica es una transposición de la polémica común sobre el carácter creador y evolutivo de la jurisprudencia en general, sobre su efectivo despegue de una actividad meramente exegética de textos legales, despegue de la visión expresada por la fórmula de MONTESQUIEU de *bouche qui prononce les paroles de la loi*. El juez, según afirma este autor, aplica o particulariza leyes previas, pero en esa función aporta valores propios, que no son ni pueden ser, por la sumisión del juez al imperio de la ley, de libre creación del Derecho, aunque significan necesariamente un elemento innovador.

Por otra parte, esta polémica se ha producido siempre que en el ordenamiento jurídico se han insertado normas que contienen cláusulas generales, como la buena fe, la interdicción del abuso del derecho o de su ejercicio antisocial, etc. Se trata de una de las tradicionales tensiones del Derecho: de la inmovilidad propia del Derecho codificado, constituido por regulaciones minuciosas y cerradas de las relaciones jurídicas, a la potencialidad decisionista de las cláusulas generales o de los principios generales del Derecho, pero que, a su vez, permiten avanzar en la solución de conflictos jurídicos e impedir que el Derecho se petrifique y sea incapaz de resolver cuestiones nuevas.

No se trata, pues, de negar los riesgos de la normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución, sino de ser conscientes de que la alternativa es negar eficacia normativa a la Constitución, condicionar cualquier eficacia de la Constitución a su desarrollo legislativo, e impedir que los litigios puedan resolverse, en caso de ser necesario, aplicando directamente la Constitución.

Por tanto, el juez constitucional (y ahí incluyo tanto al Tribunal Constitucional como al juez ordinario cuando actúa como aplicador de la Constitución, fundamentalmente en la protección de los derechos fundamentales) opera con normas abiertas, con conceptos jurídicos indeterminados. Pero este problema es conocido en términos prácticamente idénticos en todas las jurisdicciones, y además se produce no solamente cuando aplica directamente la parte dogmática de la Constitución a la decisión de litigios, sino también cuando aplica la cláusula derogatoria de la Constitución.

⁶²⁵ “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 223 y siguientes.

La regulación abierta y fragmentaria de los derechos fundamentales en la Constitución y la prohibición de *non liquet*⁶²⁶ (arts. 1.7 del Código Civil y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) hace que el juez ordinario se vea a menudo obligado, en un momento determinado del proceso de elaboración de la resolución judicial, a adoptar una última decisión valorativa sin base directa y precisa en la Constitución, tomando además en consideración las circunstancias concretas del asunto en el que esté en juego la eficacia de los derechos fundamentales. Se trata de una cuestión problemática, teniendo en cuenta sobre todo que el horizonte del constitucionalismo ha sido siempre el conseguir el *government by laws, no by men*, y esto es una excepción o al menos una matización a ese principio. Se trata, eso sí, de que tenga muy presente que esa decisión valorativa ha de respetar en todo caso el sistema de fuentes establecido⁶²⁷. Que no sólo ha de ser acorde con la escueta regulación constitucional, sino también con la regulación legal que desarrolle la previsión constitucional, a la que no puede ignorar ni contradecir, puesto que si no la estima conforme a la Constitución habrá de cuestionarla ante el Tribunal Constitucional, conforme al art. 163 de la Constitución (el respeto del sistema de fuentes implica en buena medida el respeto al art. 163 de la Constitución). Y que ha de seguir la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en toda clase de resoluciones (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de tal modo que si esa “decisión valorativa” ha sido ya adoptada por el Tribunal Constitucional en una resolución cuyo objeto coincida con el del litigio sometido al conocimiento del juez ordinario, el juez no pueda apartarse de la línea sentada por el Tribunal Constitucional y optar por aplicar un criterio distinto, fundado en opiniones personales discrepantes con el criterio que, al haber sido sentado por el Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, es vinculante para los órganos de la jurisdicción ordinaria.

⁶²⁶ La prohibición del *non liquet* tiene su origen en la práctica surgida en la etapa del *droit intermédiaire*, el Derecho de la Revolución francesa, correspondiente al periodo entre el fin del Antiguo Régimen y el advenimiento de Napoleón, en que “sobre el fundamento de la máxima de que los jueces deben obedecer las leyes y que les está prohibido interpretarlas, los tribunales, en estos últimos años, reenviaban a los justiciables, mediante recursos de urgencia, al poder legislativo, siempre que carecían de ley o la ley existente les parecía oscura. El Tribunal Supremo ha reprimido constantemente este abuso como una denegación de justicia” (Jean Etienne Marie PORTALIS, “Discurso preliminar del Código Civil”, *cit.*, pág. 42). De ahí que sean frecuentes en las normas surgidas en el proceso de codificación cláusulas de prohibición de la abstención de juzgar bajo pretexto de inexistencia, oscuridad o ambigüedad de la ley (actualmente, en nuestro Derecho positivo, arts. 1.7 del Código Civil y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

⁶²⁷ En este sentido, Francisco BALAGUER CALLEJÓN, “Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 273.

c. Diferencias y semejanzas entre la actuación del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo constitucional y la actuación de los tribunales ordinarios en su función de protección de los derechos fundamentales

Como se ha expuesto anteriormente, puede considerarse que en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios realizan una función que, en lo esencial, es de la misma naturaleza, una función “típicamente jurisdiccional”⁶²⁸, y las diferencias entre ambas jurisdicciones tienen que ver con factores tales como la extensión de las circunstancias a las que se extiende el conocimiento de una y otra jurisdicción (concretamente la reserva respecto de los hechos en el recurso de amparo), la especialidad del ámbito de su enjuiciamiento (reserva de constitucionalidad respecto del recurso de amparo) y los efectos de los pronunciamientos respectivos (remisión a la jurisdicción ordinaria de la articulación de las medidas concretas de reparación de la violación del derecho fundamental cuando afectan a cuestiones de legalidad ordinaria), entre otros factores.

El Tribunal Constitucional ha insistido en numerosas resoluciones en estas diferencias. En algunos supuestos, tales diferencias han sido referidas al recurso de amparo en relación al proceso especial de amparo judicial ante los tribunales ordinarios. En el extenso fundamento jurídico 3º de la STC 95/1997, de 19 de mayo, el Tribunal Constitucional hace referencia a esas diferencias en relación al proceso especial de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción contencioso-administrativa, declarando al respecto:

“La solución que necesariamente deriva de este entendimiento de la Sala sobre su función jurisdiccional en esta clase de procesos -y no es otro el problema que hemos de resolver-, ha de ser necesariamente que, en manera alguna, se pueden trasladar al recurso contencioso-administrativo de la L

⁶²⁸ En este sentido, respecto del Tribunal Constitucional, Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 42.

62/1978 las limitaciones y restricciones a que está sometido el recurso de amparo por la Ley Orgánica de este Tribunal. Aunque es cierto que uno y otro procedimiento coinciden sustancialmente, «ratione materiae», en el examen de las hipotéticas violaciones de los derechos y libertades, de conformidad con lo dispuesto por el art. 53,2 CE en relación con la disp. trans. 2ª LOTC (STC 196/1990 y ATC 426/1990). Y también es cierto que en ambos procesos, el de la Ley 62/1978 y el de amparo constitucional, está vedado el conocimiento de los problemas de mera legalidad ordinaria que se planteen, lo que hemos reiterado en varias ocasiones con respecto a aquél (SSTC 37/1982, 24/1983, 84/1987; AATC 7 73/1987, 224/1991) y en constantes y numerosas ocasiones respecto al recurso de amparo.

Pero aquí acaban las similitudes entre uno y otro proceso y comienzan las relevantes diferencias que los separan.

En efecto, de la propia Ley 62/1978, y más concretamente de su art. 7,1, se desprende que el procedimiento contencioso que regula se caracteriza por tener naturaleza preferente, lo que implica que no es preceptivo agotar la vía administrativa previa (STC 11/1982). Por el contrario, el recurso de amparo planteado contra resoluciones judiciales en sede constitucional, tiene naturaleza subsidiaria, según imponen los aps. a) y c) art. 44,1 de nuestra Ley Orgánica. En materia de derechos fundamentales y libertades públicas, este Tribunal no tiene la primera sino la última palabra: actúa, pues, como «ultima ratio». La tutela más inmediata corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios en todo tipo de procesos (art. 7,1 LOPJ), y sólo cuando éstos se han pronunciado al respecto, sin resultado satisfactorio para el recurrente, puede éste interponer el oportuno recurso de amparo ante este Tribunal.

La jurisdicción constitucional no puede, pues, suplantar a la ordinaria en su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pues en tal caso infringiría lo dispuesto en el art. 117,3 CE, ni a la del orden contencioso-administrativo en la tarea de controlar la legalidad de la actuación

administrativa, ya que en ese supuesto actuaría en abierta contradicción con lo previsto en el art. 106,1 de la norma fundamental.

Consecuencia y causa de lo anterior es que este Tribunal no se constituye en una nueva instancia revisora acerca de los hechos (STC 7/1993), pues por imperativo del art. 44,1 b) LOTC, le está vedado entrar a conocer de los mismos, cuya determinación corresponde precisamente a los órganos de la jurisdicción ordinaria cuando se solicita su tutela. Sin embargo, de la Ley 62/1978 y de su disposición supletoria, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, resulta que el Tribunal competente debe actuar con plenitud de jurisdicción respecto a las circunstancias fácticas que dieran lugar a la vulneración por el acto administrativo de los derechos fundamentales que se denuncien en la demanda. Si no lo hiciera así, como ocurre en este caso, estaría dando por buena la fijación de hechos llevada a cabo por la Administración sancionadora, sin realizar la función revisora jurisdiccional que corresponde a los órganos judiciales.

De admitirse el criterio de la sentencia impugnada resultaría superflua la necesidad de agotar la vía judicial art. 44,1 a) LOTC para acceder al amparo constitucional. Precisamente la razón de ser de las limitaciones a que está sometido dicho recurso radica en su naturaleza subsidiaria que condiciona en diversos aspectos (hechos, preceptos aplicables y su interpretación, pruebas y su apreciación) a lo que ya ha sido revisado en el procedimiento judicial previo al recurso de amparo. Las Salas de lo Contencioso-administrativo que sustancian el procedimiento contemplado en la Ley 62/1978, como ya hemos dicho, sólo pueden relegar los aspectos de legalidad ordinaria cuando estos aspectos no tengan relación alguna con la tutela de los derechos fundamentales comprendidos en los arts. 14 a 30 CE. Pero la Sala no sólo puede sino que debe -y esa es su función-, conocer y pronunciarse acerca de todas las cuestiones que se planteen en la demanda, tanto de hecho como de derecho, relacionadas con el contenido de los derechos fundamentales invocados, para, previo su enjuiciamiento y

fundamentación, adoptar la resolución que estime procedente. Debe actuar, pues, con plena jurisdicción, revisando la actuación administrativa en los términos que establecen los arts. 106,1 y 117,3, sin más limitación que el objeto del recurso que resuelve responda a los derechos protegidos por la vía de la L 62/1978”.

También se ha planteado en numerosas ocasiones si el hecho de que, como se desprende del art. 123.1 de la Constitución y 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, es la instancia jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales, supone que el recurso de amparo puede considerarse como una última instancia⁶²⁹ o recurso de casación en materia de derechos fundamentales respecto de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria.

Ignacio Díez-Picazo Giménez⁶³⁰ diferencia la función del Tribunal Constitucional según el tipo de recurso amparo que se formula. Si se trata de amparos de los arts. 42, 43 y los del 44 en los que la vulneración se atribuye realmente a la actuación de un particular (si bien formalmente la sentencia del juez ordinario sirve para permitir el acceso al amparo, como acto de un poder público), entiende que el amparo constitucional funciona como una propia y verdadera instancia jurisdiccional, de cognición limitada a la tutela de los derechos fundamentales pero con plena potestad de apreciación de hechos y de enjuiciamiento jurídico (plenitud de apreciación fáctica que sólo sería discutible en los supuestos de *Drittwirkung* en base al art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), funcionando como un proceso con dualidad de posiciones, demandante y demandado. Se trataría, en suma, para este autor de una última instancia de un proceso civil, laboral o contencioso-administrativo, con las peculiaridades indicadas en cuanto a la limitación de su objeto.

⁶²⁹ Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, en su trabajo “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 875, afirman que el proceso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios previsto en el art. 53.2 de la Constitución puede considerarse como la primera instancia del amparo, cuya segunda y última instancia debe ser el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁶³⁰ “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, en *La sentencia de amparo constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 21 y siguientes.

En el caso de los recursos de amparo del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en los que la vulneración se imputa directamente (de manera real y no como mero expediente técnico) al juez ordinario, el recurso de amparo funcionaría para este autor de un modo más parecido a un recurso de casación, por infracción de preceptos sustantivos cuando la vulneración del derecho fundamental se hubiera producido *in iudicando* y por quebrantamiento de forma cuando fuera *in procedendo*, si bien tales infracciones de preceptos sustantivos o normas procesales habrían de constituir vulneraciones de derechos fundamentales⁶³¹.

En ocasiones se ha resaltado por algún sector de la doctrina las similitudes entre el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y el recurso de casación. Vicente GIMENO SENDRA⁶³², admitiendo que el Tribunal Constitucional no puede ser considerado como una tercera instancia o “supercasación” de las resoluciones de los tribunales ordinarios, sin embargo entiende que en la medida en que el Tribunal Constitucional está legitimado para anular una resolución impeditiva del ejercicio de un derecho fundamental (art. 55.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), actúa como un tribunal de casación y el recurso de amparo se convierte en una casación especial, únicamente limitada, y partiendo de los hechos fijados por los tribunales de instancia, a examinar la aplicación e interpretación que los tribunales ordinarios han realizado de las normas constitucionales reguladoras de los derechos constitucionales.

Este autor discrepa de la opinión de quienes refutan la naturaleza casacional del recurso de amparo, afirmando que la función de la casación, desde la revolución francesa, no es otra sino la defensa del Derecho objetivo (*ius constitutionis*), asegurando su interpretación uniforme, mediante la defensa de los derechos subjetivos (*ius litigatoris*). Pues bien, el

⁶³¹ También Pablo PÉREZ TREMPES (“El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 300) se pronuncia en sentido similar, si bien precisa que en el amparo del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al no existir vía judicial previa, el recurso de amparo es absolutamente independiente respecto de los jueces y tribunales, que en el del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al existir una identidad de objeto entre el proceso *a quo* y el recurso de amparo, éste actúa como una última instancia pero sólo para la protección de los derechos fundamentales, y que en el amparo del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el mismo supone un control de tipo casacional de las actuaciones judiciales, pero sólo en lo que atañe a los derechos fundamentales.

⁶³² José Luis CASCAJO CASTRO y Vicente GIMENO SENDRA, “El recurso de amparo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1988, reimpresión 1992, pág. 97 y siguientes.

Tribunal Constitucional “garantiza la supremacía de la Constitución” (art. 27.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), es su “intérprete supremo” (art. 1.1º) y está autorizado a crear su doctrina legal (ver art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sólo para recursos de inconstitucionalidad, y 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para todo tipo de procesos); actúa como tribunal de casación, pero no en defensa de la legalidad ordinaria, sino en defensa de la Constitución. La circunstancia de que esta función la realice mediante la protección de los derechos fundamentales no desvirtúa su carácter casacional, pues no existe hoy tribunal de casación alguno que no proteja el derecho objetivo sin la tutela del derecho subjetivo. En resumen, concluye, si la protección de los derechos fundamentales se realiza mediante la aplicación y defensa de la Constitución, si le está prohibido al Tribunal Constitucional entrar a conocer de los hechos causantes de la violación, si está autorizado a asegurar la aplicación uniforme de la Constitución y a crear doctrina legal, y si la ejecución de sus sentencias suele hacerse mediante la técnica del “reenvío”, parece obligado concluir que la naturaleza del recurso de amparo hay que reconducirla a la de un recurso de casación “especial” por su objeto, cual es la defensa de la Constitución.

En lo que se refiere a la aplicación de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado, el Tribunal Constitucional Federal alemán, al negar la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ha admitido que su actuación en esta materia es en cierto modo la de un tribunal de casación, entendiendo el recurso de amparo como un recurso de casación en el sentido de medio de control por el Tribunal Constitucional de la aplicación de las normas sobre derechos fundamentales por los jueces ordinarios y no como medio de protección ante la vulneración de su derecho fundamental que el particular sufrió en una relación jurídico-privada. En la sentencia del caso *Lüth*⁶³³ censuró al órgano judicial por no tener en cuenta las modificaciones del Derecho privado que resultan de la conexión con las normas que garantizan los derechos fundamentales y libertades públicas y se reservó la facultad de controlar, por vía del recurso de amparo constitucional, el acierto de los tribunales ordinarios a la hora de medir el “efecto de irradiación” de los derechos fundamentales en el ámbito normativo en cuestión, pero sin

⁶³³ BVerfGE 7, 198

reconocer que el particular fuera titular de derecho fundamental alguno en la relación jurídica de Derecho privado⁶³⁴.

En nuestra doctrina, otros autores han puesto de manifiesto el aspecto casacional, como “casación universal”, del recurso de amparo. A la Constitución se le atribuye actualmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos democráticos el carácter de norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, al que da unidad, derivando de la Constitución todas las “ramas” de tal ordenamiento jurídico. En consecuencia, la instancia unificadora del ordenamiento jurídico no son ya los Códigos sino la Constitución, por lo que su cauce procesal no sería ya el recurso de casación sino el recurso de amparo, por medio del cual pueden llegar al Tribunal Constitucional todo género de casos con relevancia constitucional⁶³⁵. El recurso de amparo es el instrumento que permite al Tribunal Constitucional ejercer un control efectivo sobre el modo en que los tribunales ordinarios aplican el sistema de fuentes establecido y en particular imponer la observancia de la jurisprudencia constitucional, vía de lograr una interpretación uniforme de la Constitución. El recurso de amparo es el cauce para que el Tribunal Constitucional se convierta en centro de unificación, en clave de fiscalización de la interpretación conforme a la Constitución, del entero proceso de creación-aplicación del Derecho. En los sistemas continentales, con una Administración de Justicia dividida en órdenes jurisdiccionales diferenciados, con Salas de Casación diferenciadas, con una creciente complejidad del sistema normativo que implica el riesgo de pérdida de la unidad y coherencia necesarios para que cualquier ordenamiento jurídico funcione satisfactoriamente, es correcta la caracterización de la Constitución como

⁶³⁴ Aunque también el Tribunal Constitucional Federal ha advertido desde el principio contra la consideración de la queja constitucional como una instancia de revisión que permita realizar un control ilimitado de las decisiones judiciales, y así lo declara en sentencias como las de 10 de junio de 1961 y 10 de junio de 1964. En esta segunda declaraba:

“no sería conforme al espíritu general del recurso constitucional y a la misión particular del Tribunal Constitucional Federal que éste pretendiera asegurar el control sin restricciones de las decisiones judiciales exactamente como un tribunal de casación, invocando como motivo que una decisión incorrecta afecta a los derechos fundamentales de la persona afectada. Únicamente en el caso de violación de los derechos constitucionales en sentido estricto por los tribunales es cuando el Tribunal Constitucional Federal puede ser llamado a intervenir mediante un recurso constitucional”.

⁶³⁵ Luis María Díez-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, enero-abril 1994, pág. 35 (crítico al respecto, Pedro CRUZ VILLALÓN, “Sobre el amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, mayo-agosto 1994, pág. 22) y Francisco RUBIO LLORENTE, “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 132.

nuevo Derecho común, caracterización que, en la cultura jurídica decimonónica, correspondía a los Códigos y, en especial, al Código Civil⁶³⁶.

Ciertas características del recurso de amparo, derivadas unas, en mayor o menor medida, de la Constitución y otras de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, le confieren efectivamente cierto paralelismo al recurso de casación⁶³⁷: limitación de su objeto (arts. 41.3⁶³⁸ y 54⁶³⁹ de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), carácter extraordinario (“en su caso”, “en los casos y formas que la ley establezca”, arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución y 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) o reserva general respecto de los hechos probados (art. 44.1.b⁶⁴⁰ de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)⁶⁴¹, así como la utilización en muchos casos de la técnica del “reenvío” para que, una vez declarada la violación del derecho fundamental y la nulidad del acto que lo provocó, así como la procedencia de reparar la violación, sea la jurisdicción ordinaria quien precise los términos de tal reparación⁶⁴², sin que, por ejemplo, corresponda al Tribunal

⁶³⁶ Luis María DÍEZ-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, , pág. 34 y siguientes.

⁶³⁷ En algún caso, como es por ejemplo el de la STC 78/1982, de 20 de diciembre, fj. 6º, el Tribunal Constitucional alude a que su sentencia, al reconocer el derecho fundamental vulnerado, tiene el efecto de la segunda sentencia de casación, limitada a la cuestión *iusfundamental* planteada, al declarar:

“...nos encontramos ante un supuesto en el que el objeto del proceso antecedente es justamente el relativo a la determinación del alcance de un derecho fundamental, por lo que el reconocimiento del derecho cumple aquí los mismos efectos que la segunda sentencia en casación -si bien únicamente desde la perspectiva de la constitucionalidad-, es decir, que una vez declarada la nulidad de la sentencia impugnada y reconocido el derecho objeto del proceso, no procede que el Tribunal Central dicte nueva sentencia, dado que no podría aportar novedad alguna...”

⁶³⁸ “En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso”.

⁶³⁹ “Cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”.

⁶⁴⁰ “...con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”.

⁶⁴¹ En este sentido, Joaquín GARCÍA MURCIA, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, coord. Juan Luis REQUEJO PAGÉS, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pág. 701.

⁶⁴² En este sentido, Francisco RUBIO LLORENTE, “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 151, para quien esta “tendencia casacional” implícita en el reenvío del asunto al tribunal ordinario con retroacción de las actuaciones se ha acentuado incluso con el tiempo.

Constitucional fijar la indemnización en los casos en que tal reparación consista en una indemnización.

En el antiguo art. 161.1.a del proyecto de Constitución se había previsto una competencia del Tribunal Constitucional que lo configuraba como una especie de última instancia de la jurisdicción ordinaria, una especie de Tribunal de Casación en materia constitucional, puesto que incluía una cláusula mediante la cual podía controlar la constitucionalidad de la jurisprudencia ordinaria “en cuanto sea complementaria del ordenamiento jurídico”⁶⁴³, competencia que finalmente no apareció en el texto definitivo de la Constitución ni de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El propio Tribunal Constitucional, en algunas resoluciones, ha destacado aspectos que asemejan el recurso de amparo al recurso de casación. Además de la anteriormente citada STC 78/1982, de 20 de diciembre, el ATC 30/1985, de 16 de enero, f.j. 2º, declara:

“Como ha señalado con gran reiteración el Tribunal Supremo de Justicia, con una doctrina que si bien nace en el desarrollo de los recursos de casación por infracción de ley, es por sus propios fundamentos aplicable a los recursos de amparo constitucional, el recurso se da contra el fallo de los Tribunales a quo, porque sólo en el fallo se puede contener la violación de la Ley, en el caso de los recursos de casación o la vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano, en el caso de los recursos de amparo, de suerte que no puede servir para fundamentar un recurso las consideraciones o argumentaciones que el Tribunal haya realizado cuando no hayan tenido trascendencia o reflejo en el fallo”.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado de modo reiterado que no es una tercera instancia y que su finalidad no es corregir las resoluciones de los órganos de la jurisdicción ordinaria (entre otras, SSTC 11/1982, de 29 de marzo, f.j. 4º, 62/1983, de 11 de julio, f.j. 3º, 36/1983, de 11 de mayo, f.j. 1º, 16/2002, de 28 de enero, f.j. 5º). Ha afirmado,

⁶⁴³ Cfr. Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 37.

también de modo reiterado, que el recurso de amparo no es un recurso de casación y que su finalidad no es la de corrección “en abstracto” de la doctrina establecida por los tribunales ordinarios sobre las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales. Así, la STC 86/1985, de 10 de julio, f.j. 2º, afirma:

“La sentencia impugnada, se nos dice, viene a resolver una especie de «cuestión de inconstitucionalidad en abstracto» en la que no se protegen derechos de nadie en concreto (alegato que también guarda un curioso paralelismo con el reproche que los demandados hacen al presente recurso como «recurso abstracto», «no basado en hechos, sino en temores», etc.) y la resuelve, además, apoyada en una interpretación inadecuada de la Constitución frente a la que se nos piden aclaraciones e ilustración.

Es obvio que esta última petición no puede ser atendida, pues si bien «la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad» (art. 40.2 LOTC) esa corrección no puede ser objeto de la pretensión y, desde luego, no cabe en modo alguno como objeto específico de un recurso de amparo”.

La STC 114/1995, de 6 de julio, f.j. 2º, declara sobre este extremo:

“La demanda confunde, en este extremo, la naturaleza y el sentido, y por consiguiente el ámbito, de la jurisdicción de amparo de derechos fundamentales que a este Tribunal corresponde en virtud de lo previsto en los arts. 53,2 («tutela de las libertades y derechos») y 161,1 b) CE («violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53,2 CE»), de donde resulta que la alegación, precisamente, de la violación de uno de estos derechos y la consiguiente petición de su tutela resultan presupuestos inexcusables de esta jurisdicción de amparo. Tal como se encuentra, pues, configurada dicha jurisdicción, no basta la alegación de que los preceptos constitucionales en

los que los diversos derechos fundamentales se proclaman han sido erróneamente interpretados o aplicados, pues el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas respecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales, sino sólo y exclusivamente sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos (SSTC 52/92, f. j. 1º y 167/86, f. j. 4º). De ahí que la cuestión, a nuestros efectos, no sea la de si, como entiende el recurrente, el art. 14 CE, en sí mismo, resulta infringido «tanto no teniéndolo en cuenta» como aplicándolo indebidamente. Pues la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos; de aquellos derechos fundamentales, se entiende, aludidos en el art. 53,2 CE. La infracción del precepto constitucional es, desde luego, condición necesaria, pero no condición suficiente. En pocas palabras, si se prefiere, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley.»

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la sustantividad y autonomía del recurso de amparo respecto del proceso ante la jurisdicción ordinaria. En la STC 78/1988, de 27 de abril, f.j. 1º, se afirma:

“Es de destacar, una vez más, que este recurso no constituye una nueva instancia judicial sino que se trata de un proceso autónomo, sustantivo y distinto, con un ámbito específico y propio para la protección reforzada de los derechos fundamentales, que tiene un auténtico plazo de caducidad para la correspondiente acción ejercitable ante este Tribunal (AATC 171/1984 y 189/1984, entre otros).”

Esta afirmación de la sustantividad del recurso de amparo respecto del proceso previamente seguido ante la jurisdicción ordinaria es puesta de relieve por el Tribunal Constitucional especialmente en los casos en que se ha pretendido el control de la legalidad

ordinaria (AATC 120/1981, de 11 de noviembre, f.º 1º, y 226/1983, de 25 de mayo, f.º 1º) o la revisión de la ponderación y valoración de la prueba (STC 63/1993, de 1 de marzo, f.º 5º). El control de la aplicación e interpretación que los tribunales ordinarios hagan de la legalidad ordinaria sólo corresponderá al Tribunal Constitucional “en la medida que ello es necesario para juzgar acusadas violaciones de derechos fundamentales” (STC 123/1983, de 16 de diciembre, f.º 1º).

Sin embargo, la línea seguida por el Tribunal Constitucional en el recurso de amparo ha acercado en algunos aspectos su actuación a la de los órganos judiciales ordinarios. Esta atenuación de las diferencias entre la actuación del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo y la de los jueces ordinarios al amparar en vía judicial los derechos fundamentales se pone de relieve en varios aspectos.

1) La reserva respecto de los hechos

El art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece:

“Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: (...)

Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”.

Para Joaquín GARCÍA MURCIA⁶⁴⁴ esta norma establece una regla de competencia, según la cual al Tribunal Constitucional sólo compete, a través del recurso de amparo, aclarar el alcance y sentido de los derechos fundamentales, sin que pueda inmiscuirse en el

⁶⁴⁴ “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, págs. 717 y siguientes.

relato de hechos, que habrán de llegar ya expuestos y probados por la jurisdicción ordinaria, sin que el Tribunal Constitucional pueda introducir modificaciones o novedades. Conecta con la regla del art. 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según la cual este Tribunal, cuando conozca de un recurso de amparo “respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”⁶⁴⁵. El Tribunal Constitucional, por tanto, ha de centrarse al resolver el recurso de amparo en cuestiones de Derecho (interpretación y aplicación de normas de la Constitución aplicables para la protección de los derechos fundamentales) sin poder adentrarse en cuestiones de hecho, que quedan circunscritas al proceso ordinario.

Consecuencias de lo expuesto serían: 1) El Tribunal Constitucional tiene que atenerse a los antecedentes fijados en proceso judicial; 2) no puede abordar cuestiones puramente fácticas; 3) no cabe plantear a través de este recurso discrepancias sobre relato de hechos.

Como conclusión de lo expuesto, no puede darse al recurso de amparo el carácter de una nueva instancia, y ni siquiera le corresponde los márgenes de revisión fáctica, sumamente limitados, del recurso de casación.

Pero lo anteriormente expuesto no significa que el Tribunal Constitucional tenga una absoluta prohibición respecto de todo lo que se refiera a los hechos, como en un principio pudiera parecer. El Tribunal Constitucional tiene que conocer los hechos y los antecedentes del caso, no ya para revisarlos o pronunciarse sobre los mismos, sino para tomar conciencia del problema de fondo, que normalmente aparece muy conectado a las circunstancias del caso. El Tribunal Constitucional necesita llevar a cabo un “análisis reflexivo” de los hechos,

⁶⁴⁵ Conexión que es puesta de relieve por otros autores, como es el caso de Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *cit.*, pág. 23, que califica al art. 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como “reiterativo y conexo” respecto del art. 44.1.b; en el mismo sentido, Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, “La Jurisdicción Constitucional”, *cit.*, pág. 880, que consideran la previsión del art. 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como innecesaria y redundante a la vista de la previsión del art. 44.1.b de dicha ley.

pues de otro modo es prácticamente imposible hacer la oportuna valoración jurídico-constitucional. El contenido y alcance de los derechos fundamentales, en mayor medida quizás que otros derechos, sólo puede detectarse y protegerse en un determinado contexto fáctico.

Sobre esta cuestión, la STC 59/1990, de 29 de marzo, declara en su fj. 2º:

“Lo que el art. 44.1.b) prohíbe a este Tribunal es que entre a conocer de los «hechos que dieron lugar al proceso» cuando la violación del derecho fundamental, cometido por el órgano judicial, lo sea «con independencia de tales hechos» o, lo que es lo mismo, lo que veda dicho precepto es el conocimiento de los hechos que sustentan una pretensión ordinaria (penal, civil o administrativa), que pudiera estar en conexión con una pretensión de amparo, nacida como consecuencia de una violación por el órgano judicial de un derecho fundamental; debiendo este Tribunal limitar, en tal caso, su examen a los hechos que fundamentan esta última pretensión constitucional.

Pero, en el caso que nos ocupa, no se aprecia esta «independencia fáctica», sino, antes al contrario, los hechos que permiten al Tribunal Supremo aplicar el «ius puniendi» del Estado y los que fundamentan la pretensión de amparo son los mismos; para el más alto órgano jurisdiccional ordinario la referida ocupación de la vía pública es constitutiva del delito de desórdenes públicos del art. 246 CP, en tanto que para el recurrente dicha conducta no es más que libre ejercicio del derecho de manifestación del art. 21.1 CE.

Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución -art. 161.1.b)- y por su Ley Orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de instancia, puesto

que, tal y como este Tribunal tiene afirmado, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación ni este Tribunal constituye una 2ª instancia (SSTC 2/1982, 36/1983, 73/1983 y 107/1983, 17/1984...).”⁶⁴⁶

Otra muestra de que la reserva respecto de los hechos objeto del litigio que establece el art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no supone que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de amparo sin tomarlos en consideración es la previsión, como trámite inmediatamente posterior a la admisión del recurso de amparo, de que se requerirá del órgano judicial las actuaciones previas o testimonio de las mismas (art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), además de tener facultades para recabar de los Poderes Públicos y de los órganos de cualquier Administración Pública la remisión del expediente y de los informes y documentos relativos a la disposición o acto origen del proceso constitucional (art. 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), e incluso puede acordar, de oficio o a instancia de parte, la práctica de prueba, actividad ésta que sólo puede servir para determinar los hechos sobre los que versa el amparo solicitado.

Además, en ciertas condiciones, el Tribunal Constitucional puede proyectar su juicio sobre la labor de apreciación y valoración de los hechos efectuada por el juez y sobre la valoración de las pruebas aportadas al proceso, y puede que perciba los antecedentes con diferente perspectiva y trate de extraer de tal percepción consecuencias jurídicas (v.g., SSTC 202/1999, de 8 de noviembre y 107/2000, de 5 de mayo). Por otra parte, en ocasiones entrar a conocer de la prueba de los hechos es el único modo de poder tutelar la interdicción de indefensión o la presunción de inocencia⁶⁴⁷.

La prohibición de entrar a conocer sobre los hechos del proceso judicial que se establece en el art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el supuesto de recursos de amparo respecto de actos u omisiones de los jueces ordinarios supone, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional no puede entrar en el análisis de los hechos a efectos de su posible revisión, o que se detenga en hechos que sirvan de sustento a meras

⁶⁴⁶ En similar sentido se pronuncian otras posteriores, como las SSTC 151/1999, de 14 de septiembre, f.º 1º, y 85/2003, de 8 de mayo, f.º 6º-c.

⁶⁴⁷ Manuel ARAGÓN REYES, “25 años de Justicia Constitucional en España”, *cit.*, pág. 38 y “Problemas del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 173.

pretensiones de legalidad ordinaria. Pero no impide que se examinen hechos que den fundamento a la pretensión constitucional. Y la cuestión alcanza relieve constitucional cuando se imputa al juez, precisamente, una actuación relacionada con los hechos que puede ser lesiva del derecho fundamental invocado. Porque puede que el juez extraiga consecuencias jurídicas desproporcionadas, injustificadas o irrazonables que por ello serían lesivas para los derechos fundamentales, por lo que, a partir de los hechos fijados en el proceso ante la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Constitucional puede revisar la ponderación hecha por el juez ordinario de los derechos fundamentales en juego.

La mayor virtualidad de las posibilidades de intervención del Tribunal Constitucional respecto de los hechos se produce en tres supuestos: 1) cuando la pretensión constitucional va inescindiblemente unida a la de carácter ordinario, como suele suceder en los asuntos penales; 2) en los supuestos en que se discute acerca del alcance o los efectos de los derechos típicamente personales –intimidad, honor, propia imagen- o de las libertades de expresión e información; 3) en los litigios sobre discriminación, en que la decisión final depende en gran medida del panorama que se desprenda de los hechos. El Tribunal Constitucional puede comprobar si la resolución judicial impugnada se fundamenta en las pruebas practicadas o es infundada, irrazonable o arbitraria (v.g., STC 7/1993, de 18 de enero), si cuenta con la necesaria motivación en la valoración de las pruebas (v.g., STC 174/1985, de 17 de diciembre), puede examinar, en definitiva, si la actividad probatoria fue correcta desde el punto de vista del art. 24 de la Constitución y puede entrar en la cuestión de la carga de la alegación y de la prueba que justifique la conducta que aparece a primera vista como discriminatoria⁶⁴⁸.

Esto acerca hasta territorios cuanto menos fronterizos la actuación del Tribunal Constitucional en el amparo constitucional y la de los jueces ordinarios en los asuntos en los que está en juego la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, puesto que al menos en los dos últimos supuestos señalados (juicios sobre derechos típicamente personales o sobre libertades de expresión e información, y sobre discriminación), los litigios en que se invocan los derechos fundamentales de los arts. 18 y

⁶⁴⁸ Joaquín GARCÍA MURCIA, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.* pág. 721.

20 son típicamente litigios entre particulares, y en cuanto a los litigios sobre discriminación, son otro supuesto típico de invocación de eficacia de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada (contrato de trabajo, asociaciones, filiación, etc.).

Así pues, en los asuntos en los que se invoca la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y se solicita su amparo, aumenta la posibilidad del Tribunal Constitucional de entrar a valorar los hechos, o a aplicar, con base directa en la regulación constitucional (aunque posteriormente hayan sido recogidas en la legislación ordinaria principalmente en el campo de las relaciones laborales) reglas relativas a la carga de la prueba, como ocurre en los supuestos de despidos disciplinarios tachados de discriminatorios.

La Sala 1ª del Tribunal Supremo ha hecho mención también en alguna ocasión a esta difuminación de las diferencias tanto entre la actuación de la jurisdicción ordinaria y la constitucional, como de las diversas instancias de la jurisdicción civil, concretamente de su función en casación y la función de los órganos inferiores, en primera instancia y apelación, en la protección de los derechos fundamentales, en lo que se refiere a la valoración de los hechos objeto del litigio. En la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003, el Tribunal Supremo ha declarado:

“Lo que sucede, pues, como en tantas otras ocasiones en que se enjuician posibles intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, la intimidad personal y familiar o la propia imagen, es que unos mismos hechos, indubitados en cuanto recogidos en textos escritos o en imágenes grabadas cuya realidad nadie discute, han merecido una muy distinta valoración jurídica a los juzgadores de las dos instancias, discrepancia jurídica que con no menos frecuencia persiste luego, cuando de estas materias se trata, entre los tribunales de casación y de amparo constitucional, aproximando en gran medida los procesos que sobre ellas versan a las cuatro instancias. Hasta tal punto es así que, frente a sentencias del TC como la de 13 Feb. 1995 (núm. 42/1995), decidida y explícitamente respetuosas con la ponderación judicial de los derechos en conflicto, otras en cambio, como la de 25 Feb. 2002 (núm.

52/2002), afirman con no menos rotundidad que en el enjuiciamiento sobre la confrontación de los derechos en presencia «este tribunal no se encuentra vinculado por las valoraciones efectuadas por los órganos jurisdiccionales». Y es que la experiencia demuestra que en materia de derecho al honor ceden muchas de las rigideces formales de los recursos de casación y de amparo y tanto esta Sala como el TC entran sin cortapisas a enjuiciar la licitud o ilicitud de la conducta del demandado”.

2) La limitación del objeto del recurso de amparo: la distinción entre constitucionalidad y mera legalidad

Otra de las diferencias que tanto la doctrina como el propio Tribunal Constitucional suelen resaltar entre la actuación de los tribunales ordinarios y la del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo es la que se refiere a la limitación de la actuación de éste al plano de la constitucionalidad. Esta limitación resulta de preceptos como el art. 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (“en el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso”), en relación al 54 (“cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los Jueces y Tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales”) y en ocasiones se liga también a la reserva sobre los hechos antes comentada, entendiéndose que de esta reserva se desprende también, de modo implícito, que el Tribunal Constitucional no puede entrar en cuestiones de legalidad ordinaria. Pero también en este extremo las diferencias entre la actuación de los tribunales ordinarios y Tribunal Constitucional se difuminan y se complican, en buena parte por la dificultad de distinguir entre uno y otro plano, que ha sido denominado, como un tema “poco claro”⁶⁴⁹, o, de modo más expresivo, como un tema “diabólico”⁶⁵⁰, llegándose en algún caso

⁶⁴⁹ Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 54.

⁶⁵⁰ Pablo PEREZ TREMP, “El recurso de amparo constitucional. Aspectos procesales”, en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 145.

a afirmar que “es imposible trazar una frontera entre constitucionalidad y legalidad ordinaria”⁶⁵¹.

La regulación constitucional de los derechos fundamentales es Derecho directamente aplicable sin necesidad de desarrollo legislativo, como ha declarado desde un principio el Tribunal Constitucional: “los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo” (STC 39/1983, de 17 de mayo, fj 2º). Asimismo, conforme al art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, éste, como intérprete supremo de la Constitución, está sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica y cuando dicta sentencia que otorgue el amparo, reconocerá el derecho o libertad pública “de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado” (art. 55.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). De lo expuesto podría derivarse que el Tribunal Constitucional, al resolver sobre la violación del derecho fundamental objeto del recurso de amparo, sólo habría de basarse en la regulación constitucional de los derechos fundamentales, sin poder entrar en consideraciones relativas a la legalidad infraconstitucional. Existirían así dos planos, el de la legalidad, reservada a los jueces ordinarios, y el de la constitucionalidad, compartido por éstos y por el Tribunal Constitucional.

Pero este aserto se revela incorrecto. Los derechos fundamentales se regulan en la Constitución mediante preceptos que han sido calificados como abiertos y de perfiles difusos⁶⁵², Derecho concentrado⁶⁵³, normas incompletas⁶⁵⁴, fragmentarias⁶⁵⁵ o como

⁶⁵¹ Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, *cit.*, pág. 218, que añade: “El ordenamiento jurídico es un sistema y no una mera yuxtaposición de normas. Dado que la Constitución es la norma suprema, y al mismo tiempo básica, del sistema, que irradia necesariamente a todo él mediante la fijación de los valores y principios que deben presidir la interpretación del resto de la normativa, una clara distinción es imposible y, además, disfuncional”. En similar sentido se pronuncia Manuel ARAGÓN REYES, “Problemas del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 173 y Pablo PÉREZ TREMPES, “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, *cit.*, pág. 201 y siguientes, que resalta que esta distinción entre constitucionalidad y mera legalidad es más difícil aún en materia de derechos fundamentales.

⁶⁵² Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 67.

⁶⁵³ P. LERCHE, en su trabajo “Stil, Methode, Ansicht”, 1961, recogido en la obra “Verfassungsgerichtsbarkeit”, editada por Peter HÄBERLE, Darmstadt, 1976, citado por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 68.

⁶⁵⁴ Alejandro NIETO, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *cit.*, págs. 387 y 348

“gloriosas ambigüedades”⁶⁵⁶, que precisan por lo general de una operación de concreción mediante su desarrollo legislativo para lograr una mayor eficacia, lo cual, por otra parte, es una característica común de la mayoría de las disposiciones del texto constitucional, que presentan un mayor grado de indeterminación que la mayoría de las normas infraconstitucionales, debido en buena parte a su ambigüedad y vaguedad y, sobre todo, y ello es especialmente predicable de los preceptos reguladores de los derechos fundamentales y libertades públicas, a la inclusión de “conceptos esencialmente controvertidos” (que expresan un criterio normativo, pero personas distintas están en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio), que garantizan que en la sociedad tendrán lugar determinados debates, y a la colisión entre disposiciones, como es el caso típico de las que protegen los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 de la Constitución) y las libertades de expresión o información (art. 20 de la Constitución)⁶⁵⁷.

Desde la perspectiva de la determinación del contenido de los derechos fundamentales protegibles en amparo, lo anteriormente expuesto significa que difícilmente puede fijarse dicho contenido a partir sólo de la Constitución sin acudir a otras normas, en especial a los tratados internacionales (art. 10.2 de la Constitución) y a las leyes de desarrollo: resulta difícil trazar una línea entre constitucionalidad y legalidad pues Constitución y ley colaboran a la hora de determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, bajo la supremacía de la primera⁶⁵⁸. Dado que la intervención del legislador ordinario resulta necesaria o al menos aconsejable en la práctica, y dado que las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse conforme a los

siguientes.

⁶⁵⁵ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 57 y siguientes y Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 45, quien califica los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales como “lapidarios y fragmentarios”.

⁶⁵⁶ Shirley M. HUISTEDLER, juez de los Estados Unidos, citado por José Luis CASCAJO CASTRO en “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 58: “mientras la precisión ocupa un lugar de honor en la redacción de un orden gubernativa, es, sin embargo, mortal cuando se trata de una constitución que quiere ser viva”. Otro autor norteamericano, Burt NEUBORNE (“El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana”, Civitas, Madrid, 1995, pág. 41) afirma que “precisamente porque los Fundadores estaban elaborando una Constitución, no una lista de la compra, las previsiones del *Bill of Rights* son excelentes generalidades que resisten –y, por supuesto, impiden– una lectura literal”.

⁶⁵⁷ Víctor FERRERES COMELLA, “Justicia constitucional y democracia”, *cit.*, págs. 19 y siguientes.

⁶⁵⁸ Pablo PÉREZ TREMPES, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 644 y “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 56.

tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por España, el Tribunal Constitucional ha de aplicar inevitablemente la legalidad infraconstitucional cuando tal desarrollo legislativo ha tenido lugar y ha de tomar en consideración al realizar su enjuiciamiento los referidos tratados internacionales. Como dice Manuel ARAGÓN REYES⁶⁵⁹, “en la mayor parte de los casos de amparo la distinción entre constitucionalidad y legalidad se hace prácticamente imposible, entre otras razones porque al Tribunal Constitucional le corresponde ser el intérprete supremo de la Constitución y de la constitucionalidad de la ley y porque precepto constitucional de derechos fundamentales y legislación de concreción o desarrollo de éstos forman un bloque que el Tribunal Constitucional no puede escindir y ha de utilizar para resolver”.

El problema se complica aún más en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal⁶⁶⁰, en los que el precepto constitucional que reconoce el derecho expresamente remite a dicho desarrollo legal para perfilar o limitar su contenido, categoría ésta calificada como “cajón de sastre”⁶⁶¹ por la diversa naturaleza de los derechos e instituciones contenidos en dichos preceptos, pero distinta en todo caso a los supuestos de

⁶⁵⁹ “25 años de Justicia Constitucional”, *cit.*, pág. 38.

⁶⁶⁰ Juan Luis REQUEJO PAGÉS (voz “derechos de configuración legal”, Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 385 y siguientes) entiende que son aquellos derechos que no sólo necesitan del legislador para que este arbitre los términos de su ejercicio, sino, antes aún, para que los conforme en su contenido, que se integra así, además de por el contenido esencial indisponible, por el legislativamente configurado. La STC 225/1992, de 14 de diciembre, ff. 1º, considera que la expresión derechos fundamentales de configuración legal “significa lisa y llanamente que se habilita al legislador, desde la propia Constitución, para delimitar el ámbito del derecho, sin mellar su contenido esencial”. Según José Ramón NOREÑA SALTO (“Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración legal”, en *Repertorio Aranzadi de Derecho Constitucional* núm. 18/2003, referencia West-Law BIB 2003\1523), se trata de una categoría fundamentalmente de creación jurisprudencial por el Tribunal Constitucional. Para este autor, si también a estos derechos fundamentales ha de reconocerse un contenido esencial, no existe realmente tal categoría de derechos fundamentales como distintos a otros, sino simplemente una mayor o menor gradación de la libertad de configuración que al legislador ordinario atribuye la Constitución en el desarrollo de cada uno de los derechos fundamentales, según la mayor o precisión de aquélla en cada caso. También para Luis María Díez-PICAZO (“Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 114-115), la noción de derechos fundamentales de configuración legal –básicamente, los de los arts. 23 y 24 de la Constitución– no designa una diferencia de cualidad, sino únicamente de cantidad, esto es, que algunos derechos fundamentales están más necesitados de desarrollo legislativo que otros. Y que en tales derechos fundamentales de configuración legal se produce un desdoblamiento de los criterios de constitucionalidad, de las normas de referencia: para enjuiciar si una ley respeta o no el derecho fundamental, el único criterio es la Constitución, que a menudo deja un amplio margen de apreciación al legislador, pero para enjuiciar si la Administración o los jueces respetan o no ese mismo derecho fundamental, el criterio viene dado por el conjunto norma constitucional más normas legales de desarrollo (SSTC 61/1989, de 3 de abril, 201/1999, de 8 de noviembre, etc).

⁶⁶¹ Pedro CRUZ VILLALÓN, intervención en la “Discusión a la tercera ponencia”, *Los procesos constitucionales*, *cit.*, pág. 144.

derechos fundamentales a cuyo “contenido esencial” el legislador ha añadido en la legislación de desarrollo un “contenido adicional”, que en todo caso es también relevante frente al Tribunal Constitucional, por cuanto que la vinculación que deriva de este contenido adicional, cuando realmente tiene relevancia constitucional por estar directamente relacionado con la esencia del derecho fundamental, es universal, salvo para el legislador que puede modificar tal contenido adicional⁶⁶². El contenido del derecho fundamental no se limita al esencial, éste es solamente el límite infranqueable para las restricciones o limitaciones que pueda establecer el legislador, pero la infracción de cualquiera de las facultades o ámbitos de inmunidad contenidos tanto en el contenido esencial como en el contenido adicional establecido por el legislador, siempre que tenga relevancia constitucional por su relación directa con la naturaleza del derecho fundamental y los intereses jurídicamente protegidos en el mismo, ha de considerarse como vulneración del derecho fundamental en cuestión.

En el caso de existir este desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional ha de tomar en consideración el mismo, cuando afecte directamente al contenido del derecho, puesto que en tales casos la violación de esa legalidad puede constituir la violación del derecho fundamental. En tales casos, la infracción de esas normas legales constituiría el instrumento de la vulneración del derecho fundamental, el vicio de legalidad sería causa del vicio de constitucionalidad, y la pretensión de amparo contemplaría argumentos propios de ambos ámbitos⁶⁶³. En consecuencia, no puede sostenerse que el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de amparo, pueda prescindir del examen de cuestiones de legalidad, salvo cuando carezcan de relevancia a efectos de la vulneración alegada por no afectar al contenido del derecho fundamental. Y en los casos de derechos fundamentales de configuración legal, la infracción de dicha legalidad puede ser justamente la causa eficiente y única de la lesión del derecho fundamental⁶⁶⁴. Por otra parte, como se ha dejado apuntado, también los tratados internacionales sobre derechos fundamentales han de ser tomados en

⁶⁶² Sobre la cuestión del contenido esencial y adicional de los derechos fundamentales se volverá más adelante, *infra* epígrafe XI-G, “la resistencia de los derechos fundamentales a la inacción del legislador”.

⁶⁶³ Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, *cit*, pág. 54.

⁶⁶⁴ Luis GÓMEZ AMIGO, “La sentencia estimatoria del recurso de amparo”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 31 y siguientes.

consideración por el Tribunal Constitucional en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución para valorar si ha existido vulneración del derecho fundamental⁶⁶⁵.

En todo caso, la discusión no estaría en la distinción entre el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad, sino entre la legalidad con relevancia constitucional, en la que el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de amparo, ha de adentrarse cuando sea procedente, y la “mera legalidad” ajena al contenido constitucional del derecho fundamental.

En relación con los derechos fundamentales de configuración legal (en concreto, con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución), el Tribunal Constitucional, en la STC 19/1983, de 14 de marzo, f.j. 5º, ha declarado:

“Dado el carácter formal del derecho reconocido en el art. 24.1 CE, la determinación de si se vulneró o no tal derecho requiere examinar si la legalidad aplicable se apreció o no adecuadamente, ya que la ilegalidad en la actuación puede constituir una inconstitucionalidad en la medida en que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Sólo desde la perspectiva constitucional, en cuanto pueda producir una vulneración de un derecho fundamental, podemos entrar en el examen de la aplicación de la legalidad...”

En definitiva, una completa distinción entre el plano de la constitucionalidad y el plano de la legalidad, limitando la competencia del Tribunal Constitucional cuando resuelve un recurso de amparo al primero de dichos planos, no parece posible. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en varias resoluciones. Así, en la STC 123/1983, de 16 de diciembre, f.j. 1º, se afirma:

“Un análisis de lo que disponen los arts. 117.3 y 123.1, ambos dentro del título que la Constitución dedica al poder judicial, y de lo que establecen

⁶⁶⁵ Sobre el valor de los tratados internacionales sobre derechos humanos en relación al sistema de derechos fundamentales de la Constitución española, ver *supra* capítulo III, “de qué hablamos cuando hablamos de derechos fundamentales”.

los arts. 53.2, 161.1.b) y 162.1.b), también CE, en cuanto al llamado recurso de amparo para la defensa de los derechos y libertades que dice el art. 53.2, atribuido al conocimiento de este Tribunal, pone pronto de relieve que es a los Jueces y Tribunales que dice el primero de los preceptos que hemos citado a los que corresponde en exclusividad el control de las violaciones de la legalidad ordinaria que, no traspasando este ámbito, se plantea en los procesos de que conocen, tanto en la vertiente sustantiva como en la atinente al proceso; pero también ese análisis enseña que correspondiendo al Tribunal Constitucional el velar por los derechos que dice el art. 53.2, a los que se dota de una protección jurisdiccional reforzada por cuanto se abre a ellos el acceso a este Tribunal por la vía singular del amparo, no podrá ser ajena al enjuiciamiento que se haga en tal proceso la legalidad ordinaria, y no sólo, desde el punto de vista de su constitucionalidad, función de incumbencia de este Tribunal, sino, además, desde el ángulo de su interpretación y aplicación, en la medida que ello es necesario para juzgar acusadas violaciones de derechos constitucionales”.

Finalmente, en la STC 50/1984, de 5 de abril, el Tribunal Constitucional se muestra consciente de la dificultad de distinguir claramente entre los planos de la constitucionalidad y de la mera legalidad y de atribuir a sí mismo y a la jurisdicción ordinaria, respectivamente, el conocimiento de uno y otro plano. Declara el Tribunal Constitucional en esta resolución, f.º 3º:

“La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al «plano de la constitucionalidad» y la jurisdicción ordinaria al de la «simple legalidad», pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario

para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada”.

En definitiva, la interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria puede tener trascendencia constitucional por su incidencia directa y plena en los derechos fundamentales protegidos por el recurso de amparo, pero no cabe flexibilizar esa incidencia identificando toda infracción de la ley como infracción constitucional. Esta cuestión es especialmente importante en lo que atañe a los derechos del art. 24 de la Constitución, pues en caso contrario el recurso de amparo quedaría desnaturalizado y se convertiría en una tercera instancia⁶⁶⁶. En este sentido, el ATC 151/1993, de 18 de mayo, fj. 1º, declara:

“Además, en distintas ocasiones este Tribunal ha reiterado que la interpretación y aplicación judicial de la legalidad ordinaria tan sólo puede ser objeto de recurso de amparo cuando produzca directamente una vulneración de los derechos fundamentales de contenido sustantivo consagrados en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, o cuando conculque directamente alguno de los derechos procesales constitucionalmente garantizados en el art. 24 de la Constitución, como son el acceso a la jurisdicción, las garantías procesales, la obtención de una resolución fundada en derecho o la ejecución de lo resuelto. Este Tribunal, que no es un órgano de revisión, no puede entrar en el conocimiento y corrección de los hipotéticos errores que hayan podido cometer los Tribunales ordinarios al resolver cuestiones de mera legalidad si ese juicio de legalidad ordinaria, además de erróneo, no impide, al mismo tiempo, por ejemplo, el acceso a los recursos o no produce indefensión alguna de las partes o no conlleva la inexecución de lo juzgado. El recurso de amparo, que no constituye una tercera instancia dentro de la jurisdicción ordinaria, no puede revisar las resoluciones judiciales a las que no se impute la violación directa de los derechos constitucionales susceptibles de amparo, sino simples errores de hecho o de interpretación y aplicación de la legalidad con la

⁶⁶⁶ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 35.

pretensión de que como tales, por el simple hecho de haber interpretado incorrectamente esa legalidad, ya producen automáticamente una violación, digamos indirecta, de los referidos derechos fundamentales. El hecho de que un Juez o Tribunal seleccione mal la norma aplicable o la interprete o aplique incorrectamente no vulnera sin más el art. 24.1 de la Constitución (STC 46/1983, AATC 372/1984, 104/1985)”

En lo que parece no haber discusión es en la improcedencia de limitar la función del juez ordinario, cuando de derechos fundamentales se trata, al plano de la legalidad. La idea de que los jueces ordinarios, en cuanto que el art. 117 de la Constitución los somete “únicamente al imperio de la ley”, son ajenos al plano de la constitucionalidad no es admisible, pese a que en un primer momento fuera la postura de algunos órganos judiciales, desconocedores de la eficacia normativa de la Constitución. Pero el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el juez ordinario no puede quedarse en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad (STC 47/1985, de 27 de marzo, f.j. 5^o⁶⁶⁷), especialmente cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata.

En lo que afecta a las relaciones jurídico-privadas, cierto sector de la doctrina entiende que para que los derechos fundamentales tengan eficacia en tales relaciones es necesario que haya un desarrollo legal que así lo prevea. En este sentido, Javier JIMÉNEZ CAMPO⁶⁶⁸ afirma que la delimitación legislativa originaria de los derechos fundamentales, es decir, aquella intervención del legislador que conduce a una definición complementaria del derecho que, sin quiebra de la Constitución, encuentra en la propia ley (en los fines que la orientan) su fundamento más próximo, es imprescindible, además de en otros supuestos (derechos fundamentales de configuración legal, de los extranjeros y en relaciones de supremacía especial), en el caso de derechos que viven en el seno de relaciones jurídico-privadas. La procedencia de tal tipo de delimitación sería lo que justifica que, en el seno de

⁶⁶⁷ Dice el Tribunal Constitucional en esta resolución que

“..., el Magistrado...debió amparar a la demandante en su libertad ideológica y declarar el despido nulo con nulidad radical por lesión de un derecho fundamental. La simple declaración de nulidad no basta, por varias razones: primera, porque con ella el órgano judicial se queda en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad al que aquélla (el art. 17.1 de la LET) le conduce...”

⁶⁶⁸ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 42.

las relaciones jurídico-privadas, el ejercicio de los derechos deba hacerse compatible con bienes infraconstitucionales como la buena fe o la interdicción del abuso.

Esta opinión es objetable. En primer lugar, no puede compartirse que sea imprescindible el desarrollo legal para que un derecho fundamental pueda tener vigencia en una relación jurídico-privada. Por ejemplo, no existe normativa específica que regule la instalación y utilización por el empresario de mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, y así se reconoce expresamente en la STC 98/2000, de 10 de abril, pese a lo cual el Tribunal Constitucional, en dicha sentencia, ha entendido plenamente vigente el derecho a la intimidad del trabajador en relación a la utilización de dichos sistemas y ha declarado que “...los órganos jurisdiccionales (y, en último caso, este Tribunal) [son] los encargados de ponderar, en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores, atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 de la Constitución, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad”. El derecho del profesional de la información a la cláusula de conciencia no tuvo regulación legal hasta la promulgación de la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, pese a lo cual el Tribunal Constitucional, en la STC 199/1999, de 8 de noviembre, fj. 2º, que versaba sobre hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de dicha ley, entendió que el mismo tenía vigencia en las relaciones entre el profesional de la comunicación y la empresa informativa antes de haber sido regulado por dicha ley. La interdicción de discriminación por determinados criterios establecida en el art. 14 de la Constitución no ha sido desarrollada en muchos campos del Derecho privado, o lo ha sido con cierto retraso, y sin embargo ello no significa que no sea de aplicación en este sector del ordenamiento, sin perjuicio de que haya de coexistir con la vigencia de otros derechos fundamentales y bienes constitucionales, y así por ejemplo la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2001 lo entendió aplicable, en su aspecto de no discriminación por razón de sexo, en el seno de una asociación privada. Y la enumeración podría extenderse a otros derechos fundamentales y a otras relaciones jurídico-privadas.

Por otra parte, la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en el campo del Derecho privado y la enorme variedad de situaciones y relaciones sometidas al mismo hacen que la regulación legal de los derechos fundamentales en tales relaciones no pueda ser en muchos casos más que fragmentaria.

Pero incluso en los casos de desarrollo legislativo del derecho fundamental, entiendo inadmisibles que el juez ordinario haya de limitarse al examen de la legalidad ordinaria cuando conoce de un litigio en el que está en juego la vigencia de un derecho fundamental en las relaciones jurídico-privadas. Es cierto que el juez ordinario ha de atenerse al sistema de fuentes, que no puede desconocer la ley ordinaria y apoyarse *per saltum* directamente en la Constitución, que ha de aplicar el derecho fundamental conforme ha sido desarrollado legislativamente o plantear la cuestión de inconstitucionalidad si entiende que el desarrollo legislativo desconoce el contenido esencial de tal derecho. Pero no es posible que la norma legal resuelva pormenorizadamente todos los supuestos de conflictos entre derechos fundamentales en el seno de tales relaciones. Como indica Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO⁶⁶⁹, no es posible determinar normativamente *a priori* la multitud de supuestos en que puede haber colisión entre unos derechos y otros, la ley no puede prever los mil detalles y las mil circunstancias que permiten dar la solución correcta a cada caso⁶⁷⁰.

Quiere ello decir que el juez ordinario, cuando conoce de un litigio en el que se plantea una vulneración de derechos fundamentales en el seno de una relación entre particulares, ha de ser juez de la legalidad ordinaria, pero ha de ser también juez de la constitucionalidad. En éste, como en el resto de los campos del ordenamiento jurídico, no es

⁶⁶⁹ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 36 y siguientes.

⁶⁷⁰ Sobre este particular, son significativas las palabras de Jean Etienne Marie PORTALIS, “Discurso preliminar del Código Civil francés”, *cit.*, págs. 35-36: “Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de los hombres es tan activa, sus intereses tan múltiples y sus relaciones tan extensas que le resulta imposible al legislador proveer a todo... Un código, por muy completo que pueda parecer, apenas está acabado cuando miles de cuestiones inesperadas se ofrecen al magistrado. Pues las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas. Los hombres, por el contrario, no descansan nunca; siempre actúan: y ese movimiento que no cesa nunca, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce, a cada instante, alguna nueva combinación, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo... El oficio de la ley es el de fijar, con amplitud de miras, las máximas generales del derecho; establecer principios fecundos en consecuencias, y no el de descender al detalle de las cuestiones que pueden nacer sobre cada materia”.

posible realizar una distinción tajante entre uno y otro plano, atribuyendo la competencia para conocer de las cuestiones de constitucionalidad al Tribunal Constitucional y relegando al juez ordinario al estricto conocimiento de las cuestiones de legalidad ordinaria. Ha de aplicar también la regulación constitucional de los derechos fundamentales, bien para suplir las lagunas de desarrollo legal de los derechos fundamentales, bien para interpretar las normas legales a la luz de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en los casos en que tal doctrina exista, bien para resolver conflictos entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes constitucionales, cuando este conflicto no tenga una solución directa en la legislación, que será lo usual, muchas veces por que son conflictos que no se plantean en abstracto y por tanto no pueden ser resueltos por la ley, sino que se plantean solamente en el momento aplicativo del Derecho, por lo que el juez ordinario debe realizar una ponderación constitucional de los derechos y bienes en conflicto.

En todo caso, lo que parece evidente es que tampoco en esta cuestión de constitucionalidad/legalidad ordinaria puede establecerse una diferencia radical y tajante entre el ámbito de actuación del Tribunal Constitucional y de los jueces ordinarios, cuando de proteger los derechos fundamentales se trata. Circunscribir la actuación del primero al ámbito de la constitucionalidad y la de los segundos al de la mera legalidad ordinaria no es admisible. Los jueces ordinarios no pueden circunscribirse al ámbito de la legalidad y han de adentrarse en el plano de la constitucionalidad para proteger los derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional no puede dejar de tomar en consideración la legalidad infraconstitucional, cuando se trata de legislación de desarrollo del derecho fundamental o estamos en presencia de derechos fundamentales de configuración legal, y dicha legalidad no sea ajena ni esté desconectada de la esencia o al interés cuya protección busca el derecho fundamental, ni tampoco puede dejar de tomar en consideración los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España.

3) El contenido de la sentencia de amparo en cuanto a las medidas de protección o reparación del derecho fundamental vulnerado

Un tercer aspecto en el que, entiendo, las diferencias entre la actuación del Tribunal Constitucional y de los jueces ordinarios en el amparo de los derechos fundamentales se atenúan o se complican, como quiera verse, es el del contenido de la sentencia que otorga el amparo del derecho fundamental vulnerado, y concretamente en la adopción de medidas concretas para la protección o reparación del derecho fundamental en cuestión⁶⁷¹.

Conforme al art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, “la sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

El juego combinado de factores como que el amparo constitucional es fundamentalmente amparo frente a los jueces (y, como veremos, lo es siempre cuando se trata de la vulneración de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada), por lo que el acto que ha vulnerado el derecho fundamental y que ha de anularse será la resolución judicial, y que la ajenidad del Tribunal Constitucional al plano de la legalidad no constitucional le impide entrar en consideraciones de legalidad ordinaria a la hora de adoptar “las medidas apropiadas” para la conservación o reparación del derecho (indemnización económica del daño causado por la lesión del derecho fundamental cuando no es posible la protección previa del mismo, medidas en relación al contrato de trabajo en el caso de despidos u otras medidas disciplinarias atentatorias a los derechos fundamentales, etc.),

⁶⁷¹ Sobre la tipología de pronunciamientos de las sentencias estimatorias de amparo dictadas por el Tribunal Constitucional puede verse “Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional”, Xavier PIBERNAT DOMENECH, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, mayo-agosto 1990, págs. 143-191.

hacían considerar que lo adecuado en estos casos era anular la resolución judicial vulneradora del derecho fundamental y utilizar la técnica casacional del “reenvío” para que, siguiendo los parámetros fijados por el Tribunal Constitucional, fuera el juez ordinario quien dictara la correspondiente resolución en la que se concretaran, en el plano de la legalidad ordinaria, las medidas de protección o reparación del derecho fundamental, fijando la indemnización procedente, las medidas concretas de reintegración del trabajador despedido a su puesto de trabajo o de eliminación de los efectos de la medida disciplinaria inconstitucional, etc.

Sin embargo, en muchos casos no ha existido una diferencia tan clara entre las medidas adoptadas en las sentencias otorgando amparo del derecho fundamental dictadas por la jurisdicción ordinaria y en las dictadas por el Tribunal Constitucional.

En primer lugar, y pese a que la consideración conjunta de los arts. 44, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pudiera entenderse que llevaba a considerar que en la sentencia en la que el Tribunal Constitucional concedía amparo habría de limitarse a anular la sentencia del juez ordinario causante de la lesión iusfundamental, reconocer el derecho fundamental conforme a su contenido constitucionalmente declarado y fijar los parámetros fundamentales para restablecer al recurrente en su derecho fundamental y conservarlo, sin entrar en los hechos objeto del proceso judicial del que el amparo dimanaba y sin realizar ninguna otra consideración adicional sobre la actuación concreta a realizar por juez ordinario, ello no ha sido así en muchos casos.

Especialmente relevante es esta cuestión en el caso de las vulneraciones de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas, en las que, como se verá, necesariamente el cauce del amparo es el del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es decir, amparo frente a la resolución judicial que no amparó o desconoció el derecho fundamental, por lo que la sentencia de amparo no podría imponer directamente una conducta a un particular, sino anular la resolución judicial vulneradora del derecho fundamental y reenviar el caso al juez, sin entrar en cuestiones de legalidad ordinaria, para que adoptara las medidas necesarias para reintegrar o reparar el derecho fundamental vulnerado.

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en el caso de despidos vulneradores de derechos fundamentales, no se ha limitado en muchas resoluciones a anular la sentencia del juez ordinario que desconoció el derecho al no declarar la nulidad radical del despido, sino que, además, declara ella misma la nulidad radical del despido, es decir, del acto del particular, pese a que el acto objeto del recurso de amparo no es técnicamente el acto del particular enjuiciado en el proceso ante el juez ordinario (lo impiden los arts. 41 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), sino la sentencia judicial que resolvió tal proceso de manera insatisfactoria para la protección del derecho fundamental. En resoluciones tales como las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 47/1985, de 27 de marzo, 88/1985, de 19 de julio, 6/1988, de 21 de enero, 114/1989, de 22 de junio, 66/1993, de 1 de marzo, 99/1994, de 11 de abril y 57/1999, de 12 de abril, el Tribunal Constitucional no se ha limitado a declarar la nulidad de las sentencias de la jurisdicción ordinaria que no ampararon adecuadamente el derecho fundamental (es más, en alguna de ellas, como la STC 38/1981, el fallo de la sentencia otorgando amparo no hacía referencia siquiera a la anulación de la sentencia de la jurisdicción ordinaria), sino que el Tribunal Constitucional directamente ha declarado la nulidad del acto del particular, el despido disciplinario, y ha ordenado al empresario (por lo general, un particular) que readmita al trabajador despedido, con lo que su resolución adoptaba los mismos términos que debería haber adoptado la sentencia del juez laboral ordinario al que se solicitó la tutela del derecho fundamental vulnerado.

En otras ocasiones, como es el caso de la STC 78/1982, de 20 de diciembre, que no versaba sobre un despido discriminatorio, sino sobre una actuación vulneradora de la libertad sindical, también el fallo de la sentencia de amparo constitucional fija los términos en que la restauración del derecho fundamental vulnerado ha de tener lugar, declarando para ello, por remisión a la sentencia de la Magistratura de Trabajo que fue anulada por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo contra la que se dirigió el recurso de amparo, obligaciones, para el particular causante de la vulneración, de respeto de la actuación sindical del recurrente en amparo constitucional.

La diferencia entre la actuación del juez ordinario y del Tribunal Constitucional en materia de amparo frente a despidos u otras medidas empresariales vulneradoras de derechos fundamentales, en cuanto al contenido del fallo de su sentencia, disminuye en estos casos

hasta casi desaparecer. En frecuentes ocasiones, el Tribunal Constitucional no utiliza la técnica del “reenvío” a los jueces ordinarios para concretar los términos de la reparación del derecho fundamental vulnerado, y fija él mismo los términos en que tal reparación ha de producirse, aunque para ello entre incluso en cuestiones de legalidad ordinaria⁶⁷².

Pero es que en algunas de estas resoluciones sobre despidos disciplinarios inconstitucionales, la sentencia del Tribunal Constitucional ha ido más allá, y se ha pronunciado sobre cuestiones que en principio deberían considerarse como de mera legalidad ordinaria, sin trascendencia constitucional, como es el caso de los salarios de tramitación, en unos casos para determinar que procede su abono (STC 104/1987, de 17 de junio, f. 4º) y en otros para decidir que no procede incluir para el cálculo de los salarios de tramitación el tiempo transcurrido durante la tramitación del recurso de amparo (STC 99/1994, de 11 de abril, f. 8º).

Otra cuestión relativa a la adopción de concretas medidas de reparación del derecho fundamental vulnerado es la que se refiere a la fijación de la indemnización de los daños y perjuicios causados por la vulneración. Como declara la STC 5/1985, de 23 de enero, f. 9º, “la cuestión se sitúa en el marco más general de cuáles son las fórmulas sustitutivas reparatorias cuando la reintegración en el derecho constitucional violado no es posible, o no es bastante para satisfacer todas las consecuencias causalmente conectadas a la violación del derecho por razón de la cual el recurso fue planteado”, marco en el que hay que situar “si la forma reparatoria imperfecta de la indemnización, al modo en que se organiza en la Convención Europea (art. 50) y ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, en el caso *Corigliano*, decidido por sentencia de 12 de

⁶⁷² Últimamente se ha apreciado un cambio en el contenido de los fallos de las sentencias estimatorias del recurso de amparo constitucional, y el Tribunal Constitucional ya no ordena directamente la readmisión, imponiendo una conducta a un particular, sino que se limita a dejar claro en la fundamentación jurídica de la sentencia que procede la readmisión, que responderá hacer cumplir a tribunales ordinarios, pero en el fallo se limita a anular la sentencia de la jurisdicción ordinaria y a declarar la nulidad radical del despido. Así ocurre en las SSTC 106/1996, de 12 de junio, STC 136/1996, de 23 de julio, 186/1996, de 25 de noviembre, 191/1996, de 26 de noviembre, 101/2000, de 10 de abril y, 66/2002, de 21 de marzo (aunque en otras de este periodo, como por ejemplo la STC 136/1996, de 23 de julio, el Tribunal Constitucional sigue declarando en el fallo de su sentencia la nulidad radical del despido). Quizás se trate de que la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional no deja margen alguno de duda a que lo procedente es la readmisión del trabajador despedido, por lo que el Tribunal Constitucional ya no considera imprescindible entrar en tales cuestiones en su fallo, y realiza un “reenvío” al órgano de la jurisdicción ordinaria para que fije los términos concretos en que tal readmisión ha de producirse, con aplicación de la legalidad laboral ordinaria.

diciembre de 1982), es de las que pueden también incluirse en la previsión que hace el art. 55.1.c) L.O.T.C.". La cuestión adquiere en consecuencia especial importancia cuando la vulneración del derecho fundamental se ha consumado totalmente en el momento de dictarse la sentencia de amparo, puesto que de no admitirse la procedencia de acordar una indemnización por la vulneración del derecho fundamental el fallo de la sentencia habrá de ser meramente declarativo de la vulneración (como sucede, por ejemplo, en el caso de las SSTC 30/1982, de 1 de junio, 93/1986, de 7 de julio, 223/1988, de 24 de noviembre, o, más recientemente, y referidas todas ellas a supuestos de dilaciones procesales indebidas en las que el proceso había continuado su curso antes de que se dictara la sentencia por el Tribunal Constitucional, en las SSTC 53/1997, de 17 de marzo, 99/1998, de 4 de mayo, 125/1999, de 28 de junio).

En principio, parece claro que, fijada la existencia de una vulneración del derecho fundamental, la declaración por el Tribunal Constitucional de la procedencia de indemnizar los daños y perjuicios causados al perjudicado es pertinente como medio de reparar tal vulneración. Pero la fijación de los términos en que la misma debe realizarse, y más aún de su cuantía exacta, parece más bien una cuestión de legalidad ordinaria, con apreciación de aspectos fácticos en los que se concretan los daños y perjuicios sufridos, en la que el Tribunal Constitucional no puede entrar, sino que procede que la fije el juez ordinario al que, mediante la técnica del "reenvío", llegarán los autos una vez resuelto por el Tribunal Constitucional el recurso de amparo interpuesto y anulada la resolución de aquél.

En esta idea parece abundar (se trata de un argumento *a fortiori* empleado en varias ocasiones por el Tribunal Constitucional) el hecho de que incluso para el caso de la fijación de daños y perjuicios causados por una medida procesal adoptada por el propio Tribunal Constitucional al tramitar el recurso de amparo, como es la suspensión o la denegación de suspensión del acto impugnado en el recurso de amparo, el art. 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuya la competencia al juez ordinario y no al Tribunal Constitucional que ha adoptado la medida, mediante un incidente a tramitar ante el citado juez ordinario⁶⁷³.

⁶⁷³ Para Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES ("La jurisdicción constitucional", *cit.*, pág. 881), el art. 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuye a los

Esta tesis fue aceptada por el Tribunal Constitucional desde sus primeras resoluciones. Así, en la STC 231/1982, de 2 de diciembre, f.j. 10º, declara:

“Corresponde a este Tribunal, por tanto, pronunciarse sobre si se ha vulnerado o no la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, pero no puede entrar a conocer de otras cuestiones que se plantearon en la casación, como son las referentes a la procedencia de la indemnización y a su cuantía, y que corresponde resolver al Tribunal Supremo, a la vista de lo resuelto en la presente decisión. Por ello, el restablecimiento del derecho de la recurrente, en el marco del recurso de amparo, debe consistir en la anulación de la sentencia del Tribunal Supremo y en retrotraer el proceso hasta la emisión de una nueva sentencia en que se resuelvan los motivos de casación planteados, respetando los derechos de la hoy recurrente”.

Esta tesis es mantenida en otras resoluciones por el Tribunal Constitucional, como es el caso de las SSTC 37/1982, de 16 de junio, 22/1984, de 17 de febrero, el ATC 488/1984, de 26 de julio, etc. En la STC 109/1997, de 2 de junio, f.j. 3º (reproduciendo casi literalmente lo declarado poco antes en la STC 33/1997, de 23 de febrero, f.j. 3º), frente a una pretensión de indemnización por violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, formulada en un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional declara:

“Este Tribunal Constitucional carece de jurisdicción para ello, dado que la indemnización que se pide tiende a conseguir el resarcimiento, la compensación o la reparación con carácter sustitutorio. Por tanto, no aparece comprendida entre los pronunciamientos que pueden y deben en su caso contener las sentencias de amparo y su declaración se defiere a la jurisdicción ordinaria en un caso particular (art. 58 LOTC) cuya "ratio" o razón de ser es extensible a la entera institución. En estas o en otras palabras

tribunales ordinarios la competencia para fijar indemnizaciones derivadas de la sentencia recaída en el recurso amparo.

lo hemos dicho en muchas ocasiones (SSTC 85/1990 y 139/1990 donde se citan otras: 37/1987, 50/1989 y 81/1981, así como el ATC 29/1983) ”.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara como podría pensarse a la vista de lo expuesto. Para algunos autores⁶⁷⁴, que el art 58 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuya al juez ordinario la competencia para fijar la indemnización por la suspensión o denegación de la suspensión del acto impugnado en amparo, sin ser un argumento desdeñable, no supone necesariamente que el Tribunal Constitucional no pueda conceder indemnizaciones en sentencias de amparo, puesto que se trata de un precepto que sólo se refiere a los daños causados por la concesión o denegación de la suspensión cautelar de la ejecución del acto impugnado, pero no a la indemnización correspondiente por la estimación del recurso cuando se trate de vulneraciones de derechos fundamentales cuyo remedio o reparación sólo pueda tener lugar en términos económicos. Tampoco sería un argumento definitivo que el art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no prevea la indemnización como remedio resarcitorio, pues la expresión “restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho” parece dotar al Tribunal Constitucional de plena jurisdicción en materia de protección de los derechos fundamentales. De hecho, se resalta, el tenor literal del art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no es muy distinto del que tenían los arts. 42 y 84 de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁶⁷⁵, usado por los órganos de esta jurisdicción para dar cobertura a la tutela indemnizatoria, por lo que también en el recurso de amparo podría entenderse que la indemnización de daños y perjuicios es una de las medidas de restablecimiento del

⁶⁷⁴ Luis María DÍEZ-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 22, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *cit.*, pág. 52 y siguientes, Manuel ARAGÓN REYES, “25 años de Justicia Constitucional”, *cit.*, pág. 40, Luis JIMENA QUESADA, “La introducción del derecho a indemnización en el proceso de amparo constitucional”, pág. 243 y siguientes, en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 .

⁶⁷⁵ El art. 42 establecía: “La parte demandante... podrá pretender... el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda”. Y el art. 84 decía: “Cuando la sentencia estimare el recurso contencioso-administrativo: a) Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente el acto o la disposición recurridos. b) Si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el art. 42, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma. c) Si se hubiere pretendido el resarcimiento de daños o la indemnización de perjuicios, la sentencia se limitará a declarar el derecho en el supuesto de que hayan sido causados y quedará diferida al periodo de ejecución de sentencia la determinación de la cuantía de los mismos...”.

recurrente en la integridad de su derecho, al no estar excluido expresamente. Y la indemnización es la única manera efectiva conocida por el ordenamiento de aproximarse al restablecimiento de un derecho en su integridad cuando los demás remedios no son viables. Por otra parte, pronunciamientos como el contenido en el Dictamen del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas de 11 de noviembre 2002 parecen desautorizar la línea del Tribunal Constitucional que elude la concesión de la indemnización reparadora de la vulneración del derecho fundamental, por ejemplo a un proceso sin dilaciones indebidas, para remitir al perjudicado a un nuevo proceso administrativo y judicial en que se fije tal indemnización⁶⁷⁶.

En conclusión, para un sector de la doctrina no es claro que art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no permita al Tribunal Constitucional el otorgamiento de indemnizaciones o, al menos, declarar la existencia de una lesión como base firme y vinculante para una ulterior acción indemnizatoria por las vías ordinarias⁶⁷⁷.

De hecho, en ocasiones el Tribunal Constitucional ha realizado en sus sentencias pronunciamientos que, de un modo u otro, han aceptado que la solicitud de indemnización puede integrarse en la pretensión de amparo, en cuanto reparación de la vulneración del derecho fundamental sufrida, y han fijado la procedencia de una indemnización como reparación del derecho fundamental vulnerado. La STC 111/1987, de 1 de julio, fj. 2º, declara sobre este particular:

⁶⁷⁶ En este sentido, Luis JIMENA QUESADA, “La introducción del derecho a indemnización en el proceso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 259 y siguientes.

⁶⁷⁷ Manuel ARAGÓN REYES (“Problemas del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 175) se pronuncia de un modo tajante al respecto: “...debe sostenerse que el Tribunal Constitucional es competente incluso para fijar la indemnización, en las sentencias estimatorias de amparo, cuando así fuere necesario, para «restablecer al recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación» (art. 55.1.c, LOTC), sin que lo dispuesto en el art. 58 LOTC sobre las peticiones de indemnización cuya resolución se confiere a la jurisdicción ordinaria venga a desvirtuar la tesis, porque este precepto se refiere a los daños causados por la concesión o denegación de la suspensión que fuere acordada (art. 56 LOTC) por el Tribunal Constitucional, pero no a la indemnización correspondiente por la estimación del recurso, esto es, por haberse producido la vulneración de un derecho cuyo remedio o reparación no pueda ser más que en términos económicos”. Luis JIMENA QUESADA (“La introducción del derecho a indemnización en el proceso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 256 y siguientes), propone que el Tribunal Constitucional pueda conceder indemnizaciones en sus sentencias al modo en que lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante la fijación de una “satisfacción equitativa” a la víctima, para evitar el principal problema de la indemnización como contenido reparatorio de la sentencia estimatoria de amparo, que no es tanto su reconocimiento como su cuantificación.

“...en contra de lo alegado por la Empresa, el hecho de que los trabajadores insten, como efecto del amparo pedido, la declaración del derecho al percibo de cierta cantidad, no constituye el defecto «ex» art. 50.2.a) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [actual art. 50.1.b], sino una cuestión de fondo relacionada con el alcance de una decisión eventualmente estimatoria, esto es, con los pronunciamientos que puedan resultar obligados de conformidad con el art. 55.1 de la Ley Orgánica referida, lo que, por tanto, habría de resolverse en el análisis del fondo del asunto”.

Además de la STC 104/1987, de 17 de junio, antes comentada, en la que el Tribunal Constitucional declaró la procedencia de que la recurrente en amparo recibiera los salarios de tramitación correspondientes a determinado periodo, en la STC 136/1989, de 19 de julio, el Tribunal Constitucional declaró el derecho de los recurrentes a recibir las cantidades eventualmente dejadas de percibir como consecuencia de la sanción de suspensión en su condición de diputados de la Asamblea regional; en la STC 103/1990, de 4 de junio, el Tribunal Constitucional declaró el derecho del recurrente a percibir “indemnización con los mismos términos y cuantía que, para el mismo supuesto, establece el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto”; en la STC 15/1992, de 19 de febrero, se declara “como medio de reintegrarles en la igualdad lesionada, el derecho de los recurrentes a la subvención dejada de percibir por el Grupo Mixto que ellos integraban, del modo y en la cuantía que reglamentariamente corresponda”; la STC 58/1994, de 28 de febrero acuerda en su fallo “declarar el derecho de los trabajadores y trabajadoras, con categoría de oficiales de 1ª y 2ª de actividades complementarias, a percibir el complemento de cantidad y calidad de la misma cuantía que el asignado a los profesionales de 1ª y 2ª de industria, respectivamente”; y la STC 180/1996, de 12 de noviembre, en relación a un supuesto de dilaciones indebidas en la administración de justicia (que es uno de los supuestos en relación al cual se plantea con frecuencia la cuestión de la indemnización como pronunciamiento procedente en el recurso de amparo para reparar la vulneración del derecho fundamental), declara el Tribunal Constitucional en el fj. 8º:

“Ahora bien, no siendo posible la «restitutio in integrum» del derecho fundamental dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento, solicitado por la recurrente, en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55.1-c LOTC) sólo podrá venir por la vía indemnizatoria”.

Y en el fallo, tras declarar vulnerado el derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, acuerda “restablecer a la recurrente en la integridad de su derecho mediante la correspondiente indemnización, en su caso, a cargo del Estado”.

Otra forma en la que el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de amparo, establece una indemnización como modo de reparar el derecho fundamental vulnerado, fijando incluso su cuantía concreta, es la consistente en anular la resolución dictada en última y superior instancia por la jurisdicción ordinaria (normalmente por el Tribunal Supremo o en todo caso por el Tribunal Central de Trabajo, un Tribunal Superior de Justicia o una Audiencia Provincial cuando no hay posibilidad de ulterior recurso) y no reenviar el caso para que se dicte una nueva sentencia que respete el derecho fundamental vulnerado, sino declarar subsistente y firme la sentencia de la instancia inferior, que había sido revocada por la sentencia finalmente anulada por el Tribunal Constitucional por vulnerar el derecho fundamental (o, sin necesidad de realizar tal declaración expresa de firmeza, remitirse a efectos de fijación de la indemnización, a la cuantía fijada por el tribunal *a quo*). Cuando en la sentencia de la instancia inferior, que se declara subsistente por el Tribunal Constitucional, se fijaba una determinada indemnización, el efecto de la decisión del Tribunal Constitucional de no reenviar el caso, para dictar una nueva resolución, al Tribunal Supremo o tribunal de última instancia en el caso en cuestión, es fijar ya la indemnización concreta que servirá para reparar la vulneración del derecho fundamental, aunque sea solamente indirectamente, al declarar firme y subsistente una resolución en la que tal indemnización está ya fijada o remitirse a la misma a efectos de determinación de la indemnización.

Son varios los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha actuado así, pero uno de los más significativos es quizás el de la STC 186/2001, de 17 de septiembre, que anuló la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que resolvía un recurso de casación en

una proceso civil de protección de la intimidad y dejó subsistente, a efectos de la determinación de la cuantía de la indemnización por tal vulneración, la Sentencia de la Audiencia Provincial. Lo más llamativo es que esta sentencia fue dictada después de que con relación al mismo proceso, la STC 115/2000, de 5 de mayo, considerara infringido el derecho a la intimidad de la recurrente en amparo, anulara la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que casaba la sentencia de la Audiencia Provincial estimatoria de la demanda de protección de la intimidad, y “reenviara” el caso al Tribunal Supremo, que dictó una nueva sentencia, de 20 de julio de 2000, en la que declaraba que se había producido una violación del derecho fundamental a la intimidad de la demandante, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional, pero fijaba una indemnización muy escasa en favor de tal demandante, que volvió a recurrir en amparo, dictándose la STC 186/2001, de 17 de septiembre, en la que el Tribunal Constitucional, invocando la flexibilidad derivada del art. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, especialmente intensa en lo que se refiere a la determinación del instrumento adecuado para el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho, anulaba de nuevo la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y acordaba que “en cuanto al «quantum» indemnizatorio, ha de estarse en ejecución de nuestro fallo a la cantidad acordada en concepto de indemnización por el fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial” (fj. 9º, al que se remite el fallo de la sentencia)⁶⁷⁸. Según Luis María Díez-PICAZO⁶⁷⁹, aunque la STC 186/2001 fue dictada en un contexto muy peculiar, la misma significa que el Tribunal Constitucional ha dejado de considerar que existan insuperables obstáculos de principio para que otorgue indemnizaciones en vía de amparo.

Pese a la polémica que suscitan las actuaciones del Tribunal Constitucional en estos casos⁶⁸⁰ y las fricciones que han provocado con el Tribunal Supremo⁶⁸¹, puede considerarse que a la actuación del Tribunal Constitucional cuando, por ejemplo, anula la Sentencia de la

⁶⁷⁸ Ver también *infra* epígrafe IX-D-b-4, “alcance del fallo de las sentencias de amparo en estos supuestos”.

⁶⁷⁹ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 88.

⁶⁸⁰ Como “indeseables cortocircuitos procesales” ha calificado Juan Antonio XIOL RÍOS (“La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, *cit.*, pág. 98) estas situaciones.

⁶⁸¹ Ver *infra* epígrafe IX-B-h, “fricciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios en la protección de derechos fundamentales”.

Sala 1ª del Tribunal Supremo y restablece la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial o se pronuncia sobre la nulidad del despido, salarios de tramitación, etc, puede encontrarse un fundamento doble:

- Satisface el derecho del ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas, que puede ser vulnerado si se reenvía a órgano judicial cuya sentencia se ha anulado.
- Los derechos fundamentales y los derechos de legalidad ordinaria no siguen dos líneas paralelas que no llegan nunca a tocarse, de manera que el juez ordinario tiene competencia exclusiva sobre los segundos y el Tribunal Constitucional sobre los primeros. También la fijación de una indemnización para reparar la vulneración de un derecho fundamental o el pronunciamiento sobre salarios de tramitación o sobre readmisión del trabajador víctima de un despido discriminatorio son cuestiones que en mayor o menor medida afectan a derechos fundamentales, no son en estos casos cuestiones de estricta legalidad ordinaria.

Ello no obsta a que el Tribunal Constitucional tenga que ser cuidadoso con no convertirse en una última instancia de todos los procesos, que respete el papel institucional y constitucional que corresponde a la jurisdicción ordinaria, y evite convertir todas las cuestiones relacionadas, aun de modo indirecto, con el objeto del amparo en problemas de constitucionalidad. Y asimismo, como cuestión práctica pero no por ello carente de trascendencia, ha de “dosificar” su capacidad de trabajo, como hace por otra parte el Tribunal Supremo cuando en muchas ocasiones casa una sentencia y deja a ejecución de sentencia la fijación de la indemnización (dado que la ejecución la hace el órgano judicial de instancia, que en la jurisdicción civil será el Juzgado de Primera Instancia, de Familia o Mercantil, y en la penal será el Juzgado de Instrucción, de lo Penal o de Violencia sobre la Mujer, según los casos), y no puede perder su energía y su tiempo en cuestiones que consumen mucho de uno y otro y que puede hacer el juez ordinario de instancia una vez que el Tribunal Constitucional ha sentado las pautas fundamentales.

Lo que parece claro es que ha de relacionarse esta diferente forma de abordar el modo de amparar el derecho fundamental vulnerado con los problemas antes comentados de distinción entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad ordinaria. Luis María

DIÉZ-PICAZO⁶⁸² afirma que, en cuanto a los efectos de la sentencia de amparo estimatoria sobre el litigio de fondo, tres son las alternativas por las que puede optar el Tribunal Constitucional: a) anular el acto impugnado y devolver la causa al órgano judicial *a quo* para que éste resuelva de nuevo de conformidad con lo dispuesto, en materia de derechos fundamentales, por la sentencia de amparo, b) anular el acto impugnado y resolver definitivamente sobre el fondo del asunto, c) limitarse a anular el acto impugnado. Como consecuencia de la prohibición de conocer de cuestiones de legalidad ordinaria (que este autor entiende contenida en el art. 41.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, precepto que en todo caso habría que relacionar a estos efectos con el art. 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), el Tribunal Constitucional duda si debe asumir en el recurso de amparo una función meramente revisora o casacional. Ésta última –deber de devolver la causa al tribunal *a quo*- sólo debería existir, según este autor, cuando junto a la invocada violación de un derecho fundamental hay pretensiones conexas de legalidad ordinaria. Pero las dudas sobre la forma de abordar el contenido del fallo de la sentencia, el modo concreto en que se ampara el derecho fundamental, si se actúa a modo de tribunal de casación, reenviando la cuestión al juez ordinario, o se acuerdan directamente las medidas necesarias para amparar el derecho fundamental, pone de manifiesto el problema de la falta de nitidez en la separación entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad ordinaria, en relación a la protección de los derechos fundamentales, y la dificultad de interpretar el carácter subsidiario del recurso de amparo⁶⁸³.

En todo caso, como se ha visto, también en esta materia de las medidas a adoptar en la sentencia para proteger o reparar el derecho fundamental vulnerado se ven difuminadas las diferencias entre la función de la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales.

⁶⁸² “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 23.

⁶⁸³ Apunta Marc CARRILLO (“La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo [1999-2001]”, en *La reforma del recurso de amparo, cit.*, pág. 45 y siguientes), que normalmente la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la lesión iusfundamental se acuerda por el Tribunal Constitucional cuando la lesión del derecho fundamental se produce como consecuencia de un vicio de procedimiento que afecta a la tutela judicial, mientras que la reparación directa en la sentencia del Tribunal Constitucional del derecho invocado se produce cuando se trata de un derecho sustantivo. Puede que esa sea la regla general, pero no siempre es así, como se observa en supuestos como los de la STC 115/2000, de 5 de mayo, en que se consideraba infringido el derecho a la intimidad, caso ya comentado.

d. ¿Puede ir el juez ordinario más lejos que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales?

Esta cuestión es la analizada por Mariano BACIGALUPO SAGGESE⁶⁸⁴ al hilo de la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Secc. 7ª, de 23 de noviembre de 1995 y del voto particular formulado a la misma.

La postura de la sentencia mayoritaria fue que los jueces ordinarios no pueden apartarse, ni en más ni en menos, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales. El art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional define al Tribunal Constitucional cómo el supremo intérprete de la Constitución y el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial vincula a los jueces ordinarios a la doctrina de Tribunal Constitucional. Frente a la postura del voto particular de dicha sentencia, según el cual a lo que vincula la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional es a no hacer una interpretación más restrictiva del contenido de los derechos fundamentales que la que haya realizado el Tribunal Constitucional, pero es poder propio de los jueces ordinarios la eventual ampliación casuística de esta interpretación, la sentencia mayoritaria entendió que la redacción del citado art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial excluye cualquier matización, modulación o limitación del alcance de la eficacia vinculante de la jurisprudencia constitucional como la pretendida por voto particular.

En la doctrina, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ entienden que “en su labor de interpretación y aplicación de la Constitución, los jueces y tribunales ordinarios no pueden apartarse de la interpretación que a la Constitución ha dado su intérprete supremo”. Ven en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la atribución de un valor “virtualmente normativo” a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, con el que resultaría incompatible postular un efecto sólo parcialmente

⁶⁸⁴ “¿Puede el juez ordinario ir más lejos que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales? (Consideraciones sobre la extensión y los límites de la eficacia vinculante de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional –art. 5.1 L.O.P.J.- para la interpretación del alcance de los derechos fundamentales)”. BFD Boletín de la facultad de Derecho [UNED], 1995 (núm. 8-9), págs. 535-548.

vinculante de la jurisprudencia constitucional (sí en cuanto a mínimos, no en cuanto a máximos), como hace el voto particular.

Como argumento jerárquico, la interpretación literal del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la única acorde con la supremacía jerárquica que en materia de derechos fundamentales el ordenamiento jurídico atribuye al Tribunal Constitucional: el art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que lo define como “intérprete supremo de la Constitución”, y el art. 123.1 de la Constitución, que *de facto* atribuye a Tribunal Constitucional carácter de órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales.

Como argumento relativo a la unidad del sistema, la sentencia mayoritaria entiende que la admisión de una autonomía interpretativa de los jueces ordinarios respecto del Tribunal Constitucional en el sentido de poder “ampliar” la eficacia de los derechos fundamentales provoca una disfuncionalidad desde el punto de vista de la unidad del sistema. Si el juez ordinario concede tutela de un derecho fundamental en términos más amplios que los que resultan de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los perjudicados por esa interpretación no pueden acudir al Tribunal Constitucional, puesto que el recurso de amparo no es un recurso de casación en materia de derechos fundamentales utilizable cuando no se está conforme con la interpretación que el juez ordinario hace de los mismos, sino que requiere que exista una violación de un derecho fundamental. La exigencia de vinculación estricta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional por parte de los jueces ordinarios, derivada del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sería consecuencia de la inexistencia de vías específicas procesales que permitan al Tribunal Constitucional eliminar las discrepancias interpretativas que mantenga con los jueces ordinarios sobre el alcance de los derechos fundamentales en los casos de interpretación más favorable por éstos últimos, dada la naturaleza del recurso de amparo.

La posición del voto particular formulado por el Magistrado Ramón TRILLO TORRES sostiene que el juez ordinario es el juez natural de la protección de los derechos fundamentales, mientras que el Tribunal Constitucional tiene carácter subsidiario, por lo que juez ordinario puede hacer una ampliación casuística de la interpretación del Tribunal

Constitucional. Por esa posición subsidiaria, al Tribunal Constitucional le correspondería fijar los mínimos y no los máximos de protección de los derechos fundamentales.

Para el voto particular, la postura que niega la posibilidad de interpretar más ampliamente los derechos fundamentales porque ello imposibilitaría el acceso al Tribunal Constitucional otorga al recurso de amparo un valor “cuasi-casacional” impropio de su naturaleza subsidiaria. Según la tesis sostenida en este voto particular, los límites de la interpretación ampliatoria del alcance de los derechos fundamentales por jueces y tribunales ordinarios se hallarían en los supuestos de colisión de derechos fundamentales con los de otros particulares. La improcedencia en estos casos de la interpretación ampliatoria resultaría de que la ampliación del alcance de un derecho fundamental en colisión con los derechos fundamentales de terceros supone siempre la correlativa restricción de los derechos fundamentales de estos terceros, caso en que es recurrible en amparo ante el Tribunal Constitucional para que controle si la ponderación de los derechos en conflicto hecha por el juez ordinario, determinante de su respectivo alcance en el caso concreto, se acomodó o no a la Constitución. Este sería el caso, por ejemplo, del típico supuesto de colisión entre libertad de expresión y derecho al honor, en el que una interpretación expansiva del derecho al honor de una parte dará lugar al recurso de amparo del titular de la libertad de expresión que la considera ilegítimamente restringida. El problema estaría entonces, en los casos en que esté en juego un derecho fundamental en relaciones jurídico-privadas, en los supuestos en que la colisión de un derecho fundamental se produce no con un derecho fundamental de los protegidos en amparo y del que sea titular un tercero, sino con otros bienes o derechos, incluso de reconocimiento constitucional, pero no susceptibles de recurso de amparo.

Aunque Mariano BACIGALUPO SAGGESE critica la tesis mantenida por la sentencia mayoritaria, pues entiende que la unidad del sistema no sufre porque el Tribunal Constitucional establezca los mínimos de protección de los derechos fundamentales y el Tribunal Supremo los máximos, y que la supremacía hermenéutica del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales que resulta de los arts. 123.1 de la Constitución y 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha de interpretarse teleológicamente, en el sentido de que tiene un fin garantista, de evitar que los derechos fundamentales estén infraprotegidos, entiendo que la tesis del voto particular, apoyada por

este autor, no es admisible, pues no sólo desconoce las exigencias derivadas del art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino que además rompe con la unidad del sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, atribuyendo una función de distinta naturaleza (no ya con distintos matices derivados de los principios que engarzan sus funciones) a los jueces ordinarios y al Tribunal Constitucional. Además, como recuerda Manuel MEDINA GUERRERO⁶⁸⁵, un malentendido, por desmesurado, celo protector del contenido de los derechos fundamentales, lejos de robustecer su posición, puede incluso llegar a trivializar el profundo sentido de los derechos fundamentales en nuestro sistema constitucional.

Por tanto, la protección de los derechos fundamentales por el juez ordinario ha de realizarse siguiendo la doctrina que haya sentado el Tribunal Constitucional, no siendo admisible que considere incluidas en el contenido del derecho conductas que el Tribunal Constitucional haya excluido del mismo, ni otorgando a los mismos mayor virtualidad justificadora de la conducta de los ciudadanos que la que el Tribunal Constitucional haya sentado en sus resoluciones. Distinto es que en determinados campos (por ejemplo, el procesal), además de los derechos constitucionalizados existan otros de mera legalidad ordinaria que el juez también ha de proteger, sin que sea suficiente el argumento de que su resolución no ha vulnerado derecho fundamental alguno, puesto que los derechos que el ordenamiento jurídico concede a los sujetos de derecho y que el juez ha de tutelar no son solamente los reconocidos en la Constitución con rango de derecho fundamental.

Ahora bien, al igual que no puede admitirse que el juez ordinario vaya más allá que el Tribunal Constitucional en el amparo de los derechos fundamentales, ha de afirmarse también que no puede “quedarse corto” en dicho amparo, dejando al Tribunal Constitucional que extienda en su caso la protección de tales derechos. Como se ha dicho, el juez ordinario no puede quedarse en el plano de la legalidad ordinaria, ha de adentrarse también en el plano de la constitucionalidad (STC 47/1985, de 27 de marzo). La tesis de que en los casos en los que el legislador no haya desarrollado un derecho fundamental, o en aquellos en los que no exista doctrina del Tribunal Constitucional, el juez ordinario no puede amparar el derecho fundamental invocado y ha de dejar que sea en su caso el Tribunal Constitucional quien

⁶⁸⁵ “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 161, nota 76.

otorgue ese amparo no casa con el carácter de juez constitucional que, en materia de derechos fundamentales, tiene también el juez ordinario, y con su papel de integrante del sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales.

Concretamente en materia de protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, autores como Jesús GARCÍA TORRES⁶⁸⁶ han mantenido que sólo el Tribunal Constitucional debe tener competencias para afirmar la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales. Dice este autor:

“En cambio, no se debería dar sin más por bueno que un Juez o Tribunal (incluso el Supremo) se entendiera investido al mismo nivel que el legislador o el Tribunal Constitucional, con la facultad originaria de conceder o no conceder *Drittwirkung* al aplicar el derecho en casos concretos, que pueden ir desde la sucesión nobiliaria a la propiedad horizontal, pasando por el nombramiento de los administradores de una sociedad. Admitir irrestrictamente semejante proceder en un sistema jurídico como el nuestro constituiría una elevación del nivel de *inseguridad jurídica estructural* hasta extremos no fácilmente soportables y agudizaría, hasta afectar al mismo principio democrático, la *pérdida de positividad* de la Ley en menoscabo de la posición constitucional de la representación popular. La *Drittwirkung* inmediata, en manos de Jueces y Tribunales, supondría, por ejemplo, otorgar la posibilidad de resolver pleitos civiles *sub specie* de delimitación, coordinación y resolución de colisiones de derechos fundamentales de las partes. Como dice el mismo DENNINGER... «la seguridad jurídica del ciudadano quedaría inevitablemente entregada al arbitrio de una *kasuistischen Rechtskonkretisierung*, una concretización jurídica casuística»...”

Al igual que ha de descartarse la tesis de que el juez ordinario puede ir más allá que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales, entiendo que ha de descartarse la tesis de que en esta materia, el Tribunal Constitucional puede otorgar determinada protección (en concreto a los derechos fundamentales en las relaciones entre

⁶⁸⁶ “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 29

particulares) que el juez ordinario no puede dar. La naturaleza tuitiva de los derechos fundamentales que tiene la actuación jurisdiccional del Tribunal Constitucional y la del juez ordinario es en este aspecto homogénea, y el juez ordinario puede proteger el derecho fundamental vulnerado por un particular igual que puede hacerlo el Tribunal Constitucional. Distinto es que la doctrina que el Tribunal Constitucional sienta en su sentencia vincule en lo sucesivo al juez ordinario en base a lo previsto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero a falta de esa doctrina, no puede impedirse al juez ordinario que otorgue la tutela del derecho fundamental que entienda resulta de la regulación constitucional, de los tratados internacionales ratificados por España que sirven de pauta interpretativa, y del desarrollo infraconstitucional que pueda existir. En definitiva, la tesis que mantiene que el Tribunal Constitucional tiene la exclusiva en la apreciación de la eficacia de los derechos fundamentales en este ámbito de las relaciones jurídico-privadas no puede sostenerse a la vista de la función de juez constitucional que también tiene el juez ordinario en esta materia.

e. Significado del requisito de subsidiariedad del recurso de amparo en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales

Como se vio anteriormente, el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales por los jueces ordinarios y por el Tribunal Constitucional constituye un único sistema en el que están integrados unos y otro con funciones de naturaleza homogénea y en el que la diferencia entre el amparo prestado por unos y otro se debe a los principios que engarzan sus respectivas actuaciones, fundamentalmente los de subsidiariedad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, la supremacía del Tribunal Constitucional, el carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y la especialidad del mismo.

Uno de estos principios, de importancia capital en la articulación del sistema, es el de subsidiariedad. Como recuerda Germán FERNÁNDEZ FARRERES⁶⁸⁷, “en nuestro sistema constitucional de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas, la

⁶⁸⁷ “El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”, junto con Ignacio BORRAJO INIESTA y Ignacio DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Editorial Civitas, Madrid, 1995.

protección jurisdiccional de los mismos no se asienta, como regla, en la intervención del Tribunal Constitucional, sino en la de los órganos de la jurisdicción ordinaria. La intervención del Tribunal Constitucional no es, desde luego, el mecanismo central del sistema, precisamente porque la protección primaria de tales derechos a los Jueces y Tribunales queda encomendada”. En consecuencia, es ante los jueces ordinarios donde primeramente hay que buscar la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Así pues, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se ha configurado, con las matizaciones que se verá, no como un recurso directo al que tenga acceso el ciudadano que considere violado sus derechos fundamentales, sino como un recurso al que se accede después de agotar las vías judiciales ante los jueces ordinarios. El modelo procede del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República⁶⁸⁸, aunque ha pesado más el modelo alemán de la *Verfassungsbeschwerde*⁶⁸⁹. El art. 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece que “cuando la lesión pueda ser reparada por la vía jurídica normal, el recurso de amparo no puede ser interpuesto sino después de haberse agotado dicha vía jurídica”. El propio Tribunal Constitucional Federal, en algunas de sus resoluciones⁶⁹⁰, ha fundamentado el carácter subsidiario del recurso de amparo en razones de seguridad jurídica, según las cuales “sólo excepcionalmente pueden ser cuestionadas las decisiones formalmente válidas o firmes de otros tribunales o autoridades” y también en que antes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie, debe disponer “de un material fáctico

⁶⁸⁸ El art. 121.b de la Constitución de la República establecía que el Tribunal de Garantías Constitucionales conocería del recurso de amparo de garantías individuales “cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades”. Sobre el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, Santiago A. ROURA GÓMEZ, “La defensa de la Constitución en la historia constitucional española”, *cit.*, pág. 327 y siguientes.

⁶⁸⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 141 y siguientes. Otros países europeos, concretamente Suiza y Austria, tenían también en su sistema constitucional la *Verfassungsbeschwerde*, pero presenta características distintas del sistema alemán, más alejadas por tanto del modelo adoptado en la Constitución española. Sobre esta cuestión, de modo amplio, Pedro CRUZ VILLALÓN “La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)”, *cit.*, y de modo más resumido, Francisco RUBIO LLORENTE, “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, mayo-agosto 1992, pág. 27 y siguientes y “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, enero-abril 1982, pág. 62, nota al pie 57. Sobre el requisito de la subsidiariedad en la *Verfassungsbeschwerde*, Ingo VON MÜNCH, “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, enero-febrero 1979, en especial pág. 277 y siguientes.

⁶⁹⁰ BverfGE 8, 227 y 22, 291, citadas por Ingo VON MÜNCH en “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, Madrid, 1979, págs. 277 y siguientes.

evaluado en varias instancias anteriores, dándole así la oportunidad de conocer los pareceres de los juzgados de instancia”. Este carácter subsidiario no es absoluto, puesto que de acuerdo con el art. 90.2.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal, dicho tribunal “puede decidir de inmediato sobre un recurso de amparo interpuesto antes del agotamiento de la vía jurídica, cuando ese recurso sea de interés general o cuando, de no hacerlo así, se le irrogase al recurrente un perjuicio grave o inevitable”.

De acuerdo con Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁶⁹¹, en la discusión del constituyente se planteó dotar de naturaleza alternativa (como de hecho tiene en varios países latinoamericanos), no subsidiaria, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De hecho, según este autor, los arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución no sancionan necesariamente la subsidiariedad del amparo, entendida como que al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional haya debido preceder inexcusablemente el pronunciamiento de otros tribunales. La subsidiariedad fue la opción del legislador de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no del constituyente. Y no es absoluta, pues no existe subsidiariedad en mayor parte de los amparos art. 42⁶⁹² ni en los del 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando, excepcionalmente, no hay vía judicial precedente, ni en los amparos art. 44 frente a la vulneración producida por omisión o acción órgano judicial contra la que no quepa ningún tipo de recurso ni ningún tipo de impugnación⁶⁹³. El significado de la expresión “en su caso” y “en los casos y formas que la ley establezca” hay que relacionarla con la posibilidad del legislador de decidir cuándo el recurso de amparo es subsidiario, la generalidad de los amparos de los arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y cuándo es directo, como es el caso de los amparos del art. 42,

⁶⁹¹ “El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, con Andrés DE LA OLIVA SANTOS, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 190 y siguientes.

⁶⁹² Cuando en 1979 se aprobó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no existía posibilidad de impugnar judicialmente los actos sin fuerza de ley de las asambleas legislativas. Actualmente, tras la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 58) y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 (art. 1.3-a), cabe recurso contencioso-administrativo en materia de personal y actos de administración y gestión patrimonial de las asambleas legislativas.

⁶⁹³ La reforma del art. 240, apartados 3 y 4, de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por el art. 2 de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 mayo, ha introducido un medio de impugnación contra sentencias firmes no susceptibles de ulterior recurso, al permitir promover un incidente de nulidad de actuaciones ante el mismo juez o tribunal que ha dictado la sentencia, por defectos de forma determinantes de indefensión o por incongruencia del fallo. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre, está regulado en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con algunas modificaciones respecto de la redacción anterior.

respecto de los *interna corporis acta* de las asambleas legislativas no impugnables ante los tribunales⁶⁹⁴, sin perjuicio de los casos en que puede pedirse el previo pronunciamiento decisorio del presidente o mesa de la cámara legislativa, la “reconsideración” a que hace referencia la STC 27/2000, de 31 de enero, f.j. 2º, amparos del art. 43 en que, excepcionalmente, no hay vía judicial previa, por tratarse de actos de los poderes ejecutivos no sometidos a la justicia contencioso-administrativa, como es el caso contemplado en la STC 220/1991, de 25 de noviembre, y amparos del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en que no existen recursos que agotar, como los supuestos de vulneraciones cometidas por resoluciones irrecurribles contra las que no cabe el incidente de nulidad del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En definitiva, “en su caso” implica no sólo decidir subsidiariedad sí o no, sino también qué subsidiariedad.

Para otros muchos autores, la exigencia de subsidiariedad que se establece en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en la generalidad de los casos, y en concreto en el art. 44.1.a, sí tiene base directa en la Constitución. Para Joaquín GARCÍA MURCIA⁶⁹⁵, se trata de la plasmación en el plano procedimental del carácter subsidiario propio del recurso de amparo, no explicitado en el art. 161.1.b de la Constitución pero que se desprende del art. 53.2 de la Constitución que, a la hora de proveer medios de tutela, se remite en primer término a la que con carácter general prestan los tribunales ordinarios. La nota de subsidiariedad formaría así parte de la esencia del recurso de amparo, derivada directamente de su regulación constitucional, y así lo ha declarado expresamente el Tribunal Constitucional (v.g., SSTC 110/1988, de 8 de junio, f.j. 3º, 185/1990, de 15 de noviembre, f.j. 4º⁶⁹⁶, y 310/1993, de 25 de octubre, f.j. 3º). Para otros autores, el anclaje constitucional del

⁶⁹⁴ Cuando se trata de actos de origen parlamentario en materia de administración y personal, impugnables ante los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional ha entendido que es preciso agotar la vía judicial previa, pero ha considerado que se trata de un amparo el art. 43 y no propiamente del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (STC 121/1997, de 1 de julio, f.j. 3º).

⁶⁹⁵ “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 709.

⁶⁹⁶ “El recurso de amparo constitucional se configura con carácter extraordinario y suplementario de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas en los arts. 53.2 y 161.1.b) CE. Su regulación en ellos permite adaptarlo mediante el oportuno desarrollo legislativo a las diversas circunstancias, preservando su función institucional. Entre sus características esenciales está efectivamente, la del carácter subsidiario, derivado

principio de subsidiariedad del recurso de amparo no se encuentra en el art. 53.2 de la Constitución, (que estableció amparo directo de la objeción de conciencia), sino en los arts. 123.1 y 24.1 de la Constitución⁶⁹⁷.

De cualquier forma, en la mayoría de los casos es aplicable la exigencia de subsidiariedad en el recurso de amparo y, como veremos más adelante, cuando están en juego derechos fundamentales en relaciones entre particulares, la exigencia de subsidiariedad en el recurso de amparo respecto de la actuación del juez ordinario es aplicable en todos los casos.

Este principio, como se ha dicho, es fundamental en la articulación del sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El agotamiento de la vía jurídica ante la jurisdicción ordinaria no es sólo un requisito procesal. El principio de subsidiariedad contiene al mismo tiempo una expresión fundamental sobre la relación de los tribunales ordinarios respecto del Tribunal Constitucional, con influencia en las competencias que se atribuyen a unos y a otro⁶⁹⁸. Según la distribución de competencias de la Ley fundamental, se atribuye en primer lugar a los tribunales de primera instancia la tarea de garantizar y asentar los derechos fundamentales. Así se expresa la importancia que la Constitución reconoce al poder judicial para decidir sobre derechos fundamentales⁶⁹⁹. El principio de subsidiariedad impone, pues, tanto un criterio de organización de la jurisdicción de amparo como una carga, a partir de esa base, para quien pretenda deducir su queja ante el Tribunal Constitucional. En la vertiente “formal” de tal principio, de conformidad con aquel criterio, el legislador debe articular las vías judiciales ordinarias de modo tal que la intervención del Tribunal Constitucional, como juez de amparo, sea siempre ulterior a la del juez ordinario.

de que la Constitución no lo contempla como una vía directa ni tampoco, necesariamente, como general y única, sino especial y extraordinaria posterior a la defensa de aquellos derechos y libertades ante los Tribunales ordinarios, a los que el art. 53.2 encomienda la tutela general (SSTC 138/1985, 186/1987, 1/1988)”

⁶⁹⁷ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 115.

⁶⁹⁸ En este sentido, Francisco RUBIO LLORENTE, “El recurso de amparo constitucional”, pág. 137, y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Jurisdicción y justicia constitucional”, pág. 232, ambos en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.

⁶⁹⁹ Christian STARCK, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, mayo-agosto 1998, pág. 13, referida a la República Federal Alemana, pero predicable también de España.

En su vertiente “material”, implica la carga que corresponde al recurrente de amparo en orden a buscar la previa defensa de su derecho ante la jurisdicción ordinaria⁷⁰⁰. El requisito del agotamiento de la vía judicial previa supone que la utilización de los recursos disponibles en vía judicial no es sólo un derecho de los interesados, fundado en el art. 24 de la Constitución, sino también una carga si pretenden recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Como principio organizativo del sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, el principio de subsidiariedad supone que la protección de los derechos fundamentales corresponde a todos los órganos judiciales, aunque no sea su función exclusiva, y la actuación del Tribunal Constitucional ha de tener lugar, de acuerdo con el art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, “sin perjuicio de la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia”⁷⁰¹. Pero este precepto no establece cómo se articulan Tribunal Constitucional y tribunales ordinarios en su tarea común de garantizar los derechos fundamentales, esa articulación la establecen los arts. 43, 44 y 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a partir del principio de subsidiariedad del recurso de amparo respecto de la tutela ordinaria: el recurso de amparo es viable cuando previamente se han agotado las acciones y recursos existentes ante los jueces ordinarios y siempre que a través de esas acciones y recursos se haya dado la oportunidad real y efectiva de reparar la lesión denunciada a través del recurso de amparo⁷⁰². Por tanto, el recurso de amparo tan sólo

⁷⁰⁰ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 114.

⁷⁰¹ Afirma la STC 227/1999, de 13 de diciembre, f.º 1º:

“Tal es el marco propio en el cual ha de interesarse la salvaguardia de las libertades y derechos fundamentales y solamente una vez agotadas las oportunidades que ofrezca el sistema de acciones y recursos podrá plantearse el sedicente agravio en sede constitucional, nunca directamente. Aun cuando el rigor de esta regla general admita alguna excepción que no es del caso, lo dicho refleja la función subsidiaria que tiene encomendado el amparo constitucional, conectado a su vez con el principio medular de la independencia judicial, desde la incoación hasta la terminación de cada procedimiento, en cuyo desarrollo nadie aparece autorizado para interferir (SSTC 247/1994 y 31/1995).

Ese carácter subsidiario, dejando actuar en primera línea a los Jueces y Tribunales que uno a uno ejercen y en conjunto conforman el Poder Judicial, por ser los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas, se refleja en el requisito que es exigible a la pretensión para su viabilidad procesal: el agotamiento de la vía judicial, utilizando en ella todos los recursos disponibles”.

⁷⁰² Pablo PÉREZ TREMPES, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 644 y siguientes.

puede y debe utilizarse para la reparación de aquellas lesiones que los órganos judiciales, a través de las vías pertinentes, no hubieran sido capaces de subsanar⁷⁰³.

Ello ha de ponerse en relación con la exigencia de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (art. 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). La redacción de este precepto, relativo al amparo frente a acciones u omisiones judiciales, es diferente a la del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que habla de agotar la “vía judicial procedente”. Para Joaquín GARCÍA MURCIA⁷⁰⁴, es posible que el art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional esté redactado contemplando únicamente el amparo frente a actos u omisiones judiciales entendidos como violaciones de derechos fundamentales “procesales” (no sustantivos), que tienen su origen precisamente en la vía judicial. Pero muchos recursos de amparo que llegan al Tribunal Constitucional a través del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional buscan en realidad tutela frente a lesiones producidas antes de la intervención de los órganos judiciales (concretamente en las relaciones privadas), aunque se trate de lesiones que luego son confirmadas, por acción u omisión, en el proceso judicial. La exigencia de agotamiento de “todos los recursos utilizables” significa agotamiento de la vía judicial en sentido amplio, se trate de recursos, se trate de acciones de inicio del proceso. El art. 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige dar todos los pasos que, dentro de la correspondiente senda procesal, sean aptos para la tutela del derecho correspondiente, exigencia que se cumple tanto si se agotan las vías especialmente creadas para la protección

⁷⁰³ Otra función del principio de subsidiariedad y de la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa que del mismo resulta es la de evitar que pueda existir una resolución de la jurisdicción ordinaria posterior a la resolución que dicte el Tribunal Constitucional y que tales resoluciones puedan entrar en contradicción, y así se reconoce por el propio Tribunal Constitucional. En el ATC 21/1993, de 21 de enero, fj. 2º, declara el Tribunal Constitucional sobre este particular:

“...si este Tribunal admitiese a trámite un recurso de amparo sin la concurrencia de dicho presupuesto procesal bien podría suceder que el recurso de casación fuera estimado (en cuyo caso la satisfacción de la pretensión ordinaria absorbería a la de amparo, habiendo este Tribunal de archivar el recurso de amparo por falta manifiesta de objeto), bien pudiera ocurrir que el Tribunal Supremo y este Tribunal dictaran sentencias contradictorias, con manifiesta ruptura de la cosa juzgada o de la continencia de la causa. Por tales razones, no puede estimarse cumplido el principio de subsidiariedad cuando una resolución interlocutoria ocasione una supuesta vulneración de un derecho fundamental (a salvo, claro está, los autos de prisión provisional y aquellos otros en los que, de tener que esperar a la impugnación de la resolución definitiva, se produciría una perpetuación en el tiempo de la lesión del derecho fundamental) en tanto permanezca pendiente el proceso ante los Tribunales ordinarios”.

de los derechos fundamentales como si se utilizan las vías que el ordenamiento procesal establece con carácter general y ordinario, de acuerdo con el correspondiente orden jurisdiccional, sin que la Disposición Transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, referida exclusivamente a la vía jurisdiccional especial de protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa, tenga aquí mayores consecuencias⁷⁰⁵. Se trata en todo caso de que los jueces ordinarios han debido tener la oportunidad de pronunciarse sobre el asunto. Pero deja de agotarse la vía judicial no sólo cuando los recursos no se usan, sino también cuando se interponen de forma incorrecta, dando lugar a su inadmisión, o extemporáneamente (STC 111/2000, de 5 de mayo).

Íntima relación con el principio de subsidiariedad del recurso de amparo tiene también el requisito de invocación previa del derecho fundamental ante la jurisdicción ordinaria⁷⁰⁶, requisito que cobra sentido en base a dicho principio de subsidiariedad, hasta el punto de que se afirma⁷⁰⁷ que la subsidiariedad del recurso de amparo es plena cuando en

⁷⁰⁴ “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 709 y siguientes.

⁷⁰⁵ Como se verá más adelante al examinar la tutela judicial de los derechos fundamentales por la jurisdicción civil, *infra* epígrafe IX-C-b, “la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos ordinarios ante la jurisdicción civil”, la Disposición Transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere a la vía previa al recurso de amparo del art. 43.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (contra actos de la Administración) pues sólo habla de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa ordinaria o la Sección 2ª de la Ley 62/1978, que es la que regulaba el proceso especial y sumario de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa: la “vía judicial previa” de que habla la citada Disposición Transitoria se refiere a la expresión “agotada la vía judicial precedente” del art. 43.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (recurso de amparo frente a actos de las administraciones públicas), mientras que el art. 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (amparo frente a actos u omisiones judiciales) habla de que “se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”. Por otra parte, el recurso contencioso-administrativo como vía judicial precedente en caso del recurso de amparo del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tiene también sus excepciones. En ciertos casos, puede servir para cumplir el requisito de la subsidiariedad del recurso de amparo también el proceso ante la jurisdicción laboral, STC 67/1982, de 15 de noviembre, f.j. 3º, ATC 365/1984, de 13 de junio, f.j. único, y también el seguido ante la jurisdicción civil, STC 35/1983, de 11 de mayo, f.j. 3º.

⁷⁰⁶ Sobre este requisito, José GARBERÍ LLOBREGAT, “La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo”, *Revista de Derecho Procesal* núm. 2, 1988, págs. 459 y siguientes. En el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sometido al Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005 se ha sustituido la previsión de “que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado” por que “se haya **denunciado** formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado”, lo que parece hacer referencia no solamente a la invocación del derecho fundamental, sino además a la exigencia de reparación de la vulneración iusfundamental en el propio proceso ante la jurisdicción ordinaria. El informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto considera esta modificación como meramente “terminológica”.

⁷⁰⁷ Marc CARRILLO, “Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 250.

sede jurisdiccional ordinaria no se ha alegado el derecho fundamental violado. Procura que los jueces ordinarios puedan atender la queja del demandante antes de dar el paso definitivo de acudir ante el Tribunal Constitucional, configurándose como un mecanismo esencial para la articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, por cuanto impide que ante el Tribunal Constitucional se puedan plantear demandas de amparo fundadas en la vulneración de los derechos fundamentales por acciones u omisiones de órganos judiciales a los que nunca se haya dado explícitamente la posibilidad de tomar en consideración tales derechos y su eventual lesión⁷⁰⁸. No se trata de un formalismo retórico o injustificado⁷⁰⁹ dirigido a evitar el acceso al amparo ante el Tribunal Constitucional (sin perjuicio de que sirva para aliviar su carga de recursos de amparo), sino que es una regla que entronca con la esencia de recurso de amparo. La pretensión que se haga valer en amparo ha de coincidir con la planteada en el proceso ordinario previo, cuyo objeto, desde el punto de vista constitucional, ha de ser idéntico. El Tribunal Constitucional sólo podrá ocuparse de aquello que, habiendo sido objeto de invocación en el proceso previo, no hubiera sido reparado por el juez⁷¹⁰.

Por ello, la invocación no puede ser tardía ni extemporánea, a fin de que el juez que conozca del asunto tenga desde el primer momento ocasión efectiva de pronunciarse sobre ella⁷¹¹, y a fin de garantizar los derechos de la otra parte del proceso, dándole la oportunidad de argumentar dialécticamente y defenderse sobre esa presunta violación del derecho fundamental (STC 77/1989, de 27 de abril, f.j. 2º)⁷¹².

⁷⁰⁸ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 186.

⁷⁰⁹ Muestra de la postura antiformalista del Tribunal Constitucional en respecto de este requisito son, por ejemplo, las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, f.j. 2º, 215/1988, de 14 de noviembre, f.j. 2º, 71/1989, de 20 de abril, f.j. 2º, 135/1989, de 19 de julio, f.j. 2º, entre otras.

⁷¹⁰ En este sentido, la STC 73/1989, de 20 de abril, f.j. 8º, afirma:

“Como se ha reiterado en muchos otros supuestos, la naturaleza extraordinaria y subsidiaria del recurso de amparo impide un acceso per saltum al mismo y veda el examen de toda queja que previamente no ha sido planteada en vía jurisdiccional ordinaria...”.

⁷¹¹ Joaquín GARCÍA MURCIA, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 721 y siguientes.

⁷¹² Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 187.

Por tanto, estos requisitos del agotamiento de la vía judicial ordinaria, de todos sus recursos e instancias, y de la invocación previa no constituyen sólo una carga procesal, sino que cobran un significado político en la configuración del sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y en la atribución y distribución de funciones dentro de dicho sistema entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional en base a determinados principios de organización. El Tribunal Constitucional ha declarado al respecto en la STC 65/1991, de 22 de marzo, f.º 3º:

“La Constitución reconoce el derecho de todos a obtener la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24) y establece que la justicia se administra por los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial (art. 117.1). Es a éstos, pues, a los que corresponde, en primer lugar, la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos, incluyendo los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y ello tanto mediante los procedimientos ordinarios como mediante el procedimiento especial previsto en el art. 53.2 CE.

El recurso de amparo ante este Tribunal, por el contrario, se establece como un remedio o vía adicional, en los casos y formas determinados por la ley; y ésta (arts. 43 y 44 LOTC) ha configurado al recurso de amparo frente a actos de la Administración o de los Jueces y Tribunales, como una vía procedente únicamente cuando se ha dado oportunidad a la jurisdicción ordinaria para subsanar y corregir las vulneraciones de derechos fundamentales que hayan podido producirse. Por ello, el agotamiento de las vías judiciales previas al amparo, y la invocación en ellas de los derechos fundamentales pretendidamente vulnerados aparecen como elementos sustanciales del sistema de protección de esos derechos, y por ende, requisitos cuya ausencia debe conducir a la desestimación de la pretensión de amparo”.

f. Carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

También en íntima relación con el carácter subsidiario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, como principio articulador del sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y la distribución de funciones dentro del mismo entre jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, está la cuestión relativa al carácter eventual y excepcional o extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En primer lugar, ha de recordarse que el recurso de amparo no está diseñado para proteger todos los derechos fundamentales (es decir, todos aquellos derechos consagrados en la Constitución con garantía de su contenido esencial y reserva de ley y protegidos jurisdiccionalmente), sino solamente para los previstos en el art. 53.2 de la Constitución, es decir, los del art. 14, la Sección 1ª del Capítulo II del Título I y la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución⁷¹³.

En segundo lugar, la previsión constitucional del recurso de amparo para algunos derechos fundamentales, contenida en los arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución, establece que dicho recurso procederá “en su caso” y “en los casos y formas que la ley establezca”, respectivamente.

La naturaleza y alcance de dicho inciso ha sido muy discutido. En primer lugar, ha existido una polémica acerca de si estas expresiones contenidas en los citados preceptos constitucionales permitían al legislador excluir del recurso de amparo alguno de los derechos fundamentales citados en el art. 53.2 de la Constitución. Especialmente significativa fue la propuesta de excluir del ámbito de protección del recurso de amparo las garantías procesales consagradas en el art. 24 de la Constitución hecha por el entonces presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial Pascual SALA SÁNCHEZ en el discurso de inauguración del año judicial 1994-1995⁷¹⁴.

⁷¹³Ver *infra* epígrafe IX-D-a-4, “objeto del recurso de amparo”.

⁷¹⁴ “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, Madrid, 1994, págs. 35 y siguientes. Su autor la sigue manteniendo en “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales: delimitación y funciones”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, *cit.*, pág. 265 y siguientes, indicando que la única competencia del Tribunal

Hoy en día, sin embargo, la mayoría de la doctrina descarta esta la tesis. Como afirma Javier JIMÉNEZ CAMPO⁷¹⁵, no está en manos del legislador reducir el ámbito objetivo del recurso suprimiéndolo respecto de uno o varios derechos fundamentales. La expresión “en su caso” empleada por el art. 53.2 de la Constitución no puede ser utilizada para eso. La superioridad de la jurisdicción constitucional sobre la ordinaria (art. 123.1 de la Constitución) ha de serlo con relación a todas las “garantías constitucionales”⁷¹⁶. La decisión legislativa que abriera o cerrara el recurso para unos u otros derechos de los citados en art. 53.2 de la Constitución introduciría entre ellos una ordenación de “valor” que la Constitución no consiente. De entender disponible para el legislador la posibilidad de restringir los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, el art. 53.2 de la Constitución carecería en este punto de contenido normativo⁷¹⁷.

Para Javier PÉREZ ROYO⁷¹⁸ estas expresiones dejan un importante margen a la configuración legal del recurso de amparo. La determinación de “los casos y las formas que

Constitucional respecto de este art. 24 de la Constitución, y del art. 14 en su aspecto de igualdad en la aplicación judicial del Derecho, se limitaría a la posibilidad de excluir del ordenamiento una norma con fuerza de ley por ser contraria a la Constitución (es decir, estimar un recurso o una cuestión, o autocuestión planteada con motivo de la inadmisión a trámite del recurso de amparo, de inconstitucionalidad respecto de una ley que infringiera estos preceptos constitucionales). También se ha sostenido el encaje constitucional de esta posibilidad por Francisco RUBIO LLORENTE en “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, págs. 132 y 168-169, aunque ha considerado que tal exclusión sería un error gravísimo “porque alteraría de manera radical la imbricación ya establecida entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria”. Además, dada la amplia interpretación que el Tribunal de Estrasburgo hace del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dicha exclusión podría causar serios problemas al no permitir “lavar en casa la ropa sucia” antes de ir a Estrasburgo (*op. cit.*, pág. 179). La intervención de algunos participantes extranjeros en el debate suscitado tras la ponencia del profesor RUBIO LLORENTE (*op. cit.*, pág. 177) muestra el interés que la cuestión suscita también en otros ordenamientos jurídicos europeos.

⁷¹⁵ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 112 y siguientes.

⁷¹⁶ También Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, *cit.*, pág. 30, y Manuel ARAGÓN REYES, “25 años de Justicia Constitucional en España”, *cit.*, pág. 28, apelan al argumento del art. 123.1 de la Constitución para descartar la exclusión de los derechos del art. 24 de la Constitución del acceso al amparo.

⁷¹⁷ Ignacio Díez-Picazo Giménez, “El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, *cit.*, pág. 184 y siguientes. Este autor, a título de ejemplo, indica que si el art. 53.2 de la Constitución prevé el amparo de la objeción de conciencia, es claro que no es disponible para el legislador excluirlo de amparo. Por la misma razón no puede excluirse del amparo el resto de derechos fundamentales mencionados en art. 53.2 de la Constitución. También en contra de la posibilidad de excluir del ámbito del recurso de amparo alguno de los derechos fundamentales previstos en el art. 53.2 de la Constitución se pronuncia Luis López Guerra, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 56 y siguientes.

⁷¹⁸ “Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 609.

la ley establezca” (art. 161.1.b de la Constitución), es decir, de los actos que pueden ser objeto del recurso de amparo y los procedimientos de impugnación en amparo ante el Tribunal Constitucional son dejados por el constituyente en manos del legislador. Como decisiones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en uso de esta habilitación constitucional, indica, entre otras:

1º) El recurso de amparo sólo cabe contra actos de poderes públicos. No hay recurso de amparo contra actos de personas privadas físicas o jurídicas. Los conflictos entre particulares se dilucidan únicamente ante los tribunales ordinarios. Al Tribunal Constitucional no llegan conflictos entre particulares, sino únicamente actos de los poderes públicos, bien porque directamente pueden haber vulnerado un derecho fundamental, bien porque no han puesto remedio a tal vulneración, debiendo haberlo puesto.

2º) El legislador define de una manera amplísima tanto el término *actos* como el término *poderes públicos*.

3º) En cuanto al recurso de amparo contra actos del Poder legislativo, no cabe recurso de amparo contra leyes o contra actos con fuerza de ley, si bien cabe el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el juez que ha de aplicarla y, si el juez no lo plantea, cabe recurso de amparo, en el que el Tribunal Constitucional puede, tras resolverlo, plantearse “autocuestión de inconstitucionalidad”, art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, esta libertad de configuración del legislador debe ser matizada. Para Germán FERNÁNDEZ FARRERES⁷¹⁹ la Constitución, por el juego combinado de los arts. 53.2, 161.1.b y 162.1.b, no permite al legislador tanto margen en la configuración última del recurso de amparo como el que inicialmente pudiera parecer que resultaba de la utilización de las expresiones “en su caso” y “en los casos y formas que la ley establezca”.

⁷¹⁹ “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 17.

Para Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁷²⁰, la libertad del legislador existe en todo lo que se refiere, usando la terminología de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a la *interposición*, la *tramitación* y la *resolución* de los recursos de amparo. Pero dicha libertad es más limitada en cuanto a la *procedencia* del recurso, concretamente en lo que respecta a los derechos amparables y a los sujetos o poderes frente a los que hay que amparar. La concreción del carácter subsidiario del recurso de amparo debe hacerse teniendo en cuenta que salvo los casos en que es necesario, el recurso de amparo es eventual⁷²¹, es decir, que el acceso al recurso de amparo se puede restringir, pero no por la vía de negar radicalmente la protección de ciertos derechos. Los arts. 53.2, 161.1.b y 123.1 de la Constitución no exigen que todo acto vulnerador de derechos fundamentales sea susceptible en último extremo de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El recurso de amparo no ha de ser necesariamente universal. La plena justiciabilidad de los derechos fundamentales la aseguran conjuntamente el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios. La Constitución no impone una plena justiciabilidad ante el Tribunal Constitucional de todo acto vulnerador de los derechos fundamentales, no existe un derecho al amparo constitucional. Ahora bien, lo que sucede es que el ámbito de lo que puede llegar o no llegar al Tribunal Constitucional no puede plantearse sobre la base de excluir de raíz determinados derechos fundamentales o el conjunto de los actos de uno de los poderes del Estado o de un tipo de sujetos u órganos. Ahí no hay disponibilidad del legislador y hacerlo sería inconstitucional, porque con ello se impediría al Tribunal Constitucional ser el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 de la Constitución) en ese concreto aspecto excluido de su conocimiento. Y así, al igual que la regulación de los motivos de casación ante el Tribunal Supremo no impone que todos los pleitos y causas tengan acceso a casación, en base a la disponibilidad del legislador sobre la regulación de dicho recurso, del mismo modo, lo que debe asegurar la regulación del recurso de amparo es que, a través de los recursos que resuelva, el Tribunal Constitucional pueda ejercer la supremacía jurisdiccional que le corresponde sobre todos los derechos y libertades mencionados en el art. 53.2 de la Constitución. Naturalmente, de la regulación legal puede derivar que no todos los supuestos encuadrables en la materia amparable sean

⁷²⁰ “El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, cit., pág. 199.

⁷²¹ Pedro CRUZ VILLALÓN, “Sobre el amparo”, cit., pág. 12.

recorribles en amparo, por las mismas razones que en la casación. Pero el legislador debe asegurar que la regulación de la procedencia del recurso de amparo permita en hipótesis al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre vulneraciones de todos los derechos enunciados en el art. 53.2 de la Constitución causadas por todo tipo de sujetos o poderes.

Lo expuesto, como se desarrollará más adelante⁷²², tiene, en mi opinión, trascendencia a la hora de que no pueda excluirse *in totum* el acceso al recurso de amparo de la cuestión de la violación de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque para que tal acceso sea posible haya de hacerse a través de la vía indirecta de la doctrina de la “asunción judicial”, atribuyendo la vulneración, a efectos de cumplir el requisito del art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al juez ordinario que no la remedió (o que la causó *in iudicando*) en la vía judicial ordinaria, y considerando, a efectos del art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que dicha vulneración tiene su origen inmediato en la acción u omisión judicial y es independiente de los hechos objeto del litigio⁷²³.

Otra consecuencia que puede extraerse de las expresiones de los arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución citadas, y de la configuración por el legislador orgánico del recurso de amparo, es su carácter extraordinario y excepcional, que es otra de las notas que lo diferencia del amparo judicial. Como indica Javier PÉREZ ROYO⁷²⁴, el amparo judicial es un recurso no ordinario, pues es especial, por lo limitado de su objeto, pero no es un recurso excepcional, sino un recurso normal, está uniformemente a disposición de todos los ciudadanos para reaccionar frente a cualquier vulneración de los derechos fundamentales de los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución. Su sentido es ser la *vía normal* para la protección de los derechos fundamentales. El amparo constitucional es, por el contrario, un recurso extraordinario y excepcional, para cuando falla la garantía de protección de los derechos,

⁷²² *Infra* epígrafe IX-D-b-7, “críticas de la doctrina”.

⁷²³ Aunque, para algunos autores, como es el caso de Ignacio Díez-Picazo Giménez, “El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, *cit.*, pág. 201 y siguientes, y Germán Fernández Farreres, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 16, sería conveniente una reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que evitara tener que recurrir a dicho artificio técnico o interpretación forzada para que las violaciones de derechos fundamentales causadas por particulares pudieran tener acceso al recurso de amparo.

⁷²⁴ “Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, págs. 606 y siguientes.

para corregir los errores que puedan cometerse en el interior del sistema de protección de los derechos diseñado por el constituyente. Por eso la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional lo configura como un recurso subsidiario, al que se sólo se puede acudir cuando se ha agotado la vía judicial previa.

Manifestaciones de la naturaleza excepcional del recurso de amparo serían, además de la naturaleza del órgano que lo resuelve, ajeno a la estructura del poder judicial, el trámite de admisión, que tiene carácter constitutivo de la naturaleza del recurso. Su función es positiva, certificar que la demanda tiene efectivamente contenido constitucional. En el amparo judicial, por el contrario, el trámite de admisión (que por otra parte sólo está previsto en los procesos especiales ante la jurisdicción contencioso-administrativa, art. 117 de la Ley 29/1998, de 13 julio 1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷²⁵, y ante la jurisdicción social, art. 177.4 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril 1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, pero no en el juicio ordinario ante la jurisdicción civil) no tiene carácter constitutivo, es un expediente práctico para evitar el abuso de la vía extraordinaria y su transformación en vía ordinaria. También se manifiesta, para este autor, tal naturaleza excepcional no ya a la “entrada” sino a la “salida”: la sentencia en el amparo constitucional es completamente distinta que en el amparo judicial. En el amparo judicial, el tribunal ordinario no sólo constata si se ha producido una vulneración del derecho fundamental, sino que decide además todas las consecuencias que tal constatación comporta: cuantía de la indemnización, incorporación del ciudadano a la plaza de funcionario, etc. Pero en el amparo constitucional, la sentencia sólo resuelve sobre la vulneración del derecho fundamental y repone actuaciones a momento en que se produce la vulneración a fin de que continúe el procedimiento judicial ordinario.

⁷²⁵ Fernando HERRERO-TEJEDOR, “El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”, en la revista *Cuadernos de Derecho Público* núm. 16, mayo-agosto 2002, pág. 233 y siguientes, recuerda como la Ley 62/1978, no preveía un trámite de admisión en los recursos contencioso-administrativos de protección de derechos fundamentales, pero que ante el abuso que se comenzó a hacer de este proceso, por el régimen especialmente favorable a la suspensión cautelar del acto administrativo recurrido, comenzó a aplicarse un régimen de control de admisión de estos recursos similar al previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el recurso de amparo, lo que fue avalado por diversas sentencias del Tribunal Constitucional, como las SSTC 37/1982, de 16 de junio, 31/1984, de 7 de marzo, 212/1993, de 28 de junio, sin dejar de advertir los riesgos de una aplicación restrictiva de la posibilidad de inadmisión de tal recurso especial, como se hacía en la STC 34/1989, de 14 de febrero.

No obstante, como se ha expuesto en este mismo capítulo, esta diferencia entre el contenido de la sentencia de amparo judicial y de amparo constitucional está muy atenuada, y la técnica del “reenvío” al juez ordinario para que continúe el proceso judicial ordinario no se produce siempre, muchas veces es el propio Tribunal Constitucional el que resuelve en su totalidad sobre la forma de reparar la vulneración del derecho fundamental, sin que el juez ordinario haya de tener prácticamente otra intervención que la relativa a la ejecución de la resolución del Tribunal Constitucional.

g. La supremacía del Tribunal Constitucional en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y su virtualidad en relación a la vulneración de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

Otro de los principios en base al que se articula el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, y el engarce entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, es el de supremacía del Tribunal Constitucional.

Que el Tribunal Constitucional es el máximo órgano en materia de derechos fundamentales se desprende con claridad de preceptos como los arts. 123.1, 161.1.a y 164.1 de la Constitución, 1.1 y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El problema se plantea cuando a esa supremacía se le ha querido atribuir una trascendencia que traspasa el régimen que resulta de dichos preceptos constitucionales y legales y que, en el caso de la determinación de la eficacia que los derechos fundamentales han de tener en las relaciones entre particulares, ha sido considerada por algunos como prácticamente un monopolio en esta materia, que excluye cualquier intervención del juez ordinario.

El punto de partida para examinar la cuestión ha de ser, como es lógico, el reconocimiento claro de la efectiva supremacía de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que resulta de los preceptos legales citados. La fuerza vinculante de sus sentencias ha sido progresivamente ampliada en el desarrollo legislativo de la originaria previsión constitucional. El art. 161.1.a de la Constitución limitaba dicha eficacia a que “afectarían” a la jurisprudencia las sentencias del Tribunal Constitucional que declararan la

inconstitucionalidad de una norma jurídica al resolver un recurso de inconstitucionalidad. El art. 38-1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional transpone, con alguna variación en la terminología, lo previsto en el art. 164.1 de la Constitución, al establecer que “las sentencias recaídas en procedimiento de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el BOE”, y el 40-2º de la misma ley que “en todo caso, la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”. Pero, posteriormente, el art. 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial amplió más aún esta eficacia, al establecer que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Es decir, que la vinculación de los jueces y tribunales ordinarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se predica sólo de las sentencias dictadas en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino de las dictadas en todo tipo de procesos, y por tanto, también en los recursos de amparo, que resuelven sobre la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

El juez ordinario, cuando se le solicita amparo de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada, ha de resolver la cuestión conforme a lo dispuesto en la ley emanada del legislador infraconstitucional que pueda existir en desarrollo de la regulación constitucional de ese derecho fundamental, interpretada en su caso por el Tribunal Constitucional si el mismo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, y si esa ley de desarrollo no existe, pero hay una resolución del Tribunal Constitucional en la que se decida sobre la eficacia de ese derecho fundamental en esa materia concreta de Derecho privado, el juez está vinculado por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Hasta aquí la cosa parece estar clara. El problema se plantea cuando no hay una ley que desarrolle esa faceta del derecho fundamental, por ejemplo en su vigencia en un tipo

determinado de relación jurídico-privada, y tampoco el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Quienes confunden la “supremacía” del Tribunal Constitucional con el “monopolio” de dicho Tribunal, sostienen que el juez ordinario debe abstenerse de reconocer eficacia al derecho fundamental en la relación jurídico-privada, puesto que los únicos legitimados para hacerlo son el legislador ordinario y el Tribunal Constitucional⁷²⁶. De acuerdo con esta tesis, el juez ordinario no puede declarar la vigencia y aplicabilidad del derecho fundamental en la relación jurídico-privada sometida a su decisión, y en su caso el particular que entienda infringido su derecho fundamental podrá recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional, quien, en virtud de la doctrina de la “asunción judicial”, será el único legitimado para reconocer esa eficacia, anulando la sentencia de la jurisdicción ordinaria.

Sobre este particular, Jesús ALFARO AGUILA-REAL⁷²⁷ afirma que el Tribunal Constitucional, al asumir la tesis de la asunción judicial (imputación de la infracción del derecho fundamental al tribunal sentenciador por déficit de protección), oculta el problema de fondo: si la falta de protección del derecho fundamental se debió a una interpretación incorrecta, por parte del tribunal, del Derecho aplicable o supuso una correcta aplicación del Derecho vigente, pero éste no contiene normas que garanticen un nivel de protección suficiente, siendo responsabilidad del legislador cubrir el citado déficit.

En mi opinión, aunque el Tribunal Constitucional, como ya se ha comentado, evita siempre pronunciamientos expresos que puedan comprometerlo en esta materia, el análisis de sus sentencias lleva a la conclusión de que opta por lo primero: imputa la lesión al juez ordinario que no protegió el derecho fundamental realizando una ponderación acorde a parámetros constitucionales de los derechos e intereses en conflicto, lo cual, si no existe una ley de desarrollo de la Constitución en esa materia, ha de hacerse aplicando directamente la Constitución, para lo que ha de servirle tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como los demás elementos jurídicos que están a su disposición, tales como los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, las resoluciones del Tribunal

⁷²⁶ Así lo sostiene, por ejemplo, Jesús GARCÍA TORRES, como se ha visto anteriormente *supra*, epígrafe IX-B-d, “¿puede ir el juez ordinario más lejos que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales?”.

⁷²⁷ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 72.

Europeo de Derechos Humanos, los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., e incluso, a falta de lo anterior, la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales (o tribunales supremos con competencias de control constitucional, como el de los Estados Unidos) cuando sus Constituciones son en ese extremo concreto parangonables a la española (v.g., sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de América del caso *New York Times Co. v. Sullivan*⁷²⁸).

Si el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo contra la sentencia de la jurisdicción ordinaria que no amparó la efectividad de un derecho fundamental en la relación jurídico-privada sometida a su decisión y anula en consecuencia la sentencia de la jurisdicción ordinaria no es porque el Tribunal Constitucional sea el único competente para apreciar la eficacia del derecho fundamental en la relación jurídico-privada, sino porque el juez ordinario actuó incorrectamente y no sacó las conclusiones adecuadas de la vigencia del derecho fundamental en la relación jurídico-privada, pudiendo y debiendo hacerlo (así resulta, por ejemplo, de la STC 177/1988, de 10 de octubre). En las sentencias en las que el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por el particular cuando el juez ordinario no ha remediado la violación de que fue objeto su derecho fundamental por parte de otro particular, es frecuente el uso de expresiones tales como que el juez ordinario “debió” haber reconocido la vigencia del derecho fundamental, o que el juez ordinario “no ponderó” adecuadamente el conflicto entre el derecho fundamental y otros derechos o bienes jurídicos protegidos, o que el juez ordinario “no respetó” la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego. Quiere ello decir que también el juez ordinario estaba legitimado para reconocer la eficacia de ese derecho fundamental en las relaciones entre particulares, y al no hacerlo, tuvo que ser el Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo, subsidiario siempre de la vía judicial ordinaria, quien hubo de reconocerlo y anular la incorrecta actuación del juez ordinario.

No podemos olvidar que el Tribunal Constitucional no tiene un monopolio absoluto en todo lo que tenga relación con la aplicación de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales. El carácter normativo de la Constitución, al que ya se ha hecho reiterada referencia, hace que los jueces, al estar sometidos al imperio de la ley (art. 117 de

⁷²⁸ 376 US 254 (1964)

la Constitución), lo estén también a la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), que les vincula como poder público (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), debiendo interpretar y aplicar las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Nuestra Constitución no ha seguido el modelo kelseniano que limita al Tribunal Constitucional la competencia para hacer valer el carácter normativo de la Constitución. El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las Leyes, no a cualquier aplicación de la Constitución. El juez ordinario tiene importantes funciones aplicativas de la Constitución, que pueden sistematizarse⁷²⁹ del siguiente modo:

1) Enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de las leyes antes de su aplicación, con dos efectos:

A) Juicio de “posibilidad” de inconstitucionalidad (planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, art. 163 de la Constitución)⁷³⁰.

B) Juicio positivo de constitucionalidad, previo a la aplicación de cualquier norma legal.

2) Juicio de inconstitucionalidad de reglamentos, inaplicación de reglamentos que se estimen inconstitucionales (no declaración formal de nulidad con efectos generales), art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3) Juicio de inconstitucionalidad de los actos jurídicos públicos (administrativos y judiciales, en vía de recurso) y privados y negación de validez a estos actos cuando se

⁷²⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, “Curso de Derecho Administrativo”, 8ª edición, Civitas, 2002, pág. 104 y siguientes.

⁷³⁰ Aunque algunos autores interpretan esta previsión constitucional, desarrollada en los arts. 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como una exclusión del juez ordinario de la competencia de aplicar la Constitución. Por ejemplo, Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *cit.*, pág. 65, plantea la cuestión desde el punto de vista opuesto al de GARCÍA DE ENTERRÍA: “la cuestión de inconstitucionalidad no sólo no es un mecanismo de aplicación de la Constitución por los jueces, sino que es un mecanismo dirigido a impedir esta aplicación para trasladarla (y reforzar así) al Tribunal Constitucional”.

concluya su inconstitucionalidad. Respecto de lo cual, el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé que en la función de protección de los derechos fundamentales del art. 53.2 de la Constitución, éstos “se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado...”: se hace enérgicamente de la Constitución la norma propia de decisión judicial, a cuyo contenido debe subordinarse cualquier otro enunciado legal referente a derechos fundamentales.

4) Interpretación conforme a la Constitución de la totalidad del ordenamiento (art. 5, en sus tres apartados, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

5) Declarar la derogación o inconstitucionalidad sobrevenida de leyes anteriores a la Constitución, por efecto de Disposición Transitoria Única, apartado 3ª, con construcción por el Tribunal Constitucional de un sistema por el cual el juez ordinario tiene la posibilidad de apreciar directamente la derogación o remitir la cuestión al Tribunal Constitucional⁷³¹.

La consideración conjunta de los citados preceptos de la Constitución, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la Ley Orgánica del Poder Judicial lleva a la conclusión de que, en relación al reconocimiento de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, los jueces y tribunales ordinarios pueden en sus resoluciones apreciar la eficacia que tales derechos tienen en las relaciones entre particulares. Si existe una ley que regule la vigencia del derecho fundamental en cuestión en esa relación jurídico privada, el sometimiento del juez ordinario al imperio de la ley hace que la eficacia que otorgue al derecho fundamental será en la medida y del modo previsto en esa ley que desarrolle la Constitución en ese concreto extremo, sin que pueda inaplicar dicha ley, pues si considera que la misma no respeta el contenido esencial del derecho fundamental o viola de algún otro modo las exigencias constitucionales, lo que habrá de hacer es plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicha ley, pero no inaplicarla. Si no existe tal ley, pero el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la eficacia del derecho fundamental en esa relación jurídico-privada, el juez ordinario habrá de seguir la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, tanto si la misma se contiene en una sentencia que resuelva un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad como en una

⁷³¹ Ver *infra* epígrafe X-B, “el riesgo del juez desvinculado”.

sentencia que resuelva un recurso de amparo. Pero si no ha ocurrido ni lo uno ni lo otro, el juez ordinario está institucionalmente legitimado para determinar el alcance que la eficacia del derecho fundamental ha de tener en esa relación jurídico-privada, realizar la ponderación entre ese derecho fundamental y los otros derechos fundamentales u otro tipo de bienes jurídicos con los que entre en conflicto y, en definitiva, pronunciarse sobre el efecto de *Drittwirkung* que el derecho fundamental en cuestión haya de tener en el caso concreto.

No comparto la tesis de Jesús ALFARO AGUILA-REAL⁷³² cuando afirma que la vía correcta para reponer en su derecho al particular en caso de infracciones imputables al legislador es la cuestión de inconstitucionalidad, no sólo en casos de regulación inconstitucional (hasta ahí estoy de acuerdo, como he expresado antes), sino también en caso de que la ausencia de regulación sea en sí inconstitucional (aunque no queda claro si ALFARO lo plantea como una cuestión *de lege data* o *de lege ferenda*). Como se analizará con detenimiento más adelante⁷³³, en nuestro ordenamiento jurídico puede decirse con carácter general que no cabe actualmente la cuestión de inconstitucionalidad “negativa”, es decir, respecto de la ausencia de legislación que desarrolle un derecho fundamental reconocido en la Constitución. Añade ALFARO AGUILA-REAL que si la protección del derecho fundamental puede hacerse mediante la cobertura de la laguna (por vía analógica o reducción teleológica) de manera conforme a la Constitución, el juez debe proceder a la misma, y caso de no hacerlo, la infracción del derecho fundamental debe ser sanada mediante el recurso de amparo, indicando que las amplias posibilidades del desarrollo judicial del Derecho reducen notablemente la necesidad de intervención del legislador. Con lo cual, finalmente, tras criticarse fuertemente la legitimidad del juez ordinario para otorgar protección al particular cuyo derecho fundamental es violado cuando no existe un desarrollo legislativo que permita otorgar tal protección, por cuanto que estaría invadiendo la función institucional del legislador, se viene a decir que siendo generoso en la concepción de las funciones aplicativas e interpretativas del juez se puede obviar la intervención del legislador. Me parece una postura un tanto contradictoria.

⁷³² “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 77 y siguientes.

⁷³³ *Infra* epígrafe XI-F, “la falta de desarrollo legislativo del derecho fundamental y la inconstitucionalidad por omisión”.

Como garantía frente a actuaciones erróneas de los jueces ordinarios en la apreciación de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, además del propio sistema interno de recursos de la jurisdicción ordinaria, entiendo que por lo general la cuestión tendrá acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, ya que en la mayoría de los casos en los que se discute la eficacia del derecho fundamental en una relación entre particulares, se plantea un conflicto entre derechos fundamentales y libertades públicas de las distintas partes involucradas en la relación jurídico-privada (la libertad de expresión frente al derecho al honor, el derecho de asociación frente al derecho a no ser discriminado, la libertad de cátedra frente a la libertad de establecer un ideario educativo, que forma parte de la libertad de creación de centros, STC 5/1981, de 13 de febrero, etc.), por lo que frente a la resolución de la jurisdicción ordinaria en la que se reconozca la eficacia del derecho fundamental de una de las partes, la parte contraria podrá solicitar amparo al Tribunal Constitucional por considerar que el efecto de *Drittwirkung* concedido al derecho fundamental de su oponente ha violado a su vez su propio derecho fundamental (como de hecho ha ocurrido en numerosas ocasiones, según resulta del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

En definitiva, la naturaleza fundamentalmente común de la función del juez ordinario y del Tribunal Constitucional en el amparo de los derechos fundamentales hace que, también en lo que se refiere al reconocimiento de su eficacia en las relaciones jurídico-privadas, si bien el juez ordinario no debe ir más allá que el Tribunal Constitucional, tampoco puede negársele legitimación para reconocer lo que el Tribunal Constitucional puede reconocer en esta materia, sin perjuicio de la supremacía de éste, cuya doctrina habrá de seguir el juez ordinario.

La normatividad de la Constitución, su carácter de norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, y no sólo del Derecho público, la aplicabilidad directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y la prohibición de *non liquet* hacen que el juez ordinario, cuando se somete a su conocimiento un litigio en el que se plantea una posible vulneración de un derecho fundamental en las relaciones entre particulares, no pueda ampararse en la falta de desarrollo legislativo del derecho fundamental en esa esfera jurídico-privada para negar la protección del derecho fundamental, consintiendo el estado de

cosas provocado por dicha vulneración, que normalmente beneficiará a quien ostente una posición de fuerza en esa relación. Ha de resolver el conflicto que se le plantea, y ha de hacerlo respetando el sistema de fuentes, pero aplicando directamente la Constitución, en la interpretación contenida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando la cuestión haya sido tratada por éste, cuando falte un desarrollo legislativo.

Cuando hablo de aplicación directa de la Constitución por falta de desarrollo legislativo, difícilmente puede entenderse que se trate de aplicar el texto de la Constitución “desnudo”, por usar una expresión gráfica. El juez cuenta normalmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que si no ha tratado directamente el tema objeto del litigio que debe resolver, es difícil que no haya enjuiciado otras cuestiones relacionadas en mayor o menor medida. Y están además los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, las resoluciones o dictámenes de los organismos de derechos humanos instituidos en tales tratados, como pueden ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., así como la extensa literatura jurídica existente sobre estas cuestiones. Lo que intento resaltar es que la falta de un desarrollo legislativo detallado, frecuente en materias jurídico-privadas, la no previsión en la ley de la solución a dar a un determinado supuesto de conflicto entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes jurídicos, no es excusa para dejar de otorgar protección al titular del derecho fundamental cuando tal protección es solicitada y se entienda que el sistema de derechos fundamentales instaurado en la Constitución protege esa libertad, esa facultad o ese ámbito de indemnidad cuya protección se solicita.

La gran diferencia existente entre la actuación del juez ordinario cuando aplica directamente la regulación constitucional de los derechos fundamentales por falta de una legislación de desarrollo y la del Tribunal Constitucional cuando realiza tal aplicación directa para resolver un recurso de amparo es que el juez ordinario ha de limitarse a resolver el concreto litigio sometido a su decisión, sin pretensiones de sentar reglas generales aplicables en lo sucesivo a conflictos de similar naturaleza, pues carece de la legitimidad del Parlamento para establecer las normas legales de desarrollo de los derechos fundamentales y carece asimismo de la legitimidad institucional que tiene el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución para sentar doctrina vinculante en lo sucesivo (arts.

123.1 de la Constitución, 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)⁷³⁴. El juez ordinario no puede escudarse en la falta de desarrollo de la Constitución para no resolver el litigio sometido a su conocimiento, se lo impide la prohibición de *non liquet* del art. 1.7 del Código Civil y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: tiene el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozca, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, y, en consecuencia, aplicando directamente la regulación del derecho fundamental contenida en la Constitución cuando no exista desarrollo legal del mismo para el tipo de relación jurídica objeto del litigio. Pero en el caso del Tribunal Constitucional, no se trata ya de resolver el supuesto concreto. Además de otorgar amparo al titular del derecho fundamental en el caso de que se haya producido la vulneración del mismo, se trata de que, como intérprete supremo de la Constitución y Tribunal supremo en materia de garantías constitucionales, sienta la doctrina que hayan de seguir los jueces ordinarios cuando en lo sucesivo hayan de aplicar la regulación constitucional del derecho fundamental en cuestión. Como afirma Miguel Ángel APARICIO PÉREZ⁷³⁵ “al margen de otras consideraciones, al juez ordinario le falta un atributo esencial que, en cambio, sí posee el juez constitucional: la capacidad de transformar el enjuiciamiento interpretativo en decisión vinculante *erga omnes*”.

Relacionada con esta cuestión de la supremacía del Tribunal Constitucional en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales es la relativa a si su jurisprudencia ocupa un determinado lugar en el sistema de fuentes del Derecho. Se trata de una cuestión no resuelta de manera clara y sobre la que no existe una opinión dominante en la doctrina, por lo novedoso del fenómeno⁷³⁶. Francisco RUBIO LLORENTE⁷³⁷ entiende

⁷³⁴ Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES (“La jurisdicción constitucional”, *cit.*, págs. 849 y siguientes) ponen de relieve que el carácter de intérprete supremo de la Constitución que tiene el Tribunal Constitucional significa que también es el “supremo intérprete constitucional”, lo que origina que el carácter vinculante de su interpretación se extienda a normas distintas de la Constitución misma, tanto del “bloque de la constitucionalidad” como de las propias normas legales objeto de su control de constitucionalidad, para lo que ha de interpretarlas “constitucionalmente”, lo que adquiere especial relieve no cuando las declara inconstitucionales, sino cuando declara que son conformes a la Constitución siempre que se interpreten de una determinada forma, interpretación que vincula a los demás órganos del Estado, lo que se desprende de arts. 38.1º y 40.2º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (y 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

⁷³⁵ “La aplicación de la constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *cit.*, pág. 59.

⁷³⁶ Javier PÉREZ ROYO, “Las Fuentes del Derecho”, *cit.*, pág. 49.

que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no ha de considerarse incluida, junto a la del Tribunal Supremo, en el apartado 6º del art. 1 del Código Civil, sino en el apartado 1º de dicho precepto, junto a la ley, puesto que la ley a la que el juez está sujeto (art. 117.1 de la Constitución) es la ley definida e interpretada (en cuanto a su sometimiento a la Constitución) por el Tribunal Constitucional. Pero esta opinión, aparte de discutible, sería predicable de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de control de constitucionalidad (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad), pero no de la relativa a recursos de amparo.

Para Pedro CRUZ VILLALÓN⁷³⁸, se ha intentado buscar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional un lugar en el sistema de fuentes del Derecho, intermedio entre la Constitución y la ley. Esto responde a un equívoco, a la confusión entre jurisdicción y jurisprudencia, entre órgano y función. Orgánicamente, el Tribunal Constitucional se ha situado en situación de ventaja frente a Parlamento. Pero de ello no deriva una nueva fuente del Derecho. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como toda jurisprudencia, tiene un carácter reflejo, reaccional, respecto de una situación jurídica concretamente conflictiva pero esencialmente preexistente. No es un Derecho que nazca *ex novo*, sino que nace a partir del Derecho.

h. Fricciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios en la protección de derechos fundamentales

No puede terminarse el análisis del conjunto del sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales sin hacer una breve referencia a las fricciones que se han producido entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios en esta materia.

⁷³⁷ “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 57.

⁷³⁸ “Jurisprudencia constitucional y ley”, en *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, dir. Antonio LÓPEZ PINA, Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, pág. 135 y siguientes.

Como indica Javier PÉREZ ROYO⁷³⁹, las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el poder judicial han de contemplarse desde una doble perspectiva, según se trate de la cuestión de inconstitucionalidad o del recurso de amparo. En la cuestión de inconstitucionalidad existen relaciones de colaboración⁷⁴⁰ entre jurisdicción ordinaria y constitucional⁷⁴¹. Pero en el recurso de amparo, las relaciones son de tensión. La configuración del mismo fundamentalmente como amparo frente al juez implica que la estimación del recurso de amparo supone necesariamente una “corrección” o “censura” del Tribunal Constitucional a la jurisdicción ordinaria, que hace que el Tribunal Constitucional aparezca como protector de los ciudadanos frente a los jueces que tendrían que realizar la tarea de protección de los derechos fundamentales⁷⁴².

En la discusión constituyente, algunos parlamentarios ya se manifestaron sobre lo inadecuado de atribuir al Tribunal Constitucional la competencia del recurso de amparo por las fricciones con la jurisdicción ordinaria que la misma podría acarrear⁷⁴³. Al atribuirse al Tribunal Constitucional una competencia que no consiste ya en el enjuiciamiento abstracto

⁷³⁹ “Tribunal constitucional y división de poderes”, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 101 y siguientes.

⁷⁴⁰ De “ósmosis entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria” que ha permitido que el juez ordinario “se implique en el juicio de constitucionalidad, renueve su cultura jurídica conforme a criterios constitucionales, afine su idea del Estado diseñado por la Constitución y, en fin, refuerce su formación democrática”, habla Marc CARRILLO en relación al significado de la cuestión de inconstitucionalidad, en “La aplicación judicial de la Constitución”, *cit.*, pág. 77.

⁷⁴¹ La duración excesiva en la resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad, que hace que las últimas resueltas se refieran a cuestiones planteadas con más de 5 años de anterioridad, hace que esta institución sea prácticamente inoperante y tenga actualmente un contenido meramente residual, por haberse producido un “efecto rechazo”, al consolidarse en el ámbito jurisdiccional la convicción de que ese largo paréntesis adicional de demora que supone el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en unos procesos ya de por sí dilatados “constituye un lujo que el sistema jurisdiccional no puede permitirse sin vulnerar el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas” (Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, pág. 216, y Juan Antonio XIOL RÍOS, “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, pág. 116, ambos en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, *cit.*). Marc CARRILLO (“La aplicación judicial de la Constitución”, *cit.*, pág. 78) habla de los “efectos devastadores” que esta demora pueden tener para el caso concreto. En relación a los recursos de amparo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España por retraso en la impartición de justicia, incluida la jurisdicción de amparo (SSTEDH de 11 de octubre de 2001, caso *Díaz Aparicio*, y 25 de noviembre de 2003, caso *Soto Sánchez*).

⁷⁴² Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, en el coloquio recogido en “Los procesos constitucionales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 159. Para Francisco RUBIO LLORENTE (“El Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, pág. 28), el Tribunal Constitucional ha venido actuando más como supervisor del Poder Judicial que del Poder Legislativo, porque las ocasiones de enfrentamiento con aquél han sido infinitamente superiores.

⁷⁴³ Sobre estas críticas, Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 25 y 30 y siguientes.

de la constitucionalidad de las leyes o en la resolución de los conflictos de competencia de carácter político y constitucional, sino en una función que puede calificarse como jurisdiccional, en tanto se trata de resolver sobre casos concretos, en los que ha de decidirse, a la vista de las particulares circunstancias concurrentes, si un derecho fundamental ha sido vulnerado, y en los que además han tenido que conocer con anterioridad (salvo los supuestos del art. 42 y alguno realmente excepcional del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) los órganos de la jurisdicción ordinaria, las posibilidades de colisión entre órganos (los de la justicia ordinaria y los de la justicia constitucional) que ejercen funciones de naturaleza fundamentalmente homogénea y conocen de los mismos asuntos, se multiplican.

De hecho, en nuestra tradición constitucional, ya en la II República se planteó el mismo problema en relación con la creación de Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el recurso de amparo de las garantías constitucionales (art. 105 de dicha Constitución⁷⁴⁴) y de un Tribunal de Garantías Constitucionales para conocer del recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades (art. 121 de la Constitución republicana⁷⁴⁵ y Ley Orgánica de 14 de junio de 1933). Tanto en los debates parlamentarios como en la doctrina se planteó por algunos sectores la conveniencia de no atribuir al Tribunal de Garantías Constitucionales dicha competencia y de no crear los Tribunales de Urgencia, por las fricciones que podrían crearse con la jurisdicción ordinaria⁷⁴⁶. En esta época, más que fricciones lo que hubo es una especie de “desconocimiento” por parte del Tribunal Supremo hacia el Tribunal de Garantías

⁷⁴⁴ “La ley organizará Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales”.

⁷⁴⁵ “Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de:

- a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes.
- b) El recurso de amparo de garantías individuales, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.
- c) Los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surjan entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí.
- d) El examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes eligen al Presidente de la República”.

⁷⁴⁶ También sobre esta polémica, Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 28 y siguientes.

Constitucionales, pues ni la jurisprudencia hace referencias al Tribunal de Garantías ni a su doctrina, ni el Tribunal Supremo, cuando en alguna resolución se plantea dudas sobre la constitucionalidad de una ley, llega a elevar tal duda al Tribunal de Garantías Constitucionales mediante una cuestión de inconstitucionalidad⁷⁴⁷.

Se trata de un problema principalmente europeo, puesto que en Estados Unidos hay una única jurisdicción y el Tribunal Supremo es el intérprete supremo tanto de la Constitución como de las leyes federales y de los tratados internacionales ratificados. Además, no tiene el mismo alcance en todos los países europeos, dependiendo principalmente de que entre las competencias del Tribunal Constitucional se encuentre o no la del recurso de amparo, pues de estar previsto tal recurso puede decirse que, como se ha visto, los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional forman parte de un mismo sistema de protección de los derechos fundamentales en el que el Tribunal Constitucional no sólo es “juez de la ley” o “juez del legislador”, sino también “juez de jueces”⁷⁴⁸. No obstante, las experiencias comparadas muestran que la existencia de conflictos entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional es normal⁷⁴⁹, incluso en países en los que no existe el recurso de amparo, como es el caso de Italia⁷⁵⁰, y de modo claro en países en los que existe⁷⁵¹.

⁷⁴⁷ Pablo PÉREZ TREMPES, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 86-87.

⁷⁴⁸ Sobre la situación en varios países europeos, Rosario SERRA CRISTÓBAL, “La guerra de las Cortes...”, *cit.*, pág. 43 y siguientes.

⁷⁴⁹ Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “El amparo judicial de los derechos fundamentales”. También sobre este tema, José Luis MANZANARES SAMANIEGO, “La delimitación de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”; ambos en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, ed. Gerardo RUIZ RICO, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 139.

⁷⁵⁰ Sobre esta cuestión, Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, *op. cit.*, pág. 121, nota al pie 6 y Rosario SERRA CRISTÓBAL, *op. cit.*, pág. 50 y siguientes.

⁷⁵¹ Sobre el caso alemán, Albrecht WEBER (“La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania”, *cit.*, pág. 49) admite que los intentos de realizar una clara delimitación jurídico-funcional entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional no han llevado a una explicación unívoca, por no existir una solución de consenso. En relación a los problemas de supuestas inmisiones del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación del Derecho ordinario y las críticas que ello ha provocado, Christian STARCK, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 25. Sobre la polémica que suscitó la inclusión entre las competencias del Tribunal Constitucional Federal de la *Verfassungsbeschwerde*, Ingo VON MÜNCH, “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pág. 279. En Alemania hay un movimiento de protesta contra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal por sentencias como las de la fianza, el agente comercial y las dictadas sobre cuestiones arrendaticias. Así, Ingo VON MÜNCH afirma que “debe cesar el trato vejatorio propio de maestro de escuela que inflinge el BverfG

Parece evidente, pues, que el sector donde se plantean más usualmente tensiones es el relativo a la competencia que tienen tanto la jurisdicción ordinaria como el Tribunal Constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales⁷⁵², sobre todo cuando el acto impugnado ante el Tribunal Constitucional es una resolución de un tribunal ordinario, es decir, en los recursos de amparo que resuelve el Tribunal Constitucional en los que se enjuicia la vulneración de un derecho fundamental atribuida a la acción u omisión del juez ordinario.

Además, como pone de relieve Pedro CRUZ VILLALÓN⁷⁵³, cuando el juez ordinario da cumplimiento a una sentencia del Tribunal Constitucional que ha anulado previamente su resolución y ha acordado la retroacción de las actuaciones y que se vuelva a dictar sentencia dando protección al derecho fundamental, se encuentra en una incómoda tesitura, pues tiene que amparar o tutelar los derechos frente a sí mismo, frente a una propia y previa conducta considerada como no respetuosa con los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional.

Tampoco ha ayudado a evitar estas fricciones la línea seguida por el Tribunal Constitucional, que con frecuencia ha sustituido el enjuiciamiento de la ley por el enjuiciamiento del juez, a quien ha imputado una falta de interpretación del precepto legal conforme a la Constitución, cuando en realidad la interpretación del precepto se ha realizado siguiendo técnicas jurídicas correctas y el problema radica en la propia ley, que no respeta las exigencias constitucionales⁷⁵⁴.

[Tribunal Constitucional Federal] a los tribunales de instancia, es decir, por parte de jueces (los miembros del BverfG), de los cuales la mitad no debe tener ninguna experiencia judicial (y de hecho a menudo no la tienen)". J. ISENSEE llama la atención sobre la peligrosa inclinación del Tribunal Constitucional Federal a acaparar toda la materia jurídica afirmando que "el Tribunal que ha rechazado el estereotipo de ser una suprainstancia de revisión se ha convertido a la larga en una instancia judicial ordinaria".

⁷⁵² Luis LÓPEZ GUERRA, "Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional", *cit.*, pág. 32.

⁷⁵³ "El juez como garante de los derechos fundamentales", *cit.*, pág. 51 y siguientes.

⁷⁵⁴ Ver *infra* XI-E-b, "interpretación del ordenamiento jurídico conforme a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales".

Para Joaquín GARCÍA MURCIA⁷⁵⁵, se trata de las ventajas e inconvenientes de un sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales como el nuestro, compartido por los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional. El dispositivo de protección se enriquece, pero la puesta en contacto de dos jurisdicciones distintas, la ordinaria y la constitucional, puede propiciar la aparición de puntos de fricción o focos de conflicto. La posibilidad de que la segunda revise la actuación de la primera en materia de protección de derechos fundamentales puede provocar y ha provocado tomas de posición distintas acerca de un mismo problema o sensaciones de intromisión en campo ajeno (campo de la “legalidad ordinaria”, de perfiles tan tenues, como se ha visto anteriormente).

También en nuestro país se han producido estas fricciones⁷⁵⁶. Se ha acusado al Tribunal Constitucional de intromisión en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. Juan Antonio XIOL RÍOS⁷⁵⁷ afirma al respecto:

⁷⁵⁵ “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 698.

⁷⁵⁶ Que cristalizaron de forma clara en ocasiones como cuando, con motivo de la STC 7/1994, de 17 de enero (en la que el Tribunal Constitucional anuló una Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y declaró firme la sentencia de la Audiencia Provincial que el Tribunal Supremo había casado) la Sala 1ª del Tribunal Supremo se dirigió al Rey, solicitando su actuación como moderador de las fricciones entre las instituciones del Estado, denunciando la intromisión del Tribunal Constitucional en su ámbito de competencia. Son significativas las conciliadoras palabras que el entonces presidente del Tribunal Constitucional, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BAVO-FERRER, empleó para tratar esta cuestión en la clausura del Coloquio Internacional sobre “la jurisdicción constitucional en España”, 13 y 14 de octubre de 1994, editado por Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 230 y siguientes. O con motivo de la STC 186/2001, de 17 de septiembre, sobre el caso “Preysler”, en que anulaba una Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo y dejaba subsistente, a efectos de la determinación de la cuantía indemnizatoria, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Un último hito, que podría calificarse de patológico (“parece pertenecer al mundo del surrealismo”, dice Víctor FERRERES COMELLA) en estas fricciones es la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, en la que se declaró a los magistrados del Tribunal Constitucional incurso en responsabilidad civil y les condenó a abonar una indemnización a un recurrente en amparo que vio inadmitido a trámite su recurso. En reacción a esta sentencia, el Pleno del Tribunal Constitucional adoptó un Acuerdo no jurisdiccional de fecha 3 de febrero de 2004 declarando que todo enjuiciamiento de cualquiera de sus pronunciamientos efectuado en vía de amparo por parte de cualquier órgano de la jurisdicción ordinaria supone una extralimitación competencial y una correlativa invasión de sus exclusivas competencias y atribuciones constitucionales e imputando a la Sala 1ª del Tribunal Supremo, al dictar la citada sentencia de condena a los magistrados del Tribunal Constitucional, la invasión de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente atribuidas a este Tribunal Constitucional. Estas fricciones han sido objeto de algún discurso de apertura del año judicial (“La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, de Pascual SALA SÁNCHEZ en la inauguración del año judicial 1994-1995) y tratadas por la doctrina, destacando últimamente varios de los trabajos contenidos en el volumen “El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, e incluso ha sido objeto de alguna monografía, como la ya citada “La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo”, de Rosario SERRA CRISTOBAL. Como se verá, el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional otorga una posición preeminente al Tribunal Constitucional en el caso de que surjan nuevas fricciones.

“Con cierta separación respecto de su función de definir el ámbito sustantivo de los derechos fundamentales, aunque en estrecha relación con ella, el Tribunal Constitucional ha ido penetrando con intensidad creciente en la función jurisdiccional ordinaria mediante sucesivas aperturas de su jurisdicción. Comenzó haciendo valer la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva en contra del formalismo evasivo al que los Tribunales de Justicia estaban acostumbrados. También de la primera época es la proscripción, como contrarias al principio de igualdad, de las rupturas injustificadas de la unidad de criterio judicial. Contemporáneamente reivindicó el examen de la racionalidad de la apreciación de la prueba en el proceso penal desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Más adelante, el control de la racionalidad se extendió a la aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto, impuesto especialmente desde el ángulo del principio de legalidad en la imposición de penas y sanciones y de la ponderación de los derechos fundamentales afectados en el proceso. Finalmente, extendió sus facultades de control considerando la prohibición constitucional de la arbitrariedad como uno de los aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva”.

Para XIOL RÍOS, aunque en conjunto esta actuación del Tribunal Constitucional es positiva, es cierto que las revocaciones de sentencias de los tribunales ordinarios, en concreto del Tribunal Supremo, que en ocasiones aparecen como simple discrepancia de criterio en torno al alcance de una ley ordinaria, “cristalizan en la declaración de que el tribunal ordinario (que tiene la función constitucional de velar por los derechos fundamentales) *ha violado un derecho fundamental*”⁷⁵⁸.

⁷⁵⁷ “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, cit., pág. 86 y siguientes.

⁷⁵⁸ *Ibidem*. En el mismo sentido, el mismo autor, en “Crisis de la jurisprudencia y Tribunal Constitucional”, en *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a Santiago Varela*, Víctor MORENO CATENA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 538.

Estas fricciones se han producido especialmente con el Tribunal Supremo, dado que una buena parte de los recursos de amparo se presentan después de que el Tribunal Supremo haya dictado sentencia u otra resolución definitiva, que agota la vía de los recursos ante la jurisdicción ordinaria (arts. 43.1 y 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), y además el Tribunal Supremo es el órgano supremo de la organización judicial, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, con lo que se “visualiza” de modo más claro ese enfrentamiento entre uno y otro tribunal⁷⁵⁹. Es llamativo que en el apartado XIV de la exposición de motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se afirme para justificar la atribución del conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal a las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia⁷⁶⁰:

“...con este régimen de recursos extraordinarios, se reducen considerablemente las posibilidades de fricción o choque entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Este deslindamiento no es un principio inspirador del sistema de recursos extraordinarios, pero sí un criterio en absoluto desdeñable, con un efecto beneficioso. Porque el respetuoso acatamiento de la salvedad en favor del Tribunal Constitucional en lo relativo a «garantías constitucionales» puede ser y es conveniente que se armonice con la posición del Tribunal Supremo, una posición general de superioridad que el art. 123 de la Constitución atribuye al alto Tribunal Supremo con la misma claridad e igual énfasis que la referida salvedad”.

O sea, que para evitar las fricciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo el legislador entendía que lo más útil era eliminar prácticamente la jurisprudencia

⁷⁵⁹ Pablo PÉREZ TREMPES (“Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, pág. 17, Fundación Alternativas, documento de trabajo 28/2003, www.fundacionalternativas.com/laboratorio) pone de relieve que la tensión no se manifiesta entre el conjunto de jueces y tribunales, por un lado, y el Tribunal Constitucional, por otro, sino entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, y entiende que en esta tensión subyace una cierta sensación de pérdida de posición institucional por parte del Tribunal Supremo.

⁷⁶⁰ Que no ha llegado a entrar en vigor por no haber sido aprobada por las Cortes la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se tramitaba en paralelo a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y que era necesaria para que pudiera aplicarse el nuevo sistema de recursos extraordinarios, por lo que la competencia sigue correspondiendo a la Sala 1ª del Tribunal Supremo (Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre cuestiones procesales, y evitar así los conflictos originados en los recursos de amparo en los que se invoca el art. 24 de la Constitución, atribuyendo la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal a las Salas de lo Civil y de lo Penal, en funciones de Sala de lo Civil, de los Tribunales Superiores de Justicia⁷⁶¹.

Es significativo que las fricciones más importantes, o así al menos ha trascendido, se han producido entre el Tribunal Constitucional y la Sala 1ª, de lo civil, del Tribunal Supremo⁷⁶², y en ocasiones en relación a asuntos en los que se discutía sobre la vigencia de derechos fundamentales en relaciones entre particulares (por ejemplo, con motivo de la STC 186/2001, de 17 de septiembre, caso “Preysler”). El Tribunal Constitucional aplica la teoría de la asunción judicial, imputando al órgano judicial que no protegió el derecho el origen directo de la vulneración de los derechos fundamentales, y, pese a ello, no reenvía el litigio para que se dé solución por el órgano judicial, sino que él directamente da la solución. Por tanto, estas fricciones se han producido a veces en relación a los casos en que está en juego la teoría de la *Drittwirkung*. La explicación puede encontrarse en la difusa separación que en esta materia existe entre cuestiones de trascendencia constitucional, afectantes a los derechos fundamentales, y cuestiones de legalidad ordinaria relativas a las relaciones jurídicas ordinarias entre los particulares.

Existe una tensión entre dos polos. Por un lado, el Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales y el intérprete

⁷⁶¹ Cfr. José ALMAGRO NOSETE, “Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. Razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, cit., pág. 464-465.

⁷⁶² Cfr. Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma”, Fundación Alternativas, Documento de Trabajo 58/2004, pág. 8, nota al pie núm. 2, y pág. 33 (www.fundacionalternativas.com/laboratorio). Aunque también se han producido conflictos con otras Salas. Entre los más recientes, el visualizado en el Acuerdo de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional, o el originado por la STC 63/2005, de 14 de marzo, relativa a la interrupción de la prescripción de los delitos, tras la que los Magistrados de la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo celebraron el 12 de mayo de 2005 un Pleno no jurisdiccional, en el que se acordó la emisión de una nota de prensa en la que se decía que la citada sentencia del Constitucional vaciaba de contenido sus competencias como órgano al que “le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales”. Sobre esta sentencia del Tribunal Constitucional, muy crítico con la misma, Enrique BACIGALUPO ZAPATER, “Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal (notas sobre la STC 63/2005)”, en *La Ley* número 6265, 1 de junio de 2005.

supremo de la Constitución (arts. 123.1 de la Constitución y 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), y no existe una separación tajante entre cuestiones de constitucionalidad y de legalidad ordinaria, sino que hay una imbricación de unas y otras en la misma medida en que los principios, bienes jurídicos y derechos constitucionales penetran en las instituciones y relaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico, también en el sector del Derecho privado, en virtud del valor normativo que tiene la Constitución, y que tiene además como norma suprema de dicho ordenamiento, por lo que la “acusación” formulada contra el Tribunal Constitucional por inmiscuirse en cuestiones de legalidad ordinaria es problemática y puede sustentarse en una interpretación incorrecta de lo que suponen el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad infraconstitucional. Pero, por otra parte, como afirma Pedro CRUZ VILLALÓN⁷⁶³, el juego de la Constitución como elemento interpretativo de todo el ordenamiento jurídico no puede transformar todos los problemas de interpretación de la legalidad en problemas de constitucionalidad situados bajo el campo de atracción del Tribunal Constitucional.

En lo que se refiere concretamente a los derechos fundamentales, su “irradiación” en el ordenamiento jurídico no significa que el Tribunal Constitucional esté llamado a imponer su criterio, determinando hasta el último extremo la medida en que todas las interpretaciones de la legalidad ordinaria deben quedar influidas por los contenidos constitucionales, pues ello supondría extender el ámbito de las “garantías constitucionales” (art. 123.1 de la Constitución) que marca el límite de la jurisdicción del Tribunal Constitucional a la interpretación de todo el ordenamiento (STC 160/1997, 2 de octubre, f. 4^o⁷⁶⁴). Se correría el riesgo, apuntado por Christian STARCK⁷⁶⁵, de que un determinismo constitucional de este tipo, que admitiera una sola solución constitucional en cada una de estas cuestiones de legalidad infraconstitucional, absorbiera completamente el Derecho

⁷⁶³ “El juez como garante de los derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 40 y siguientes.

⁷⁶⁴ Ha de recordarse, no obstante, que justamente en relación con el caso objeto de esta sentencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a España por vulneración del derecho a un proceso equitativo del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 25 de enero de 2000, caso *Miragall y Escolano y otros*). En casos como éstos parece que el Tribunal Constitucional se encuentra en una “cuerda floja” entre la jurisdicción ordinaria, cuyo ámbito institucional y constitucional no puede invadir, y el Tribunal de Estrasburgo, que en ocasiones como ésta realiza una interpretación del art. 6.1 del Convenio de Roma que maximiza la trascendencia del derecho a un proceso equitativo en normas de legalidad infraconstitucional como las relativas al cómputo de los plazos para ejercitar acciones judiciales.

⁷⁶⁵ “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, *cit.*, págs. 26 y 27.

ordinario y desembocara en una continua superrevisión procesal. Por ello, Claus-Wilhelm CANARIS⁷⁶⁶ propone, para atenuar la problemática de la superrevisión, que el Tribunal Constitucional Federal exigiese, en cada caso y rigurosamente, que la decisión impugnada en la queja constitucional debiese haber llegado a otro resultado *por fuerza de la Constitución*, y no considerase bastante que *podiese* tener tal resultado a la luz de un correcto entendimiento de los derechos fundamentales.

En nuestra doctrina, sin embargo, se alzan voces en una dirección contraria. Así, Luis LÓPEZ GUERRA⁷⁶⁷ considera que el Tribunal Constitucional debe escoger, dentro de la pluralidad de soluciones justas dentro de la ley a una cuestión concreta, aquella que refleje no sólo y necesariamente la ley y la Constitución, sino también “el sentimiento de lo justo existente en la sociedad en un momento dado”, puesto que el Tribunal Constitucional, en su opinión, se encuentra, por su composición, en mejores condiciones para conectar con el sentimiento social de lo justo que otros órganos jurisdiccionales⁷⁶⁸. Esta postura es criticada por otros autores⁷⁶⁹.

El problema estriba, entre otras cuestiones, en que es en definitiva el Tribunal Constitucional el que acaba determinando en qué casos puede revisar la argumentación y la decisión adoptada por el juez ordinario y en cuáles no, porque el Tribunal Constitucional,

⁷⁶⁶ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, traducción portuguesa de Ingo Wolfgang SARLET y Paulo MOTA PINTO, Livrería Almedina, Coimbra, 2003, págs. 44-47. La problemática de la “superrevisión” es objeto de extenso tratamiento en la doctrina alemana, como puede verse en las notas a pie de página de CANARIS, *ibidem*.

⁷⁶⁷ Prólogo de “La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo”, Rosario SERRA CRISTOBAL, *cit.*, pág. 15.

⁷⁶⁸ En un sentido similar, y con motivo de otra fricción surgida entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, esta vez la Sala 2ª, de lo Penal, con ocasión de la STC 63/2005, de 14 marzo (ver *supra* nota al pie núm. 762, la presidente del Tribunal Constitucional, María Emilia CASAS BAAMONDE, manifestó en una conferencia que el Tribunal Constitucional “no es el único intérprete de la ley, pero sí el último, el definitivo y el supremo” (diario El País de 1 de junio de 2005, pág. 26). Parece que no se diferencia claramente entre la función del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con la Constitución y su Ley Orgánica, y la función de interpretación de la ley ordinaria, que, salvo que se trate de interpretación en clave constitucional, corresponde a la jurisdicción ordinaria, de la que el Tribunal Supremo es el órgano supremo (art. 123.1 de la Constitución). Puede que la declaración esté recogida incompleta o defectuosamente. En la conferencia que dicha presidenta dio en el club Antares de Sevilla el 4 de octubre de 2005, lo que afirmó rotundamente fue que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución y de “la constitucionalidad de las leyes”.

⁷⁶⁹ Así, Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, *cit.*, pág. 214.

como máximo órgano jurisdiccional en materia de garantías constitucionales y competente para conocer de los recursos de amparo interpuestos contra las resoluciones judiciales (art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) es el máximo encargado de determinar cuándo se ha vulnerado un derecho fundamental y cuándo no, y, por lo tanto, es el único competente para determinar si la resolución judicial se ha quedado en una interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria discutible pero no revisable en amparo, o si ha vulnerado el derecho fundamental invocado y, por tanto, su resolución puede ser anulada. Y es muy difícil no encontrar algún nexo de unión entre cualquier cuestión jurídica debatida en un proceso y un derecho fundamental, por lo que la reconducción de cualquier cuestión jurídica objeto de un litigio a un recurso de amparo no es difícil⁷⁷⁰.

Afirmaba sobre este particular Francisco TOMÁS Y VALIENTE⁷⁷¹ que “nadie puede decirle al Tribunal [Constitucional] cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo. El control de constitucionalidad sobre el Tribunal Constitucional es sólo autocontrol. Nadie puede funcionalmente controlar el ejercicio de sus competencias”. Esto supone naturalmente un riesgo de extensión ilimitada de la actuación revisora del Tribunal Constitucional que puede reducir indebidamente el margen de actuación de los demás operadores jurídicos, lo que supone una nueva formulación de la vieja interrogante de *quis custodiet ipsos custodes?*⁷⁷².

No obstante, la progresiva asunción por los distintos órdenes jurisdiccionales de su función en el sistema debería haber ido “engrasando” los engranajes de dicho sistema y moderando las fricciones, por más que en parte el problema subsista, fundamentalmente en lo relativo a las dificultades en la diferenciación entre los campos de la constitucionalidad y de la mera legalidad ajena a los derechos fundamentales, y el planteamiento del recurso de

⁷⁷⁰ Cfr. Rosario SERRA CRISTÓBAL, “La guerra de las Cortes...”, *cit.*, pág. 68 y siguientes.

⁷⁷¹ “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *La Jurisdicción Constitucional en España*, *cit.*, pág. 32-33.

⁷⁷² Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial (1985)”, *cit.*, pág. 272.

amparo como, fundamentalmente, amparo frente a los jueces. Pero puntuales sucesos recientes nos indican que ello no siempre es así⁷⁷³.

La controversia estriba en si la solución ha de venir de la mano de reformas legislativas o de la actitud que mantengan el poder judicial y el Tribunal Constitucional. Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA⁷⁷⁴ afirma que en esta materia, el *self-restraint* y la común lealtad constitucional son más importantes si cabe, en ocasiones, que los textos jurídicos⁷⁷⁵. Y, en todo caso, a falta de una actuación concordada entre los diversos órganos constitucionales y jurisdiccionales, el criterio rector para resolver tales fricciones no puede ser otro que el que resulta del art. 123.1º de la Constitución: en materia de garantías constitucionales, el órgano jurisdiccional supremo es el Tribunal Constitucional. Es él quien tiene que decidir hasta dónde debe llegar su actuación en el otorgamiento o la denegación de amparo por vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Por el contrario, Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN⁷⁷⁶ entiende que el *self-restraint* de los miembros del Tribunal Constitucional no resuelve la cuestión, pues no estamos ante una cuestión de talante personal sino ante un problema de configuración legislativa del amparo, que debe resolverse legislativamente. En esta línea, Pascual SALA SÁNCHEZ⁷⁷⁷ afirma: “No es que carezca de utilidad –que la tiene sobre todo en la actual situación provisional- la vía del *self-restraint*, pero como única solución ha de calificarse de insuficiente e incluso, en buen número de ocasiones, de inoportuna”.

⁷⁷³ Como parece demostrar la citada Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 que declara incurso en responsabilidad civil a los magistrados del Tribunal Constitucional, o las posteriores fricciones en torno a la STC 63/2005, de 14 de marzo, en relación a la prescripción penal.

⁷⁷⁴ “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 139.

⁷⁷⁵ A esta necesidad de autocontrol del Tribunal Constitucional Federal, en el caso de la República Federal de Alemania, hace referencia Claus-Wilhelm CANARIS (“Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, pág. 47), al afirmar que estos problemas podrían evitarse si el Tribunal Constitucional Federal, siguiendo sus propias premisas, no se inmiscuyese en la solución de cuestiones que se sitúan en un plano infraconstitucional y, por tanto, son exclusivamente competencia de los tribunales ordinarios.

⁷⁷⁶ “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, *cit.*, pág. 218.

⁷⁷⁷ “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 25.

Personalmente entiendo que una reforma legislativa que delimite de un modo más ajustado el engarce entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional en esta materia puede ser útil, pero que la recíproca lealtad institucional y el correcto entendimiento de la función de cada una de las jurisdicciones es inevitable, puesto que siendo el principal problema hasta dónde llegan las cuestiones de legalidad ordinaria y dónde empiezan las de relevancia constitucional, no es posible que solamente un texto legal dé solución a la cuestión. Mientras tanto, coincido con Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA en que es el Tribunal Constitucional quien tiene que decidir hasta dónde debe llegar su actuación en el otorgamiento o la denegación de amparo por vulneración de los derechos fundamentales y las libertades públicas puesto que, como afirma Pablo PÉREZ TREMPS⁷⁷⁸, cuenta con un amplísimo margen para definir él mismo el alcance de los derechos fundamentales y, con ello, el ámbito dentro del cual se desenvuelve su actuación, en una función que ha calificado en alguna ocasión (STC 151/1999, de 14 de septiembre, fj. 1º) de “autodeslinde”. Lo que no quita que sus decisiones puedan ser objetadas y criticadas.

En esta línea parece apuntar la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a la que se refiere el anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005. A la previsión contenida en el art. 4.1 de que “en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional” se añade: “El Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo, podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia”. Y se agrega un nuevo párrafo al art. 92, en el que se prevé: “Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción”. Con independencia de la actitud subjetiva de los miembros del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la apuesta del legislador de dotar al Tribunal Constitucional de instrumentos de “autotutela” de su supremacía en materia de garantías constitucionales parece clara.

⁷⁷⁸ “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 59.

C) LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL JUEZ ORDINARIO, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LAS JURISDICCIONES CIVIL Y SOCIAL

a. El juez ordinario como garante natural de los derechos fundamentales

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, la Constitución española es una Constitución garantista, que articula diversas técnicas para asegurar el respeto de los derechos fundamentales, unas de carácter general o institucional y otras de carácter jurisdiccional o individual. Entre estas garantías, la garantía jurisdiccional es “la garantía estrella”. El garante común, el garante natural, el juez natural de los derechos fundamentales no es el Tribunal Constitucional, sino el juez ordinario⁷⁷⁹. La diversidad de mecanismos protectores no oculta que en el sistema español la responsabilidad de protección de los derechos fundamentales recae sobre todo en los jueces ordinarios⁷⁸⁰.

Los jueces ordinarios, como poderes públicos, están sujetos a la Constitución (art. 9.1 de la Constitución), y se hallan vinculados por los derechos fundamentales (art. 53.1 de la Constitución), que están obligados a proteger en todas sus actuaciones.

Sin embargo, como pone de relieve Pedro CRUZ VILLALÓN⁷⁸¹, la Constitución no atribuye expresamente a los jueces la función de proteger los derechos fundamentales, como hace por ejemplo con el Defensor del Pueblo en el art. 54, al definirlo como “alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título”. En el caso del poder judicial, la Constitución, en el art. 117.3, se limita a describir el ejercicio de la función jurisdiccional como el de “juzgar y ejecutar lo juzgado”. La conexión de la función de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” con los derechos fundamentales, sin necesidad de una proclamación explícita, resulta de una interpretación sistemática de la Constitución, construida fundamentalmente a partir del

⁷⁷⁹ Luis LÓPEZ GUERRA, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 32.

⁷⁸⁰ Joaquín GARCÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 46.

⁷⁸¹ “El juez como garante de los derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 38-40.

principio de “Estado de derecho” del art. 1.1, el derecho fundamental a la tutela efectiva de los jueces y tribunales del art. 24 y las garantías de los derechos contenidas en los diversos apartados del art. 53 de la Constitución. La garantía judicial de los derechos fundamentales es ella misma expresión de un derecho fundamental, del derecho genérico a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución: “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Esta tutela de cualesquiera derechos, los fundamentales incluidos, por parte de los jueces y tribunales tiene lugar esencialmente mediante la función de juzgar.

Por tanto, los derechos fundamentales, como “derechos” que son, y no meros principios iusfundamentales, gozan de la tutela judicial efectiva que a todos los derechos, fundamentales o no, otorga el art. 24 de la Constitución. Además, para determinados derechos fundamentales (art. 14 y Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución), la Constitución prevé una protección ante los jueces ordinarios mediante un procedimiento preferente y sumario.

Esta función de amparo de los derechos fundamentales que tienen los jueces ordinarios⁷⁸² se funda, pues, en los siguientes títulos⁷⁸³:

- 1) Una competencia orgánica derivada de los arts. 9.1º y 53.1º de la Constitución: el juez ordinario, como poder público, está sujeto a la Constitución y vinculado a los derechos fundamentales. Conforme a la STC 113/1995, de 6 de julio, fj 6º: *“...tratándose de órganos jurisdiccionales, esa vinculación significa no sólo un deber de respeto hacia esos derechos y libertades, sino también un deber de tutela. Es decir, un deber de proteger dichos derechos y libertades, frente a todo tipo de ataques, pues son los órganos jurisdiccionales, todos los órganos*

⁷⁸² Sobre la función de amparo de los derechos fundamentales de los jueces ordinarios en la República Federal de Alemania, Albrecht WEBER, “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania”, *cit.*, pág. 44. Los tribunales ordinarios en la República Federal de Alemania serían también depositarios de la garantía constitucional de protección judicial de los derechos fundamentales no sólo atendiendo las quejas sobre derechos fundamentales, sino también mediante el uso de la técnica de interpretación conforme y el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal.

⁷⁸³ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 38.

jurisdiccionales, los primeramente encargados de la tutela de dichos derechos y libertades”.

- 2) Una competencia funcional genérica establecida en los arts. 24.1 y 117.3 de la Constitución, 1, 2, 3, 8 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, conforme a la cual deben ejercer la jurisdicción para la tutela de los derechos subjetivos y los intereses legítimos. La efectividad de la tutela judicial requiere que los jueces apliquen los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales en todo tipo de procesos que ante ellos se sustancien, de acuerdo con su carácter de normas superiores del ordenamiento jurídico, bien utilizándolos directamente para la resolución de controversias, bien interpretando las restantes normas conforme al contenido de dichos preceptos constitucionales.
- 3) Una competencia funcional específica establecida en los arts. 53.2 de la Constitución, 41.1, 43.1 *in fine* y 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que de forma expresa prevén que la tutela ordinaria de los derechos fundamentales corresponde a la jurisdicción ordinaria e imponen a los jueces la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución “de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado” (art. 7.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en su función jurisdiccional, de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, habilitando además algunos procesos especiales destinados exclusivamente para la protección de determinados derechos fundamentales.

Respecto de esta función de amparo de los derechos fundamentales, podría haberse optado, al diseñar el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales por el constituyente, por establecer una especialidad funcional u orgánica, creando órganos especializados (al modo de los Tribunales de Urgencia previstos en la Constitución de la II República) e incluso una Sala de lo Constitucional en el Tribunal Supremo, y asimismo podía haberse circunscrito la defensa de los derechos fundamentales a un solo tipo de proceso. Pero no ha sido así. Se ha entendido preferible no crear órganos especializados en la jurisdicción ordinaria, para que la constitucionalidad sea competencia de todos los tribunales (ya es bastante con un solo Tribunal Constitucional)⁷⁸⁴. Y asimismo, dado que no puede

⁷⁸⁴ Pedro CRUZ VILLALÓN, “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador”, *cit.*, pág. 419

realizarse una distinción tajante entre constitucionalidad y legalidad, como ya se ha comentado, y que lo “constitucional” no está circunscrito a un tipo concreto de relación jurídica, sino que, por el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de la superioridad normativa de la Constitución, afecta a todas las relaciones jurídicas, aunque se prevé un proceso especial, preferente y sumario, para la protección de determinados derechos fundamentales, la función del juez ordinario de proteger los derechos fundamentales no se circunscribe a un concreto tipo de proceso, sino que afecta a todos los procesos en los que se ejercita la función jurisdiccional. No es pues, atendible, que solamente en los procesos especiales de protección de determinados derechos fundamentales por el juez ordinario la Constitución pueda tener aplicación directa y puedan protegerse los derechos fundamentales: el ordenamiento jurídico no es distinto según el proceso que se siga⁷⁸⁵, y en todas sus actuaciones el juez ordinario está sometido a la doble vinculación a la Constitución y a la ley⁷⁸⁶.

b. La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos ordinarios ante la jurisdicción civil

Como se ha dejado apuntado, el ordenamiento jurídico no recoge ninguna relación jurídica “iusfundamental” o “constitucional” autónoma con respecto a las demás (civil, penal, laboral o administrativa). Los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales son de aplicación común a todas las relaciones jurídicas, con independencia de su naturaleza, en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico y de la integración en el mismo, como vértice, de la Constitución. Y el hecho de que los derechos fundamentales sean, en primer lugar, derechos subjetivos, y que la Constitución tenga naturaleza normativa y, especialmente su regulación de los derechos fundamentales, tenga eficacia y aplicabilidad directa por los jueces ordinarios, hace que deban ser aplicados y protegidos por los jueces en cualquier tipo de proceso, siguiendo las normas sobre competencia, legitimación, representación procesal, dirección técnica y tramitación propias de estos procesos. Además,

119.

⁷⁸⁵ En este sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 76.

⁷⁸⁶ Sobre esta doble vinculación, ver *supra* epígrafe IX-B-a, “dos jurisdicciones pero un único sistema”.

estos procesos ordinarios son los únicos a través de los que puede solicitarse el amparo judicial frente a violaciones de derechos fundamentales contenidos en la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, excepto la objeción de conciencia⁷⁸⁷.

En lo que respecta a la jurisdicción civil, la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no ha de producirse exclusivamente en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales, cuyas diferencias del proceso ordinario, como veremos, han quedado actualmente sustancialmente reducidas una vez que la Sección de “garantía jurisdiccional civil”, arts. 11 a 15, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, ha sido íntegramente derogada por el apartado 2.3º de la Disposición Derogatoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 249.1.2º remite al cauce del juicio ordinario (proceso ordinario tipo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil) la tutela de los derechos fundamentales, con la única especialidad de que “será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente”⁷⁸⁸.

En primer lugar, y entiendo que es una afirmación discutible, el privilegio que supone dicho proceso especial (básicamente, en la actualidad, su carácter preferente, el acercamiento del fuero territorial al domicilio del titular del derecho fundamental cuya vulneración se alega, la intervención del Ministerio Fiscal, el acceso a casación por razón de la materia), puede renunciarse por quien pretende la tutela de su derecho fundamental, y acudir al cauce procesal ordinario. Así ha sido admitido, en relación a la jurisdicción social, por las SSTC 90/1997, de 6 de mayo, y 116/2001, de 21 mayo⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 39.

⁷⁸⁸ Otras especialidades previstas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil son la atribución de la competencia territorial para conocer de estos litigios a los órganos judiciales del domicilio del demandante y cuando no lo tuviere en territorio español, el del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate (art. 52.6), ser siempre recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución (art. 477.2.1) y que la ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente (art. 524.2).

⁷⁸⁹ *Infra* epígrafe IX-C-e-6, “las garantías del procedimiento especial: la preferencia y la sumariedad”.

Teniendo en cuenta que las especialidades procesales del proceso especial de protección de los derechos fundamentales son actualmente mínimas y consisten exclusivamente en un reforzamiento de la posición de quien invoca la vulneración de su derecho fundamental, entiendo que no es posible afirmar que se trata del proceso que corresponde por razón de la materia (como podría afirmarse, por ejemplo, del juicio de desahucio por falta de pago de las rentas), que en todo caso ha de seguirse para enjuiciar la pretensión deducida sobre esa materia, sino que se trata de un privilegio procesal al que el beneficiado por el mismo puede renunciar, optando por acudir al proceso ordinario que corresponda, que, además, en este caso es el mismo tipo de proceso que el previsto como especialidad para la protección de los derechos fundamentales, el juicio ordinario de los arts. 399 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esto tendría sentido, sobre todo, para el caso de que se entienda que el demandante no puede acumular en el juicio ordinario “especial” sobre derechos fundamentales pretensiones conexas sobre cuestiones de legalidad ordinaria, y el demandante no quiera renunciar a formularlas conjuntamente con las de protección de derechos fundamentales, pues en tal caso la acumulación sólo podrá producirse si acude al cauce del proceso ordinario.

Porque, en muchas ocasiones, cuestiones de trascendencia constitucional, referentes a derechos fundamentales y libertades públicas, están ligadas de modo inescindible a otras de mera legalidad ordinaria, o bien la distinción entre unas y otras no es diáfana, con lo que, de instarse el proceso especial, se corre el riesgo de que el órgano judicial no entre a resolver sobre tales cuestiones de legalidad ordinaria y, o bien desestime la demanda por entender que la pretensión del demandante es protegible en base a normas de legalidad ordinaria pero no por haberse producido una vulneración de su derecho fundamental, o bien resuelva exclusivamente sobre dicha vulneración pero deje sin atender peticiones conexas por entender que sólo pueden sustentarse en normas de legalidad ordinaria. Como se ha visto anteriormente, la distinción entre los planos de la constitucionalidad relativa a los derechos fundamentales y la legalidad ordinaria no es tajante y en muchas ocasiones una separación radical en esta materia pugna con la idea de unidad del ordenamiento jurídico.

El Tribunal Supremo, con referencia a cuestiones de legalidad ordinaria, ha declarado de modo reiterado la posibilidad de que el demandante renuncie a utilizar el cauce del

proceso especial, que en el sistema de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil se entendió siempre que suponía un privilegio para el demandante, y promueva un proceso ordinario. Y así, en la Sentencia de la Sala 1ª de 14 de abril de 1992, se declara:

“Que en el presente supuesto en modo alguno cabe imputar a la parte actora y hoy recurrida una inadecuación de procedimiento que conlleve la casación de la sentencia recurrida, cuando temiendo, con un cierto fundamento, que la parte hoy recurrente, podría alegar en su defensa razones que fueran tenidas por complejas a la hora de ventilar la litis en un procedimiento de desahucio por precario, otorgando al demandado una mayor posibilidad de defensa y ampliando con ello el ámbito de la litis, utilizó el procedimiento declarativo ordinario, adecuado desde cualquier punto de vista para la resolución de las pretensiones contenidas en la demanda, por lo que no puede concluirse la existencia de una inadecuación de procedimiento...”

Igualmente el Tribunal Supremo ha entendido que la tutela frente a supuestas vulneraciones de derechos fundamentales, como el derecho al honor o el derecho de asociación, podía tramitarse por el proceso ordinario, el juicio de menor cuantía, y no necesariamente a través del cauce del proceso especial de protección de los derechos fundamentales establecido por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, y estimó los recursos de queja que se interpusieron contra resoluciones de Audiencias Provinciales inadmitiendo a trámite recursos de casación contra las sentencias dictadas en apelación en relación a esos juicios de menor cuantía (por ser coincidentes, en sentido desestimatorio, las sentencias de primera y segunda instancia), por entender aplicable el régimen de recursos del proceso especial de protección de los derechos fundamentales (Autos del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 1998 23 de diciembre de 1997, 4 de noviembre de 1997, 27 de julio de 1999 y 2 de noviembre de 1999, entre otros).

También el Tribunal Constitucional ha declarado que la posibilidad del litigante de escoger el proceso especial o el ordinario, o escoger entre dos cauces procesales diferentes

que la legislación procesal le ofrece, siempre que la escogida sea una vía procesal adecuada, se deriva del art. 24 de la Constitución y no es posible negarle la posibilidad de dicha elección. En este sentido, la STC 1/1987, de 14 de enero, reiterando la doctrina contenida en la STC 90/1985, de 22 de julio, afirma:

"...el mandato contenido en el art. 24.1 de la Constitución encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de los derechos e intereses legítimos, aunque sólo sea porque no puede decirse que sean los mismos los efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen los distintos procesos prescritos por nuestro Ordenamiento jurídico para la defensa de esos derechos e intereses. Pero ello siempre que la vía escogida sea procedimentalmente correcta, conforme a las normas legales vigentes".

Del mismo modo, la STC 105/1987, de 22 de junio, sienta la misma doctrina en lo relativo a la elección entre plantear cuestión de competencia por inhibitoria o por declinatoria, declarando:

"Enfrentada con una demanda ante el Juez que consideró, con razón, incompetente, la demandada optó por promover la cuestión de competencia por inhibitoria y al hacerlo ejercitó su derecho, sin que pueda exigírsele que lo hiciera mediante declinatoria, como parece sostener la Audiencia. Cierto es que si hubiese elegido este último cauce procesal se hubiera evitado la declaración de rebeldía. La Ley, sin embargo, concede al demandado la libre elección entre ambos instrumentos procesales, determinando que no pueden utilizarse los dos a la vez o sucesivamente (arts. 77 y 78 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe, pues, que de esa libre elección se le irroguen perjuicios y, entre ellos, el gravísimo de reducirlo a indefensión".

Y con referencia concreta al proceso especial de protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Supremo se ha pronunciado también sobre la posibilidad del demandante de optar por el proceso especial (en aquel momento, el de la Ley 62/1978, por remisión de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al

Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen) o por el proceso ordinario. En la Sentencia de la Sala 1ª de 25 de noviembre de 1998, fj. 1º, el Tribunal Supremo declaró:

“El motivo primero del recurso, plantea, al amparo del número dos del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción por inaplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar y a la propia Imagen, en relación con los artículos 12 y 13 de la Ley Orgánica 62/78 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En resumen, tras describir el contenido de los artículos, razona que seguidos en este caso, los trámites del juicio de menor cuantía, se ha empleado juicio inadecuado, porque el bien constitucional protegido se defiende por proceso especial, preferente y sumario, con intervención del Ministerio Fiscal, regulado por los preceptos citados.

El motivo, como dice el Ministerio Fiscal en su informe, no debió pasar el trámite de admisión, porque con independencia de que en modo alguno produjo indefensión la tramitación del juicio de menor cuantía, el hecho de que esté previsto por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 1/82 en relación con el artículo 53.2 de la Constitución y con la Ley 62/78, un procedimiento especial sumario, no supone que las partes no puedan acudir al juicio declarativo ordinario.

Ha de añadirse que no es el único caso en que el ordenamiento procesal proporciona para tutela de derechos, distintos cauces procedimentales sumarios, o de cognición plena, y además los derechos cuya defensa se postula, existían antes de la Constitución, bien que ésta al proclamarlos como fundamentales los protege de modo especial, más no deroga las leyes procesales precedentes.

El motivo debe ser rechazado”.

En otras ocasiones, la tutela judicial del derecho fundamental no se solicita por el actor en su demanda, sino por el demandado al contestarla, como por ejemplo cuando solicita en la contestación a la demanda, como fundamento de su defensa, que se considere nula una estipulación contractual, un acuerdo de una junta de propietarios o una norma estatutaria en la que se basa la pretensión formulada en la demanda y que el demandado considera viola sus derecho fundamental a no ser discriminado, de libertad ideológica o religiosa, de asociación, etc. Quiere ello decir que al haberse promovido contra el demandado un proceso ordinario, sobre cuestiones de legalidad infraconstitucional, éste puede plantear la cuestión relativa a la eficacia del derecho fundamental al contestar a dicha demanda en el propio proceso ordinario, sin que sea admisible impedirle plantear esta cuestión como medio de defensa ante la demanda contra él interpuesta y remitirle a que presente demanda para la protección de su derecho fundamental por el cauce del proceso especial. Porque de impedirse al demandado plantear en un proceso ordinario la defensa de su derecho fundamental, además de privarle de un medio de defensa que en ningún caso le veda la ley, con esta solución se estaría dividiendo la continencia de la causa, y podría llegarse al contrasentido de que se estimara la demanda deducida contra él en el proceso ordinario (por ejemplo, para que el demandado cumpliera algo a lo que estaría obligado en virtud de una cláusula estatutaria de la asociación a la que pertenece o en virtud de un acuerdo de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en la que está integrado el inmueble de su propiedad) y se estimara también la demanda del proceso especial de protección de los derechos fundamentales (por ejemplo, declarando que esa cláusula estatutaria o el acuerdo de la junta de propietarios es nulo por violar los derechos fundamentales del demandante). De este modo, litigios que inicialmente se plantean sobre cuestiones que aparentan ser de mera legalidad ordinaria (contratos en general, arrendamientos urbanos, propiedad horizontal), se convierten, en base a los argumentos de defensa introducidos por el demandado en su contestación a la demanda, en procesos sobre derechos fundamentales.

La mayoría de la doctrina, cuando analiza la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales, enfoca la cuestión desde el punto de vista de la demanda en la que se ejercita una pretensión de tutela de un derecho fundamental vulnerado, partiendo de la idea de que toda petición de protección de un derecho fundamental se formula mediante una demanda

promovida ante los tribunales. Esto puede ser así en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa, en la que la vulneración del derecho fundamental proviene siempre de la Administración y en la que es el particular quien ha de impugnar siempre la actuación administrativa a través de la promoción de un recurso contencioso-administrativo contra dicha actuación, a fin de que se declare su nulidad por violación del derecho fundamental. También en la vía jurisdiccional laboral es normal que así suceda, porque normalmente la vulneración del derecho fundamental se produce en el ejercicio por el empresario de su potestad disciplinaria derivada de su poder de organización y dirección de la empresa, y será el trabajador el que tendrá que impugnar, promoviendo la oportuna demanda, esa medida disciplinaria, alegando su nulidad por violar su derecho fundamental.

Sin embargo, en los litigios civiles es muy frecuente que la situación sea distinta. No es normal que, por ejemplo, quien compra un piso tome la iniciativa de impugnar una cláusula estatutaria o un acuerdo de la junta de propietarios que considera que vulnera su derecho a no ser discriminado⁷⁹⁰ o su derecho a la intimidad, mediante una acción declarativa dirigida a que se declare la nulidad de tal acuerdo por violación de un derecho fundamental (obteniendo, tras varios años de litigio si las resoluciones judiciales van siendo sucesivamente recurridas, una sentencia en la que se declare la nulidad de tal actuación privada), si todavía la comunidad no ha adoptado actuaciones concretas en base a tal acuerdo, actuaciones que en muchas ocasiones, al carecer del privilegio de autoejecución de

⁷⁹⁰ Aunque cláusulas como los *racially restrictive covenants*, objeto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre la *state action* (ver *supra* epígrafe V-A, “Estados Unidos y Canadá”), nos parecen muy alejadas de nuestra realidad jurídica, el fenómeno de la inmigración está dando lugar a situaciones muy similares, de las que se han hecho eco numerosas noticias de prensa (“Denuncian a tres administradores de fincas por no alquilar pisos a inmigrantes”, ABC, edición Cataluña, 16 de julio de 2003, pág. 35, “IU denuncia que el Consistorio pide que no se contrate ni alquilen pisos a rumanos”, ABC, edición Sevilla, 16 de diciembre de 2002, pág. 34, “Un bloque de la calle Abogado Enríquez Barrios de Ciudad Jardín demandará a tres de sus dueños por habilitar pisos para alojar inmigrantes «hacinados»”, ABC, edición Córdoba, 24 de mayo de 2005, pág. 32, “40.000 inmigrantes, la mayoría ilegales, malviven en el poniente almeriense... Ni les quieren alquilar viviendas...”, ABC, edición Sevilla, 23 de noviembre de 2003, pág. 54, “Un alcalde alicantino del PP insta a que no se vendan [ni alquilen] pisos a inmigrantes... moros o gitanos”, El País, 25 de febrero de 2003). En ocasiones, cláusulas estatutarias prohibitivas de determinadas actividades en locales del edificio, aparentemente “neutras”, en realidad están excluyendo la utilización de los mismos por minorías étnicas o religiosas. Es lo que conforme al art. 28 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social puede calificarse como “discriminación indirecta”, que se produce “cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”.

que dispone la Administración, sólo pueden realizarse interponiendo la comunidad de propietarios la correspondiente demanda ante los tribunales. Pese a la falta de conocimientos jurídicos especializados del ciudadano corriente, entiendo que el “sentido común” suele llevarle a una conclusión que enlaza con la categoría jurídica de la “nulidad radical” del acto jurídico por violación de normas imperativas, en este caso situadas en el vértice del ordenamiento jurídico, y que considere dicho acto jurídico como inoperante por atentatorio a sus derechos fundamentales. Sólo cuando se le demanda en base justamente a ese acto jurídico reputado inconstitucional por atentatorio a su derecho fundamental, el ciudadano reaccionará oponiéndose a la pretensión sustentada en dicho acto jurídico, alegando la nulidad del mismo por vulnerar su derecho fundamental.

Tampoco podemos olvidar que litigar es caro y desagradable, y solamente cuando el ciudadano se ve necesariamente impelido a defenderse de una demanda que se dirige contra él, contratará un Procurador y un Abogado y planteará, con los requisitos técnicos que la legislación procesal exige, la pretensión de tutela de su derecho fundamental como defensa frente a la demanda dirigida contra él.

En consecuencia, como se ha indicado, en un litigio planteado en principio sobre cuestiones de legalidad ordinaria, la cuestión constitucional relativa a la vigencia de los derechos fundamentales y a su protección puede ser introducida con posterioridad al inicio del litigio, mediante los medios de defensa articulados en la contestación a la demanda.

Por lo expuesto, la aplicación por el juez ordinario de la normativa constitucional sobre derechos fundamentales, y, de existir, de la legislación infraconstitucional que la desarrolla, con la consiguiente protección de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, ha de realizarse también en los procesos ordinarios, y no sólo cuando la pretensión de protección de los derechos fundamentales integra la demanda, sino también cuando es deducida por la parte demandada como defensa frente a la acción que se ejercita contra ella.

La Ley 62/2003, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en desarrollo de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000,

relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establece, además de normas específicas que modifican el proceso laboral, otras normas que son aplicables a todo tipo de procesos civiles, tanto generales como especiales de protección de los derechos fundamentales, que versen sobre el principio de igualdad y la interdicción de discriminación por determinados motivos⁷⁹¹.

En primer lugar se establece en el art. 31 de esta ley una previsión sobre la legitimación activa en los procesos relativos a discriminaciones motivadas por el origen racial o étnico de las personas. Se reconoce legitimación por sustitución a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, que podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico.

La previsión legal se limita exclusivamente a la legitimación activa, es decir, a la interposición de demandas para hacer efectivo el principio de igualdad e interdicción de

⁷⁹¹ Sobre las novedades introducidas por esta ley en esta materia, Pedro TUSET DEL PINO, “Las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo. Comentarios a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre”, en la revista *Información laboral. Jurisprudencia*, núm. 1, 2004, págs. 2-24. Con posterioridad ha sido promulgada la Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre de 2002, del Consejo y el Parlamento Europeo, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que reproduce algunas normas de las dos directivas citadas (concretamente las definiciones de discriminación directa e indirecta) y asimismo contiene normas relativas al acoso sexual, considerado como una forma de discriminación basada en el sexo, en el lugar de trabajo y en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación, a la no discriminación con motivo del embarazo y la maternidad. El tratamiento de la cuestión que hace la Directiva muestra claramente que el derecho a no ser discriminado despliega su eficacia en las relaciones laborales también respecto de los empleadores privados. Así por ejemplo, se considera, a efectos de lo que puede dar lugar a la obligación del empresario a indemnizar, que el perjuicio sufrido “por el demandante como resultado de la discriminación en el sentido de la presente Directiva sea la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”, supuesto éste que la Directiva excepciona de la prohibición de fijar legislativamente un tope máximo a las indemnizaciones por razón de discriminación. Como en las Directivas ya desarrolladas, se prevé también la legitimación de las asociaciones para promover o coadyuvar en los procesos basados en la existencia de discriminación, y la prohibición de represalia (“garantía de indemnidad”, en la terminología usada por nuestro Tribunal Constitucional). La fecha límite para la transposición de esta Directiva es el 5 de octubre de 2005, con la particularidad de que tal transposición puede realizarse mediante disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o garantizando el Estado miembro que, a más tardar en dicha fecha, “los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos”.

discriminación por razones de origen racial o étnico, sin que sea aplicable a la legitimación pasiva, es decir, a aquellos supuestos, que como se ha comentado son ciertamente numerosos en los litigios civiles, en que el demandado quiere oponerse a la acción ejercitada en su contra por estar ésta basada directa o indirectamente en situaciones o actos jurídicos discriminatorios. En estos casos, la reforma legal no ha previsto que tales personas jurídicas puedan comparecer como coadyuvantes o intervinientes adhesivos del demandado que entiende que la acción dirigida contra él se basa en una actuación discriminatoria.

En segundo lugar, se establecen dos preceptos que se intitulan como relativos a la “carga de la prueba”. El primero de ellos es el art. 32, de acuerdo con el cual “en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. El segundo de ellos, el art. 36, reproduce el texto del anterior precepto, extendiéndolo a discriminaciones por razón de la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas, si bien solamente en los procesos civiles y contencioso-administrativos relativos a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de la sección en que se ubica, que son las relativas al acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

En estos preceptos, para el desarrollo de las Directivas citadas, no sólo se ha seguido la doctrina sentada por numerosas sentencias del Tribunal Constitucional sobre inversión o modulación de la carga de la prueba en procesos laborales sobre despidos y otras medidas empresariales vulneradoras de derechos fundamentales, sino que se ha utilizado la fórmula que, acogiendo esta doctrina del Tribunal Constitucional, ha empleado el legislador en el art. 179.2 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril 1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, sobre procesos de tutela del derecho de libertad

sindical, y, sobre todo, en el art. 96 de dicha Ley, referido a “aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Como ha resaltado la doctrina laboralista al analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y asimismo el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, no se trata propiamente de una inversión de la carga de la prueba, pues tal inversión significaría, en sentido estricto, que quien alega la violación del derecho a no ser discriminado quedaría dispensado de todo esfuerzo probatorio, eximiéndosele de la obligación de probar sus afirmaciones. Por el contrario, no basta con la mera alegación de una supuesta discriminación para que se produzca automáticamente el desplazamiento del *onus probandi*. Quien alega la violación del art. 14 de la Constitución debe proporcionar antes al juez indicios racionales que permitan sospechar el carácter discriminatorio de la desigualdad de trato, debe aportar los datos suficientes para poder establecer una presunción en favor del alegato de discriminación, de su verosimilitud, o un principio de prueba de los hechos de los que resulte tal discriminación. La parte a quien se imputa la violación del derecho fundamental tiene que demostrar que su decisión obedece a motivos razonables y es ajena por completo a todo propósito discriminatorio. Tiene que destruir, en suma, esa sospecha o apariencia de discriminación basada en los indicios apuntados por quien alega la discriminación, acreditando la concurrencia de causas reales y serias que expliquen por sí mismas la actuación tachada de discriminatoria. De acuerdo con Juan María BILBAO UBILLOS y Fernando REY MARTÍNEZ⁷⁹², el mecanismo que se establece está más cerca, por tanto, de la prueba de presunciones que de la inversión (de todo punto inadmisibles) de la carga probatoria. Para Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ⁷⁹³, la afirmación contenida en la STC 81/1982, de 21 de diciembre de que “tal carga [de la prueba] se torna aún más rigurosa” en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 de la

⁷⁹² “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional” en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Manuel ARAGÓN REYES y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ (ed.), Aranzadi-Banco Central Hispano, 1998, p. 326.

⁷⁹³ “Igualdad y discriminación”, “Igualdad y discriminación”, colección *Temas clave de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid 1986., págs. 71-72.

Constitución concreta, ha de precisarse. No se trataría tanto de la “carga de la prueba”, que corresponde a uno u otro pero no es ni más ni menos rigurosa, sino que lo que es más riguroso será la justificación de esa diferenciación, dada la no razonabilidad, que está constitucionalmente negada. Las razones alegadas habrían de tener así la fuerza suficiente para neutralizar el tajante dictado constitucional (“no prevalecerán”)⁷⁹⁴.

Por todo lo expuesto, en aquellos litigios civiles en que se alegue, aportando indicios fundados, la existencia de una discriminación basada en uno de los criterios referidos, la parte a la que se imputa la discriminación ha de aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Una última precisión ha de hacerse a esta regulación de la “carga de la prueba”. Aunque en estos preceptos se atribuye la carga al “demandado” cuando de las alegaciones del demandante resulten indicios fundados de discriminación, entiendo que la misma regla puede aplicarse cuando los indicios fundados de discriminación resulten de las alegaciones utilizadas por el demandado para oponerse a la acción ejercitada por el demandante. La ley incurre en el error ya comentado de considerar que los procesos civiles en los que se discute la posible violación de derechos fundamentales, y concretamente del derecho a no ser discriminado, se originan en demandas promovidas por quien sufrió la violación del derecho fundamental frente a quien realizó la conducta vulneradora, cuando es frecuente que la introducción en el litigio de la cuestión *iusfundamental* se deba no a la demanda del actor sino a la contestación del demandado. Entiendo que no existe obstáculo alguno, por cuanto que la razón jurídica es la misma, para que también en estos otros casos, si de la contestación a la demanda resultan indicios fundados de que la acción del demandante tiene un fundamento o unas consecuencias vulneradoras del derecho a no ser discriminado, corra de cuenta del actor la aportación, suficientemente probada, de una justificación objetiva y razonable del carácter no discriminatorio de su acción, bien por no existir en su demanda cuestión alguna que suponga un trato diferenciado del demandado, bien por ser proporcionado el trato diferenciado del demandado respecto de otros sujetos que se encuentran en igual o parecida situación.

⁷⁹⁴ Ver *infra* epígrafe IX-C-e-10, sobre especialidades en materia probatoria en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales por los jueces de lo social.

El considerando 15° de ambas Directivas prevé que “la apreciación de los hechos de los que pueda resultar la presunción de haberse producido una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes nacionales, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales. Estas normas podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas”⁷⁹⁵. Aunque la ley española no ha establecido una previsión expresa de que la existencia de discriminación indirecta pueda establecerse a partir de pruebas estadísticas, entiendo que no existe problema alguno para que pueda acreditarse de ese modo, dado el concepto de “discriminación indirecta” que se contiene en la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social⁷⁹⁶, que exige la comprobación de que medidas aparentemente neutras tienen en la práctica una trascendencia discriminatoria, la amplitud con la que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la posibilidad de proponer pruebas, y el principio general de libre valoración de la prueba conforme a criterios de sana crítica (arts. 295.4, 316.2, 326.2, 334.1, 348, 350.4, 376, 382.3 y 384.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

⁷⁹⁵ El concepto de “discriminación indirecta” tiene su origen en la doctrina norteamericana del *disparate impact*, en la que constituye un hito fundamental la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos del caso *Griggs v. Duke Power* [401 U.S. 424 (1971)], en la que ya se toma como uno de los criterios determinantes de la existencia de discriminación ilícita la de la desproporción estadística. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene también un elaborado cuerpo jurisprudencial sobre esta discriminación indirecta, sobre todo por razón de sexo en las relaciones laborales (por ejemplo, sentencias de 1 de julio de 1986, asunto C-237/1985, caso *Dato*, y de 17 de octubre de 1989, asunto C-109/1988, caso *Danfoss*). Esta jurisprudencia comunitaria ha sido seguida en sus líneas fundamentales por nuestro Tribunal Constitucional, entre las últimas resoluciones, Sentencia Tribunal Constitucional 240/1999, de 20 diciembre y Auto del Tribunal Constitucional 188/2003, de 3 junio (sobre esta cuestión, María Amparo BALLESTER PASTOR, “Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico [2000/43] y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [2000/78]”, en *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI/2003, pág. 306 y siguientes).

⁷⁹⁶ Conforme al art. 28.1.c de la ley, existe discriminación indirecta “cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”. La STC 145/1991, de 1 de julio, f.j. 2º, incluyó en la noción de discriminación prohibida por el art. 14 de la Constitución no sólo la directa sino también “la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.

Por último, el hecho de que sea un proceso ordinario, y no el especial de protección de los derechos fundamentales, el cauce en el que se haya solicitado, sea por el actor, sea por el demandado, la protección del derecho fundamental no impide el posterior acceso al recurso de amparo constitucional por violación de derechos fundamentales “sustantivos” (distintos de los del art. 24 o del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 de la Constitución). La Disposición Transitoria 2.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere a la vía previa al recurso de amparo del art. 43.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (contra actos de la Administración) pues sólo habla de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa ordinaria o la Sección 2ª de la Ley 62/1978, que es la que regulaba el proceso especial y sumario de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa: la “vía judicial previa” de que habla la citada Disposición Transitoria se refiere a la expresión “agotada la vía judicial procedente” del art. 43.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (recurso de amparo frente a actos de las administraciones públicas), mientras que el art. 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (amparo frente a actos u omisiones judiciales) habla de que “se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial”, y en ellos han de incluirse, naturalmente, tanto el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en la vía jurisdiccional civil (anteriormente el de la Sección 3ª de la Ley 62/1978 y actualmente el del art. 249.1.2º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil), como cualquier proceso judicial ante dicha jurisdicción cuyo objeto, de modo exclusivo o junto con otras cuestiones, haya sido la vulneración de un derecho fundamental.

c. La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales

Además de la tutela jurisdiccional por los jueces y tribunales a través de procesos ordinarios, determinados derechos fundamentales gozan también de protección por la jurisdicción ordinaria a través de procesos especiales. El art. 53.2 de la Constitución prevé que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de

conciencia reconocida en el art. 30”. Aunque no es correcta la tesis que a veces se desliza en los trabajos sobre la materia, quizás por falta de precisión en la exposición de la cuestión, de que la tutela de los derechos fundamentales está encomendada en primer término a los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad⁷⁹⁷, sí es cierto que estos procesos especiales tienen una importante trascendencia en el sistema jurisdiccional de protección de estos derechos, aunque no son el único medio de protección por la jurisdicción ordinaria de los mismos, ni el único cauce procesal en el que las cuestiones de constitucionalidad relativas a los derechos fundamentales pueden hacerse valer.

Estos procesos especiales están destinados a la resolución de controversias en las que se susciten exclusivamente pretensiones relativas a la tutela de los derechos fundamentales. Se configuran como una respuesta a las necesidades de protección propias de derechos fundamentales, que exige una mayor rapidez, sencillez, garantías de efectividad y especial tutela del interés público que trasciende a pretensiones de protección, por su carácter de elementos definidores del sistema político implantado y su relevancia como “fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 de la Constitución)⁷⁹⁸.

En primer lugar, ha de destacarse que no todos los derechos fundamentales son tutelables a través del proceso previsto en el art. 53.2 de la Constitución ante los tribunales ordinarios, puesto que en dicho precepto sólo está previsto para los reconocidos en el art. 14 y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, no quedando comprendidos, en principio, los derechos fundamentales de la Sección 2ª de dicho capítulo (puesto que para el derecho a la objeción de conciencia del art. 30 el art. 53.2 de la Constitución impone el amparo constitucional, pero no el ordinario). No obstante, el legislador ha considerado que los derechos para los que dicho precepto constitucional prevé el amparo ordinario no son *numerus clausus* y el ámbito de protección de estos procesos especiales ha sido ampliado a

⁷⁹⁷ Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES en “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, págs. 875 y siguientes, afirman que el proceso ante los tribunales ordinarios del art. 53.2 de la Constitución es un juicio de amparo o, si se quiere, la primera instancia del amparo, cuya segunda y última instancia debe ser el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Para estos autores, frente a las sentencias dictadas en el juicio de amparo sólo debe haber un recurso inmediato, el recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional.

⁷⁹⁸ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 40 y siguientes.

otros derechos fundamentales⁷⁹⁹, como es el caso de la objeción de conciencia del art. 30 de la Constitución, o constitucionales, como es el caso del derecho de asilo del art. 13.4 de la Constitución, cuya protección fue incluida en la Sección contencioso-administrativa de la Ley 62/1978, respectivamente, por la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal, y por la Ley Orgánica 5/1984, de 6 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiados, debiendo entenderse hoy protegidos a través del proceso especial contencioso-administrativo de los arts. 114 a 121 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ha derogado y sustituido la regulación del proceso especial contencioso-administrativo que contenía la referida Ley 62/1978.

La segunda cuestión a destacar es que, pese a la dicción literal del art. 53.2 de la Constitución, que habla de “un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”, lo regulado por el legislador no ha sido un procedimiento, sino una pluralidad de procedimientos y especialidades procesales. Al no existir, como se ha dicho, un tipo de relación jurídica iusfundamental, puesto que los derechos fundamentales inciden en todo tipo de relación jurídica, no se ha regulado un único y universal proceso especial de amparo judicial.

Se han regulado en principio procesos especiales para cada orden jurisdiccional, civil, laboral y contencioso-administrativo, si bien en el caso del proceso penal se trataba solamente de especialidades respecto de los procesos ordinarios preexistentes.

Asimismo, se han creado una serie de procesos especiales aún más específicos: *habeas corpus*, regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, proceso especial contencioso-disciplinario militar regulado en los arts. 453 y 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, proceso contencioso-administrativo especial para la protección del derecho de reunión, regulado en el art. 122 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y los procesos electorales de los

⁷⁹⁹ Pese a las críticas de algún sector de la doctrina, como es el caso de Javier JÍMENEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 87 y siguientes, quien entiende que la generalización provocada por extensión de este proceso especial a otros derechos no previstos en el art. 53.2 de la Constitución desdibuja el privilegio previsto en la Constitución.

arts. 49 y 108 a 120 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

También suele considerarse por la mayoría de la doctrina como un proceso especial específico para la protección de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional civil el proceso para hacer efectivo el derecho de rectificación de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, actualmente complementado por la previsión contenida en el art. 250.1.9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé el cauce del juicio verbal para la decisión de las demandas “que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales”. Sin embargo, con relación a este proceso, como se verá en el siguiente apartado, ha de entenderse que el ejercicio del derecho de rectificación no siempre supone una pretensión de protección de un derecho fundamental.

En otros casos, lo que la ley ha regulado son algunas especialidades procesales, respecto del proceso especial “tipo”, para la protección de algunos derechos fundamentales concretos. Así ocurre con las especialidades reguladas por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Aunque para la tutela por la jurisdicción ordinaria de estos derechos fundamentales en vía civil era aplicable anteriormente la Sección civil de la Ley 62/1978 y actualmente el juicio ordinario del art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la citada ley orgánica se regulan algunas especialidades aplicables cuando se solicita la tutela de estos derechos de la personalidad consagrados en el art. 18.1 de la Constitución (legitimación, reglas sobre prueba, criterios para la fijación de la indemnización, reparación de la vulneración a través de la publicación de la sentencia en los medios informativos, etc.).

Por último, puede entenderse que el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸⁰⁰, también es una especialidad procesal para la tutela del derecho fundamental del art. 24 de la Constitución respecto de algunas vulneraciones cometidas *in procedendo* o *in iudicando* (defectos de forma causantes de indefensión o

⁸⁰⁰ Dicho incidente fue introducido por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, regulándolo en el art. 240.3 y 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre, está regulado en el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con algunas modificaciones respecto de la redacción anterior.

incongruencia del fallo) respecto de las que anteriormente no cabía solicitar tutela ante la jurisdicción ordinaria (por existir sentencia contra la que no cabe recurso y no ser posible anteriormente declarar por el propio órgano judicial la nulidad de sus propias actuaciones una vez dictada la sentencia) y necesariamente habían de ser reparadas en amparo constitucional. La previsión contenida en la disposición final primera del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobado en el Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005, extiende a “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución” lo que en la redacción actual son “defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo” como fundamento del incidente de nulidad de actuaciones, teniendo como finalidad confesada “otorga[r] a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales...” y “...lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria” (exposición de motivos del anteproyecto). Esta reforma tiene, en mi opinión, una virtualidad dudosa, pues no es previsible que tenga efectividad someter a una especie de recurso no devolutivo basado en la vulneración de cualquier derecho fundamental de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, ante el mismo órgano judicial que la ha dictado, la resolución dictada en un proceso en el que han estado presentes todos quienes debían ser parte en el mismo, en el que se han respetado las exigencias derivadas de la interdicción de indefensión y cuya resolución se ha pronunciado sobre todas las cuestiones suscitadas por las partes. Es decir, cuando se trata de la vulneración de derechos fundamentales no procesales sino sustantivos, objeto del fondo de la cuestión controvertida. Por ello, salvo que se trate de poner de manifiesto, y de este modo permitir al tribunal remediarlas, vulneraciones de derechos fundamentales sustantivos derivadas de la resolución judicial que no habían sido objeto del debate procesal previo a la sentencia, lo que sólo ocurrirá en casos excepcionales, la única virtualidad de este incidente de nulidad de actuaciones será la de alargar aún más la tramitación del litigio ante la jurisdicción ordinaria antes de poder acceder al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, puesto que, como pone de relieve el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre tal anteproyecto⁸⁰¹, la petición de nulidad de actuaciones, siempre que concurren los requisitos previstos en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

⁸⁰¹ Página 41 del informe.

habrá de considerarse como procedimiento previo a efectos de agotar la vía judicial y cumplir así los requisitos que, en su caso, permiten interponer recurso de amparo mediante el procedimiento previsto en el art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En la protección judicial de los derechos fundamentales a través de procesos especiales ha jugado un papel fundamental la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Con escasos antecedentes en nuestro Derecho histórico⁸⁰², dicha ley reguló varios procesos especiales (o especialidades procesales, en el caso penal), que denominó garantías jurisdiccionales penal, contencioso-administrativa y civil. Curiosamente, dejó fuera de su regulación al proceso laboral, pese a que era un ámbito en el que las alegaciones de vulneración de derechos fundamentales se producían con frecuencia, y su regulación se demoró en el tiempo⁸⁰³, y finalmente se hizo en la propia normativa reguladora del proceso laboral, como proceso especial regulado por la propia Ley de Procedimiento Laboral, primero en el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, arts. 174 a 180, para tutela de los derechos de libertad sindical, y posteriormente en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, arts. 175 a 181, que incluye ya no sólo la tutela de los derechos de libertad sindical (aunque el capítulo de la ley lleve tal título) sino también la de los demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio (art. 181), si bien las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de Estatutos de los Sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán

⁸⁰² Como antecedente remoto puede citarse el Decreto de 28 de noviembre de 1812, que no establecía propiamente un proceso especial, sino un principio de preferencia al prever que “los Tribunales del Reino preferirán a todo otro asunto los relativos a infracción de la Constitución política de la Monarquía”. Y más recientemente, el art. 105 de la Constitución republicana de 1931, que preveía que la ley organizaría Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales, lo que se complementaba con la previsión en el art. 121 de un Tribunal de Garantías Constitucionales para conocer del recurso de amparo de garantías individuales cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades. Los citados Tribunales de Urgencia no llegaron a entrar en funcionamiento.

⁸⁰³ Las SSTC 67/1982, de 15 de noviembre, fj. 3º, 47/1985, de 27 de marzo, fj. 5º y 51/1988, de 22 de marzo, fj. 2º, declararon que a efectos de agotar la vía judicial precedente, para poder interponer el recurso de amparo, el proceso a seguir debía ser el ordinario ante la jurisdicción laboral.

inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente, sin serles de aplicación el proceso especial (art. 182)⁸⁰⁴.

Actualmente la Ley 62/1978 se encuentra completamente derogada⁸⁰⁵, puesto que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, derogó la Sección 2ª, reguladora de la garantía contencioso-administrativa, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil derogó la Sección 3ª, reguladora de la garantía civil, y finalmente la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, ha derogado el art. 1 y la Sección 1ª, reguladora de la garantía penal, únicos preceptos que quedaban ya vigentes. Pese a esta derogación completa de la ley, no puede pasarse por alto el estudio de algunos aspectos de la misma, de importancia para entender los actuales procesos especiales de protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria.

La Ley 62/1978 tuvo una peculiar génesis⁸⁰⁶. Fue fruto de los Pactos de la Moncloa de octubre de 1977, y respondía a la necesidad de crear con carácter urgente una normativa provisional que regulara la protección jurisdiccional de derechos de contenido político que empezaban a ser reconocidos, como condición necesaria para la consolidación del proceso de transición democrática. La ley fue elaborada simultáneamente a la Constitución, por las mismas Cortes (de ahí que el legislador que elaboró dicha ley haya sido calificado de “cuasi-constitucional”⁸⁰⁷ y que dicha circunstancia haya sido considerada, teniendo en cuenta la previsión en dicha ley de una garantía jurisdiccional civil, ejercitable frente a particulares, para considerar que estaba en la voluntad del constituyente reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares⁸⁰⁸), fue promulgada un día antes

⁸⁰⁴ Esta cuestión se desarrolla más ampliamente *infra* epígrafe IX-C-e, “la protección judicial de los derechos fundamentales en la jurisdicción social”.

⁸⁰⁵ En un proceso de derogaciones parciales continuadas en el tiempo que algún autor (Julio J. MUERZA ESPARZA, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 586/2003, 17 de julio) ha denominado “derogación silenciosa”.

⁸⁰⁶ Sobre este particular, es especialmente completa la exposición de Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 76 y siguientes.

⁸⁰⁷ Javier PÉREZ ROYO, “Curso de Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 594.

⁸⁰⁸ La STC 18/1984, de 7 de febrero, como ya vimos utiliza el argumento de que en dicho ley se prevé

que la Constitución (que es de fecha 27 de diciembre) pero publicada algunos días después, el 3 de enero de 1979 (la Constitución lo fue el 29 de diciembre de 1978). Sin embargo, pese a esa tramitación simultánea y a que la idea de establecer un proceso especial para la protección de los derechos fundamentales se consolidó en el texto de la Constitución (art. 53.2), en lo que parece que influyó la tramitación simultánea de la ley, existía una discordancia clara entre el ámbito de protección de la ley y el previsto en el art. 53.2 de la Constitución para el procedimiento preferente y sumario, puesto que los derechos fundamentales que podían protegerse a través de la ley no eran todos los previstos en el art. 53.2, y un marcado carácter de provisionalidad, explicitado en la propia Disposición Final de la ley en el sentido de que no era esa la regulación definitiva del procedimiento jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁸⁰⁹. El ámbito de protección de los procesos regulados en dicha ley fue ampliado por el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, aunque curiosamente tampoco se le hizo coincidir con el debía tener el procedimiento preferente y sumario previsto en el art. 53.2 de la Constitución, y finalmente, la Disposición Transitoria 2ª-2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional amplió el ámbito de la garantía contencioso-administrativa de la Ley 62/1978 “a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado art. 53.2 de la Constitución” (aunque seguía indicando que tal regulación serviría “en tanto no sean desarrolladas las previsiones del art. 53.2 de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales”). Aunque la cuestión no ha sido pacífica, algunas Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo ampliaron también el ámbito de protección del proceso especial ante la jurisdicción civil a todos los derechos fundamentales previstos en el art. 53.2 de la Constitución, en base a la referida Disposición Transitoria, pese a que la misma sólo ampliaba el ámbito de la garantía jurisdiccional contencioso-administrativa⁸¹⁰.

una garantía penal y civil para declarar que los derechos fundamentales no se tienen únicamente frente a los poderes públicos y que el titular de tales derechos lo es también en la vida social (ver *supra* epígrafe VIII-B, “la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. El argumento procesal”).

⁸⁰⁹ “Dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución, y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento jurisdiccional de amparo o tutela de los derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto Legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá incorporar al ámbito de protección de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella”.

⁸¹⁰ En este sentido, Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1986, 10 de septiembre de 1991 y 24 de marzo de 1992; en sentido contrario, en el sentido de limitar el ámbito de protección del proceso especial ante la jurisdicción civil a los derechos fundamentales enumerados en el art. 1.2

Un elemento importante de la génesis de esta ley es que dada la falta de tradición de los jueces ordinarios en la protección de los derechos fundamentales frente a actuaciones públicas y privadas y disposiciones administrativas, que impedía prever en el momento de elaboración de la Constitución que los procesos ordinarios pudieran convertirse en cauce de protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria, la previsión legal de un proceso preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales aparecía no como un instrumento complementario de tal protección, sino como instrumento necesario para asignar a los jueces una función, por entonces novedosa, de tutela de los derechos fundamentales. No se trataba, pues, de regular unos procesos para reforzar una competencia judicial preexistente, sino de conferir una nueva competencia a los jueces, que habría de ejercerse precisamente mediante esos procesos. La configuración que finalmente se dio en la Constitución al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 y la lectura e interpretación reposada de la misma llevó a que finalmente ese proceso especial no fuera sino uno de los cauces, junto a los procesos ordinarios, de protección de tales derechos fundamentales, de modo que ambas vías se constituían en complementarias para una misma función⁸¹¹. Quedaba claro por tanto que la previsión del art. 117 de la Constitución de los jueces sometidos únicamente al imperio de la ley no suponía relevarles de una función aplicativa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y protectora de los mismos. Pero la labor pionera de la Ley 62/1978 en la atribución a los jueces ordinarios de esa función protectora marca un hito importante en la configuración de lo que hoy es el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y la función que en el mismo tienen los jueces ordinarios.

Los principios en torno a los cuales se regulaban los procesos de protección de los derechos fundamentales que establecía dicha ley eran los de preferencia y sumariedad, explicitados también en el texto del art. 53.2 de la Constitución, y especialidad, derivado también necesariamente de la previsión de un procedimiento específicamente destinado a la protección de los derechos fundamentales.

de la Ley 62/1978, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1992.

⁸¹¹ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 78 y siguientes.

En cuanto a los principios de preferencia y sumariedad, la STC 81/1992, de 28 de mayo, f.j. 4º, prevé:

“La preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o despacho de los asuntos; por sumariedad, como ha puesto de relieve la doctrina, no cabe acudir a su sentido técnico (pues los procesos de protección jurisdiccional no son "sumarios", sino especiales), sino a su significación vulgar como equivalente a "rapidez". En definitiva, por proceso "sumario" tan sólo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional sean sustancialmente rápidos o acelerados”.

Por su parte, la STC 113/1995, de 6 de julio, f.j. 6º, declara:

“El art. 53,2 CE es garantía de la existencia de ese procedimiento basado en la celeridad de la tutela, pues dada la especial posición que los derechos y libertades fundamentales ocupan en nuestro ordenamiento, en cuanto traducción normativa de la dignidad humana y elemento legitimador de todo poder político, el tiempo de prestación de la tutela judicial, siempre fundamental como lo demuestra la constitucionalización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, se revela como factor capital del efectivo goce y disfrute de dichos derechos fundamentales”.

De este modo, el calificativo de “sumario” empleado por el art. 53.2 de la Constitución y por la Ley 62/1978 no se hace referir al sentido técnico, aplicable a procesos que para favorecer una respuesta rápida a determinadas pretensiones tienen limitado su objeto, los medios de prueba para oponerse a la demanda y su ámbito de conocimiento, normalmente restringido a los hechos, y carecen de fuerza de cosa juzgada material⁸¹², sino

⁸¹² Así ocurre, por ejemplo, con algunos juicios verbales de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, como por ejemplo el juicio de desahucio por falta de pago de la renta del art. 250.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se tramita por el cauce procesal más rápido, el del juicio verbal, se limitan las posibilidades de alegación y prueba del demandado, art. 444.1º, y se excluye la producción de cosa juzgada de

que se vincula a la idea de celeridad, presente también en el principio de preferencia. Los procesos regulados en la Ley 62/1978 cumplen, en este sentido, las exigencias del art. 53.2 de la Constitución por cuanto se trata de juicios plenarios rápidos, de trámites abreviados, pero sin limitación de alegación y prueba y en los que la sentencia tiene eficacia de cosa juzgada, si bien con las consecuencias que se derivan de su especial ámbito, restringido a la protección de los derechos fundamentales, de tal modo que la sentencia estimatoria tiene plena eficacia de cosa juzgada, pero la desestimatoria no priva al demandante de plantear de nuevo su pretensión anulatoria de determinados actos jurídicos o en reclamación de una determinada conducta del demandado, pero fundada no en la vulneración de un derecho fundamental, sino en razones de legalidad ordinaria.

En cuanto a la especialidad, los beneficios que para el demandante se derivan de las características de sumariedad y preferencia de los procesos de la Ley 62/1978 sólo se justifican cuando la pretensión va destinada exclusivamente a la protección de un derecho fundamental. En este sentido, la naturaleza de la pretensión de amparo ante los tribunales ordinarios y ante el Tribunal Constitucional no es distinta, hay en ambos casos identidad en el objeto del proceso: la petición de que se preserve o restablezca su derecho fundamental vulnerado, es decir, la pretensión de amparo⁸¹³. Por eso, en el proceso especial sólo pueden debatirse cuestiones relativas a la vulneración de derechos fundamentales y a la protección frente a la misma. Así se pronuncia la STC 31/1984, de 7 de marzo, en cuyos fñ. 2º y 3º se afirma:

“En el conjunto de las garantías de los derechos y libertades fundamentales, el art. 53.2 CE y, dentro de la supremacía constitucional, la Ley 62/1978, integrada en el sistema jurisdiccional garantizador de estos derechos coordinado al de protección en sede constitucional instituido con el recurso de amparo, prevén y ordenan un proceso que estando abierto a las pretensiones con fundamento en la violación de un derecho o libertad fundamental, es específico para estas pretensiones, no impide la utilización de

la sentencia, art. 447.2º.

⁸¹³ Vicente GIMENO SENDRA, “El recurso de amparo”, *cit.*, págs. 93 y 139.

otros tipos procesales y se erige, en la coordinación a que acabamos de referirnos, en vía preferente y previa.(...)

...como hemos dicho, la elección del tipo de proceso especial ha de estar asentada en el ejercicio de una pretensión dirigida al reconocimiento del derecho o libertad y, en su caso, al restablecimiento en la integridad de ese derecho o libertad...”

En relación a la garantía contencioso-administrativa de la Sección 2ª de la Ley 62/1978, la STC 37/1982, de 16 de junio, declara en su fj. 1º:

“El art. 6 de la Ley 62/1978 de 26 diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, configura la llamada «garantía contencioso-administrativa», regulada en su sección 2ª, como un proceso especial, cuyo objeto aparece limitado a los actos de la Administración Pública, sujetos al derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona mencionados en el art. 1.2 de dicha Ley. Posteriormente, como es sabido, el ámbito objetivo del proceso ha sido ampliado por el RD 342/1979 de 20 febrero, dictado en aplicación de su disposición final y, en último término, extendido por la disp. trans. 2ª.2 LOTC, en cuanto vía judicial para la interpretación del recurso de amparo, a todos los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 Constitución.

Estas últimas disposiciones, aun cuando han ampliado su ámbito, no han modificado el carácter limitado de las pretensiones que pueden deducirse a través del citado procedimiento especial. No es, pues, de extrañar, que el Tribunal Supremo haya mantenido la doctrina, ya establecida en su S 14 agosto 1979, de que tal garantía contencioso-administrativa envuelve un proceso excepcional, sumario y urgente, cuyo objeto es limitado, pues no puede extenderse a otro tema que no sea la comprobación de si un acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona, declarando igualmente el Tribunal Supremo, invirtiendo los términos, que los

restantes aspectos de la actividad pública, ajena a su percusión con el ejercicio de una libertad pública, en relación con los demás intereses legítimos de cualquier recurrente, deben quedar reservados al proceso ordinario”.

En la misma línea, la STC 84/1987, de 28 de mayo, cuyo fj. 5º declara:

"La garantía contencioso-administrativa que configura la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona consiste en un proceso caracterizado además de por su naturaleza preferente y la mayor brevedad de sus trámites, por su especialidad y su variedad, en el sentido de que tan sólo puede enjuiciarse en el mismo la conformidad del acto o disposición objeto del recurso con los derechos fundamentales...".

Este carácter especial lleva a que, en el ámbito contencioso-administrativo, se haya admitido por el propio Tribunal Constitucional que se promuevan simultáneamente el proceso especial y el ordinario, para evitar que la desestimación de la pretensión ejercitada a través del primero prive al demandante de la posibilidad de ver satisfecha su pretensión en base a razones de legalidad ordinaria, dado el breve plazo previsto por la ley para la interposición del recurso contencioso-administrativo, que no se ve suspendido ni interrumpido por la interposición de la demanda del proceso especial.

No obstante, la naturaleza especial de estos procesos (lo que se ha denominado también sumariedad “cualitativa”, para diferenciarla de la “cuantitativa”, referida a la brevedad de los plazos), la limitación de su objeto a la defensa de los derechos fundamentales al margen de cualquier consideración de mera legalidad, pugna en ocasiones con la unidad del ordenamiento jurídico y la plena integración en él de la Constitución, provocando una artificiosa escisión entre los alegatos de defensa del derecho fundamental y los demás alegatos en apoyo de la pretensión⁸¹⁴, pudiendo provocar también, como se ha dicho, que la pretensión, pese a estar fundada en derecho, no sea acogida en los casos de cuestiones fronterizas entre la mera legalidad y la constitucionalidad referida a los derechos

⁸¹⁴ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 100.

fundamentales, o que se vean acogidas solamente parte de las pretensiones, las que tengan base directa en la vulneración de un derecho fundamental, pero no otra parte, las basadas en cuestiones de mera legalidad ordinaria, provocando situaciones extrañas y poco acordes con la cumplida tutela judicial de los derechos subjetivos.

La situación actualmente existente, tras la derogación de la Ley 62/1978, que se ha ido produciendo sucesivamente, es, en lo relativo a procesos especiales generales para cada jurisdicción, que no existe proceso especial ni especialidades procesales para la protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción penal; el proceso especial, preferente y sumario, en la jurisdicción contencioso-administrativa es el regulado en el Capítulo I del Título V, arts. 114 y siguientes, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; el proceso especial, también preferente y sumario, en la jurisdicción laboral es el regulado en el Capítulo XI del Título II del libro II del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, arts. 175 a 181; y en la jurisdicción civil no existe un proceso especial propiamente dicho, sino algunas especialidades de escaso alcance respecto del proceso tipo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el llamado “juicio ordinario”, que le dotan de carácter preferente, pero no sumario.

Perviven los procesos “especialísimos” antes referidos (*habeas corpus*, proceso especial contencioso-disciplinario militar, proceso contencioso-administrativo especial para la protección del derecho de reunión, regulado en el art. 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los procesos electorales de los arts. 49 y 108 a 120 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y juicio verbal sobre derecho de rectificación).

Y asimismo subsisten las especialidades reguladas por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, aunque referidas ahora al juicio ordinario del art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Algún autor⁸¹⁵ habla de que el panorama apuntado indica una pérdida de interés del legislador por la figura del proceso especial, preferente y sumario, previsto en el art. 53.2 de la Constitución, que podría atribuirse a una aplicación práctica de los mismos menor que la esperada y a las dificultades propias de la separación entre contenidos iusfundamentales y otros de mera legalidad.

Quizás la explicación a esta situación pueda encontrarse en que se ha superado un entendimiento del art. 53.2 de la Constitución basado en una pretendida compulsión automática a desarrollar nuevos procesos, que sólo tienen sentido cuando de ellos se derive una aportación significativa a la eficacia de la tutela de los derechos fundamentales y no planteen intrincados problemas de articulación con el conjunto del sistema procesal⁸¹⁶. Efectivamente, una excesiva variedad de procedimientos se ha mostrado siempre como pernicioso, por la oscuridad y complejidad añadida que supone la prolijidad de trámites procesales distintos, y sólo se justifica cuando tales efectos negativos se ven compensados por las ventajas. Por ello, si ahora en el proceso penal se articulan nuevos procedimientos abreviados y urgentes, a través de los que se tramitan los procesos penales a los que antes era aplicable la Sección 1ª de la Ley 62/1978, poco sentido tiene la creación de un proceso penal especial para estos delitos y faltas, además del problema añadido, en materia criminal, de que la mayoría de los delitos o faltas cometidos contra las personas vulnera algún derecho fundamental (vida, integridad física y moral, libertades de movimiento, ideológica, religiosa, sindical, etc., no discriminación, honor, intimidad y propia imagen, huelga, etc.)⁸¹⁷, por lo que la singularidad que supone un proceso especial pierde su sentido al convertirse lo excepcional en general.

Otra razón puede estar conectada con la idea que subyacía en la creación de estos procesos especiales. La asunción de la función de protección de los derechos fundamentales por parte de los jueces ordinarios es indiscutida, no es preciso que exista proceso especial

⁸¹⁵ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 90.

⁸¹⁶ Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 26.

⁸¹⁷ Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, *cit.*, pág. 196.

alguno para dejar claro que también el juez ordinario participa en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

Asimismo, la especialidad de tales procesos, limitados estrictamente a la discusión de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales y circunscritos a la protección de los mismos y no de otros derechos de origen legal infraconstitucional, añade problemas a la tutela de los derechos subjetivos de los justiciables por las dificultades ínsitas a la distinción entre los planos de la constitucionalidad relativa a los derechos fundamentales y de la mera legalidad ordinaria a las que se ha hecho referencia.

Por último, creo que la falta de desarrollo del proceso especial preferente y sumario del art. 53.2 de la Constitución está también motivada por la conclusión de que la previsión legal de cauces procesales especiales, de tramitación preferente y acelerada, carece de sentido si el órgano judicial que ha de tramitarlos tiene los problemas estructurales que aquejan a buena parte de los órganos judiciales ordinarios (exceso de carga de trabajo, interinidad y falta de cualificación en el personal, carencia de medios materiales adecuados, etc.). Un órgano judicial que funcione de manera aceptable tramitará un proceso ordinario en un plazo mucho más breve, y de forma mucho más satisfactoria, que lo que lo hará un órgano judicial de funcionamiento deficiente al tramitar un proceso especial, por más breves que sean los plazos legalmente previstos y por más preferencia que la ley prevea para el proceso especial. Son, pues, en buena parte, soluciones estructurales al servicio público de la Administración de Justicia lo que puede acelerar la tramitación del proceso en el que se pretenda la tutela del derecho fundamental, más que previsiones legales de acortamientos de plazos y brevedad en los señalamientos, si éstas no pueden cumplirse.

d. La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales en la jurisdicción civil

La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, contenía una Sección, la 3ª, arts. 11 a 15, dedicada a la garantía jurisdiccional civil, es decir, a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones privadas de las que conoce la jurisdicción civil, esto es, todas aquellas que se producen en

relación las relaciones jurídico-privadas regidas por el Derecho privado, a excepción de “las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos”, cuyo conocimiento está atribuido a la jurisdicción social (art. 9.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). La amplitud de conocimiento de la jurisdicción civil deriva de su carácter de jurisdicción residual, competente para conocer, “además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional” (art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Aunque en un primer momento se apuntó por algún sector de la doctrina⁸¹⁸ que el proceso de protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios previsto en el art. 53.2 de la Constitución sólo cabe frente a los actos del poder público y no frente a los actos de los particulares, otros autores⁸¹⁹ entienden que la regulación de un proceso judicial civil de protección de los derechos fundamentales, en el que el demandado como causante de la lesión de un derechos fundamentales ha de ser siempre un particular (o como mucho, aunque se trata de supuestos excepcionales, de una Administración actuando sin *imperium*), es expresión de la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de la eficacia de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares (y, como se vio, también el Tribunal Constitucional ha usado este argumento para razonar que no sólo se es titular de los derechos fundamentales en las relaciones públicas, sino también “en la vida social”, STC 18/1984, de 7 de febrero, fj. 6º).

Como se ha dicho, la Disposición Derogatoria Única, apartado 2-3º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogó los arts. 11 a 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que integraban la Sección 3ª de dicha ley, reguladora de la garantía jurisdiccional civil. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el proceso para el enjuiciamiento de las pretensiones que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo

⁸¹⁸ En este sentido, Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, en su trabajo “La jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 876.

⁸¹⁹ Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 92 y siguientes, y Vicente GIMENO SENDRA y Pablo MORENILLA ALLARD, “Proceso para la tutela procesal civil de los derechos fundamentales”, en IUSTEL.

las que se refieran al derecho de rectificación, será el juicio ordinario, con las únicas especialidades de que “en estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente” (art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No existe, pues, propiamente un proceso especial para la tutela civil de los derechos fundamentales, sino solamente algunas especialidades de entidad relativa respecto del proceso tipo, el juicio ordinario.

Además prevé un proceso específico para el ejercicio del derecho de rectificación, que será el juicio verbal (art. 250.1.9º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), si bien con las especialidades que resultan de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo. No obstante, como se dejó apuntado, aunque los autores normalmente consideran este último proceso como uno de los procesos especiales que, en desarrollo del art. 53.2 de la Constitución, tiene por objeto la protección, a través de un procedimiento preferente y sumario, de un derecho fundamental, concretamente el derecho al honor⁸²⁰ o la libertad de información⁸²¹, entiendo que la pretensión que se ejercita a través de este proceso “especialísimo” no siempre va destinada a la protección de un derecho fundamental.

1) El proceso para el ejercicio del derecho de rectificación

El derecho de rectificación no aparece reconocido, como tal, como derecho fundamental en la Constitución. El artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, establece en su primer apartado que "toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que la aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio".

Marc CARRILLO⁸²² define el derecho de rectificación como "la obligación que todo periódico tiene de insertar en sus páginas, de acuerdo con los plazos y condiciones marcados

⁸²⁰ Así lo hace, por ejemplo, Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 41.

⁸²¹ En este sentido, Pablo PÉREZ TREMPES, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 646.

⁸²² En “Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución Española de 1978”, 451

por la ley, la respuesta que la persona nombrada o citada en una noticia o comentario, juzga necesario poner en conocimiento de los lectores para salvaguardar su integridad moral o intelectual".

Carmen CHINCHILLA MARIN⁸²³ entiende que "el derecho de rectificación es una acción de la que dispone el particular para defenderse de una vulneración -hipotética o real- de sus derechos -fundamentales o no- e intereses legítimos, imputables a una información difundida por un medio de comunicación. Es, pues, un instrumento para reaccionar -con la misma prontitud y relevancia con que se dio a conocer al público- contra una información que puede causar un perjuicio al rectificante y que éste considera inexacta. No es, pues, un derecho fundamental, sino una garantía procesal de otros derechos e intereses legítimos". Añade esta autora que, a la vista de las consideraciones que acerca de este derecho ha realizado el Tribunal Constitucional en las SSTC 35/1983, de 11 de mayo y 168/1986, de 22 de diciembre, "el bien jurídico directamente protegido es, por tanto, el derecho o interés legítimo vulnerado por la información y no, como podría pensarse, el derecho del público a recibir información veraz. Y es que el derecho de rectificación es, sí, una garantía de la veracidad informativa, pero lo es sólo indirectamente; es decir, es una garantía de los derechos del artículo 20 de la Constitución, pero no desde la óptica del sujeto que informa, para la que evidentemente es un límite, sino desde aquella otra, a menudo olvidada, y no precisamente por el Tribunal Constitucional, de la colectividad que tiene derecho a recibirla. En este sentido, el derecho de rectificación es un elemento que refuerza la garantía institucional de la libre formación de la opinión pública...".

Por lo expuesto, el proceso para el ejercicio del derecho de rectificación está relacionado efectivamente con el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz del art. 20.1.d de la Constitución, especialmente en su faceta institucional de garantía de formación de una opinión pública libre e informada, y puede servir también en ocasiones como instrumento de defensa del derecho al honor del art. 18.1 de la Constitución. Pero ni es propiamente un proceso para la tutela jurisdiccional del derecho a comunicar y recibir

publicado en *Revista de Derecho Político*, U.N.E.D., Madrid, 1986, núm. 23, pág. 43.

⁸²³ "Sobre el derecho de rectificación. En torno a la STC 168/1986, de 22 de diciembre", publicado en la revista *Poder Judicial* núm. 6, junio de 1987.

libremente información veraz (es más, el ejercicio del derecho de rectificación puede poner en riesgo en algunos casos el derecho a comunicar información veraz), ni necesariamente ha de protegerse a través del mismo el derecho al honor, aunque eventualmente así pueda ser, puesto que la información cuya corrección se pretende no tiene por qué atentar al ámbito constitucionalmente protegido por el derecho al honor. Se trata del ejercicio de un derecho instrumental, que sólo eventualmente puede servir de cauce para la protección de algún derecho fundamental.

En este sentido, la STC 35/1983, de 11 de mayo, declara en su fj 4º que el derecho de rectificación

"...tiene, como es evidente, un carácter puramente instrumental en cuanto que su finalidad se agota en la rectificación de informaciones publicadas por los medios de comunicación y que aquél que solicita la rectificación considere lesivas de derechos propios. Por su naturaleza y su finalidad, el derecho de rectificación, que normalmente sólo puede ejercerse con referencia a datos de hecho (incluso juicios de valor atribuidos a terceras personas), pero no frente a opiniones cuya responsabilidad asume quien las difunde, debe ser regulado y ejercitado en términos que ni frustren su finalidad ni lesionen tampoco el derecho que también la Constitución garantiza a «comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»".

Como especialidades de este proceso y de la acción en el mismo ejercitada, además de la exigencia de la necesidad de una fase anterior al proceso en la que se haya intentado el ejercicio del derecho (remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancia de su fecha y de su recepción, no publicación o divulgación de la rectificación o notificación de que aquélla no será difundida, o publicación o divulgación sin respetar lo dispuesto en el artículo anterior, ante lo que el perjudicado podrá ejercitar la acción de rectificación, arts. 2 y 3), pueden mencionarse las siguientes:

- 1) Legitimación no sólo del perjudicado aludido, sino también de su representante y de sus herederos si hubiese fallecido (art. 1)
- 2) Plazo de caducidad muy breve para el ejercicio de la acción (siete días hábiles siguientes a la finalización del plazo o al momento en que debió ser publicada o divulgada la rectificación según el art. 3), sin necesidad de reclamación gubernativa previa cuando la información que se desea rectificar se haya publicado o difundido en un medio de comunicación de titularidad pública (arts. 4 y 7), si bien cuando el Juez de Primera Instancia hubiese declarado su incompetencia podrá el perjudicado acudir al órgano competente dentro de los siete días hábiles siguientes al de la fecha de notificación de la correspondiente resolución, en la cual se deberá expresar el órgano al que corresponda el conocimiento del asunto (art. 5).
- 3) Competencia del Juez de Primera Instancia del domicilio del perjudicado o del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación (art. 4)
- 4) La demanda puede consistir en un simple escrito, sin necesidad de Abogado ni Procurador, acompañando la rectificación y la justificación de que se remitió en el plazo señalado; se presentará igualmente la información rectificadora si se difundió por escrito; y, en otro caso, reproducción o descripción de la misma tan fiel como sea posible (art. 5)
- 5) Previsión de un trámite expreso de admisión, pues el Juez, de oficio y sin audiencia del demandado, dictará auto no admitiendo a trámite la demanda si se considera incompetente, en cuyo caso debe indicar qué Juzgado lo es, o estima la rectificación manifiestamente improcedente (art. 5)
- 6) De admitir la demanda, convocará al rectificante, al director del Medio de Comunicación o a sus representantes a juicio verbal, que se celebrará dentro de los siete días siguientes al de la petición. La convocatoria se hará telegráficamente, sin perjuicio de la urgente remisión, por cualquier otro medio, de la copia de la demanda a la parte demandada (art. 5).

- 7) El juicio se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales (art. 437 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil), teniéndose en cuenta las consecuencias que se derivan de su carácter especial (v.g., no posibilidad de reconvencción), con las siguientes modificaciones:
- a) El Juez podrá reclamar de oficio que el demandado remita o presente la información enjuiciada, su grabación o reproducción escrita.
 - b) Sólo se admitirán las pruebas que, siendo pertinentes, puedan practicarse en el acto.
 - c) La sentencia se dictará en el mismo o al siguiente día del juicio (art. 6).
- 8) El carácter especial del juicio implica que el fallo se limitará a denegar la rectificación o a ordenar su publicación o difusión en la forma y plazos previstos en el art. 3 de la ley, contados desde la notificación de la sentencia, siendo compatible el objeto del proceso con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos (art. 6)
- 9) No serán susceptibles de recurso alguno las resoluciones que dicte el Juez en este proceso, salvo el auto de inadmisión, que será apelable en ambos efectos y la sentencia, que lo será en un solo efecto dentro de los tres y cinco días siguientes, respectivamente, al de su notificación. La apelación contra el auto de inadmisión se sustanciará sin audiencia del demandado (art. 8).

2) Las especialidades del proceso de protección del honor, la intimidad, la propia imagen y demás derechos fundamentales

Junto a este juicio especialísimo, el proceso “tipo” para la protección ante la jurisdicción civil de los derechos fundamentales es, como se ha dicho, el juicio ordinario, que tendrá carácter preferente y en el que intervendrá siempre el Ministerio Fiscal. Otras previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas a este proceso especial son las siguientes:

- 1) art. 52.1.6º, competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia del domicilio demandante
- 2) art. 477.2.1º, casación contra sentencias dictadas por Audiencia Provincial para la tutela civil de derechos fundamentales
- 3) art. 524.5, la ejecución provisional de las sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente, si bien conforme al art. 525.3 no procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁸²⁴.

Llama la atención en la regulación que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil da las especialidades procesales de la protección de los derechos fundamentales la elección de un proceso, el juicio ordinario, que, al menos en teoría, es el proceso más largo y con más trámites de todos los procesos declarativos que prevé la nueva ley, por lo que parece que el legislador va en una dirección opuesta a la sencillez y celeridad exigidas por el requisito de “sumariedad” que el art. 53.2 de la Constitución impone para el proceso especial de protección de los derechos fundamentales. La Exposición de Motivos de la ley dice sobre el particular:

“Es éste un momento oportuno para dar razón del tratamiento que, con la mirada puesta en el art. 53.2 de la Constitución, esta Ley otorga, en el ámbito procesal civil, a una materia plural, pero susceptible de consideración unitaria: los derechos fundamentales.

Además de entender, conforme a unánime interpretación, que la sumariedad a que se refiere el citado precepto de la Constitución no ha de

⁸²⁴ El párrafo 3º del art. 525 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue añadido por la disposición adicional 12.2 de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 diciembre, reforma legal que estuvo precedida por una polémica en la opinión pública por la desaparición de algún medio de comunicación como consecuencia de la ejecución provisional, pendiente el recurso de apelación, de condenas pecuniarias impuestas en primera instancia en procesos sobre vulneración de los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen.

entenderse en el sentido estricto o técnico-jurídico, de ausencia de cosa juzgada a causa de una limitación de alegaciones y prueba, resulta imprescindible, para un adecuado enfoque del tema, la distinción entre los derechos fundamentales cuya violación se produce en la realidad extraprocésal y aquellos que, por su sustancia y contenido, sólo pueden ser violados o infringidos en el seno de un proceso.

En cuanto a los primeros, pueden y deben ser llevados a un proceso para su rápida protección, que se tramite con preferencia: el hecho o comportamiento, externo al proceso, generador de la pretendida violación del derecho fundamental, se residencia después jurisdiccionalmente. Y lo que quiere el concreto precepto constitucional citado es, sin duda alguna, una tutela judicial singularmente rápida. (...)

Por todo esto, para los derechos fundamentales del primer bloque aludido, aquellos que se refieren a bienes jurídicos del ámbito vital extrajudicial, la presente Ley establece que los procesos correspondientes se sustancien por un cauce procedimental, de tramitación preferente, más rápido que el establecido por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, de 1978: el de los juicios ordinarios, con demanda y contestación por escrito, seguidas de vista y sentencia”.

Como ocurre a veces, la Exposición de Motivos contiene unas consideraciones que poco o nada tienen que ver con la regulación que resulta del texto articulado. No obstante, es llamativo que mientras que mientras el art. 114.1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa afirma expresamente el carácter de desarrollo del art. 53.2 de la Constitución que tiene el proceso especial de protección de los derechos fundamentales regulado en ese precepto y los siguientes de la ley, en los que efectivamente se articula un proceso sumario⁸²⁵, en el texto articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se hace una mención

⁸²⁵ Dice el citado precepto: “El procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el art. 53.2 de la Constitución española, se regirá, en el orden contencioso-administrativo, por lo dispuesto en este capítulo y, en lo no previsto en él, por las normas generales de la presente Ley”.

de esas características, y la Exposición de Motivos se limita a indicar que el tratamiento que la Ley de Enjuiciamiento Civil hace de la protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales se hace “con la mirada puesta en el art. 53.2 de la Constitución”, afirmación claramente indirecta y poco comprometedor.

La afirmación que en ella se hace de que el nuevo cauce procesal es más rápido que el establecido por la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, es simplemente incierta, pues basta con sumar los plazos de uno y otro proceso. Lo que no quita, como se dijo antes, que en un Juzgado de Primera Instancia que funcione adecuadamente la duración del nuevo juicio ordinario puede ser más breve que lo que duraba el proceso de incidentes previsto en la Ley 62/1978 en otro que no funcione bien. Es también cierto que el trámite de audiencia previa de los arts. 414 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite centrar el debate en lo referente tanto a los hechos como a las cuestiones jurídicas controvertidas y subsanar defectos, y que el carácter concentrado del juicio previsto en el art. 431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con interrogatorios orales de partes, testigos y peritos y con documentación en soporte audiovisual (art. 187 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) supone un claro avance respecto de la realización fragmentada y desconcentrada de la prueba y su tediosa e incompleta documentación escrita en el anterior proceso.

También es cierto que la opción lógica que quedaba al legislador, la de optar por el juicio verbal, conlleva inconvenientes, como es por ejemplo que la dificultad que en muchas ocasiones hay para citar al demandado, sobre todo si son varios, hace que la vista, en la práctica, no pueda convocarse a muy corto plazo, para dar cierto margen y evitar continuas suspensiones, mientras que en el juicio ordinario una vez que se ha emplazado al último demandado comienza a computar sin más el plazo de la última contestación a la demanda y no hay que dar margen alguno, o que la vista del juicio verbal, a la que el demandante que ha solicitado la protección de derecho fundamental tiene que ir preparado con todas las pruebas de que intente valerse, sin conocer siquiera cuál va a ser la contestación a la demanda y en qué términos va a centrarse el debate, provoca que muchas de las pruebas que haya de conseguir para llevar al proceso sean inútiles, por versar sobre hechos que el demandado no

va a controvertir, y, lo que es peor, que no lleve preparadas pruebas en el caso de que la contestación a la demanda no responda a los términos que había previsto el demandante.

Pero estas consideraciones, teniendo su importancia, no se entroncan directamente con la exigencia de sumariedad del art. 53.2 de la Constitución, hasta el punto de que es más que dudoso que el legislador haya dado cumplimiento a la exigencia de sumariedad de dicho precepto constitucional. Porque no se trata ya de un problema de omisión legislativa en el desarrollo de un precepto constitucional, sino de una ley que no sólo no desarrolla la exigencia de sumariedad de dicho precepto, sino que además deroga una ley anterior que sí lo desarrollaba (aunque técnicamente fuera inferior en muchos aspectos).

El único medio de entender salvada la previsión de protección sumaria de los derechos fundamentales contenida en el art. 53.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede que sea el de considerar cumplida la exigencia de celeridad en la protección del derecho fundamental ínsita en la “sumariedad”, como ha interpretado el Tribunal Constitucional, por la posibilidad de instar las medidas cautelares previstas en los arts. 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pueden adoptarse incluso, de manera excepcional, sin audiencia del demandado (art. 733.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Estas medidas cautelares pueden tener un contenido muy amplio (cláusula abierta de la regla 11ª del art. 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y entre ellas se prevén algunas que pueden servir directamente a una protección sumaria, aunque cautelar, del derecho fundamental, como la consistente en la “orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta...” (art. 727.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Como ha puesto de relieve Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁸²⁶ “el problema práctico que se plantea ante vulneraciones de esos Derechos Fundamentales Sustanciales no es el de un procedimiento urgente y sumario que los Abogados continúan utilizando abusivamente sobre todo ante las Salas de lo Contencioso-administrativo. El problema en

⁸²⁶ En el coloquio recogido en “Los procesos constitucionales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 147. También sobre la trascendencia de un buen sistema de medidas cautelares de protección de los derechos fundamentales, Pablo PÉREZ TREMPs, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial” (2003), *cit.*, pág. 24.

nuestro derecho es la ausencia clamorosa de medidas cautelares adecuadas, porque cuando a uno le violan su derecho al honor, a la libertad de expresión, etc., el problema es ante todo la capacidad de respuesta inmediata del ordenamiento, no un proceso especial”.

3) Legitimación

En cuanto a la legitimación, la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece ninguna especialidad. El art. 53.2 de la Constitución, que ha de servir de necesario punto de referencia en este extremo, indica que puede recabar la tutela de los derechos fundamentales a través del proceso preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y a través del amparo constitucional “cualquier ciudadano”, lo que parece que carece de pretensiones técnicas de definir la legitimación activa. Ahora bien, el hecho de que en dicho precepto se dé igual tratamiento respecto a quién puede pedir el amparo judicial ordinario y el amparo constitucional, y el hecho de que, como se ha visto, tanto uno como otro tienen un mismo objeto procesal, la protección de los derechos fundamentales, hace que el art. 162.1.b de la Constitución sirva para entender que ese “cualquier ciudadano” es “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo” también en el caso del amparo ordinario. Ello supone que el constituyente ha pretendido evitar que esta vía de protección de los derechos fundamentales quede ocluida o limitada en su acceso por condiciones de legitimación restrictivas. Por lo expuesto, las consideraciones que más adelante se harán respecto de la legitimación “privada” para interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional sirven en lo fundamental también para el proceso de amparo ante los tribunales ordinarios.

Además, según se verá, cuando se trata del recurso de amparo constitucional de los arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, respecto de supuestas violaciones de derechos fundamentales causadas por la Administración, o por acciones u omisiones judiciales (que es el cauce para recurrir en amparo cuando la violación se ha producido en el seno de una relación entre particulares), el art. 46.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional otorga legitimación activa a “quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente”. Luego no puede establecerse una legitimación activa más restrictiva en el amparo ordinario que en el constitucional por cuanto que la regulación de éste último exige que se haya sido parte en el proceso judicial ordinario previo, como ha

puesto de relieve el propio Tribunal Constitucional en la STC 60/1982, de 11 de octubre, que en su f.j. 3º afirma que el entendimiento de la exigencia de “interés legítimo” prevista para el recurso de amparo como más amplia que la del “interés directo” que preveía la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

“...no puede entenderse referida exclusivamente a la fase del amparo pedido ante el Tribunal Constitucional, sino extensiva a la fase previa de que habla el artículo 53.2 de la CE, pues de otro modo la restrictiva interpretación de la legitimación en la vía judicial previa ante la que se recaba la tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia (artículo 41.1 LOTC), de las libertades y derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución (artículo 53.2 CE), haría inoperante e impediría la amplitud de legitimación activa con la que la Constitución ha configurado la defensa de tales derechos por medio del recurso de amparo”.

Algunas notas a destacar en este momento son que no puede excluirse a los extranjeros de la legitimación para impetrar la protección de los derechos fundamentales de que puedan ser titulares (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 115/1987, de 7 de julio). Tampoco a las personas jurídicas, que en muchos casos pueden considerarse titulares de derechos fundamentales, por lo que habrá que estar en cada caso a la naturaleza del derecho fundamental o libertad pública cuya protección se pretende. La STC 137/1985, de 17 de octubre, abordó, resolviéndolo en sentido positivo, el problema de la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio por parte de las personas jurídicas. La STC 139/1995, de 26 de septiembre, consideró que las personas jurídicas son también titulares del derecho al honor constitucionalmente protegido, pese a que ello pudiera parecer contradictorio con el contenido marcadamente personalista de tal derecho, en cuanto que el mismo es preciso para asegurar el cumplimiento de aquellos fines para los que dichas personas jurídicas han sido constituidas por personas individuales, garantizando sus condiciones de existencia e identidad. Y existen casos de derechos fundamentales en que, al menos en algunos de sus aspectos, la titularidad ha de corresponder a personas jurídicas, como es el caso del derecho

de asociación del art. 22 de la Constitución en su faceta de derecho de autoorganización de la asociación⁸²⁷.

La STC 214/1991, de 11 de noviembre, declaró que es posible apreciar lesión del derecho al honor en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas, los mismos trascienden a sus miembros o componentes, siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad. El significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*. Por esa razón, el fñ 4º de la referida sentencia había calificado de "legítimo" el interés de la recurrente, integrante del pueblo judío, para ser considerada como persona legitimada para ejercitar la acción de defensa del derecho al honor de la colectividad judía de España frente a unas declaraciones denigratorias para dicho pueblo. Esto ha de enlazarse con el concepto de "víctima indirecta" que ha elaborado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculada por una determinada relación jurídica al titular del derecho (Sentencias de 3 de octubre de 1975, caso *Becker*, 13 de diciembre de 1976, caso *Bel* y 13 de mayo de 1980)⁸²⁸.

Por último, ha de recordarse que la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en desarrollo de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha reconocido expresamente legitimación activa por sustitución a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, que podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico.

⁸²⁷ Sobre la legitimación activa de las personas jurídicas en el recurso de amparo constitucional, ver *infra* epígrafe IX-D-a-3, "legitimación".

⁸²⁸ Vicente GIMENO SENDRA, "El recurso de amparo", *cit.*, pág. 114.

En cuanto a la legitimación “institucional”, el Ministerio Fiscal, además de la previsión de que habrá de ser siempre parte, tendrá legitimación para instar el proceso por sustitución en el caso de los menores (art. 4.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor) y personas incapaces o desvalidas, en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación (art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) con respecto a las cuales se produzca la violación de un derecho fundamental⁸²⁹, y, para algunos autores, también tendrá legitimación originaria, a tenor del art. 124.1 de la Constitución, en cumplimiento de su misión de “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 instancia de los interesados”⁸³⁰, por cuanto que además, mientras más importantes sean los derechos a defender, más intensa debe ser su actuación⁸³¹. De aquí que, según algún autor, haya de reputarse inconstitucional la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1978 que prohibió al Ministerio Fiscal suscitar el amparo ordinario⁸³². No obstante, el art. 12.1 de la Ley 62/1978, que preveía expresamente la legitimación activa del Ministerio Fiscal para promover los procesos de amparo ordinarios ante la jurisdicción civil, ha sido derogado y la nueva regulación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, no establece ninguna previsión equivalente. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su actual redacción dada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, no deja tampoco claro que el Ministerio Fiscal pueda promover los procesos de amparo ordinario, puesto que, al contrario de lo que se dispone en el apartado 11 del art. 3, que establece como una de las funciones del Ministerio Fiscal la de interponer en el recurso de amparo constitucional e intervenir en los procesos de que conozca el Tribunal Constitucional, en el apartado 10 de dicho precepto establece como función del Ministerio Fiscal respecto de los procesos judiciales de amparo solamente la de “intervenir”. Como argumento a favor de tal legitimación, se alega que carece de sentido otorgar al Ministerio Fiscal la posibilidad de entablar un proceso de amparo constitucional, como hace el art. 46.1.b de la Ley Orgánica

⁸²⁹ En este sentido, Vicente GIMENO SENDRA y Pablo MORENILLA ALLARD, “Proceso para la tutela procesal civil de los derechos fundamentales”, *cit.*.

⁸³⁰ Joaquín GARCÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 64.

⁸³¹ En este sentido, Fernando HERRERO-TEJEDOR, “El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 228.

⁸³² Vicente GIMENO SENDRA y Pablo MORENILLA ALLARD, “Proceso para la tutela procesal civil de los derechos fundamentales”, *cit.*

del Tribunal Constitucional, y privarle de esa misma facultad en la vía judicial precedente, dado que los tribunales ordinarios son los “guardianes naturales de los derechos fundamentales” y la actuación del Tribunal Constitucional es meramente subsidiaria; o que privarle de tal legitimación vulneraría el art. 124 de la Constitución pues se le estaría vedando justamente “promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos”⁸³³.

En cuanto al Defensor del Pueblo, aunque los arts. 162.1.b de la Constitución, 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de la institución y 46.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, le legitiman para interponer el recurso de amparo constitucional, no existe tampoco norma legal alguna que le atribuya legitimación para interponer la demanda de amparo ordinario. La cuestión es controvertida, y así mientras algunos autores consideran que está legitimado por las mismas razones que lo está para interponer el recurso de amparo constitucional, habida cuenta de la identidad del objeto procesal de ambos amparos⁸³⁴, para otros la labor esencialmente supervisora de la actividad de la Administración pública en relación a los derechos de los ciudadanos no casa con otorgarle esa legitimación⁸³⁵.

La legitimación pasiva corresponde al particular, persona física o jurídica, causante de la vulneración del derecho fundamental, y, en casos excepcionales, a una Administración pública que haya actuado en una relación de Derecho privado, sin estar revestida de *imperium*.

4) Objeto del proceso

En lo relativo al objeto del proceso, coincide sustancialmente con el del amparo constitucional, en cuanto ha de consistir en una pretensión de protección de un derecho

⁸³³ En este sentido, Fernando HERRERO-TEJEDOR, “El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 232.

⁸³⁴ Vicente GIMENO SENDRA y Pablo MORENILLA ALLARD, “Proceso para la tutela procesal civil de los derechos fundamentales”, *cit.*

⁸³⁵ Joaquín GARCÍA MORILLO, “La protección judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 65.

fundamental. Aunque el art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil habla de derechos fundamentales en general, con referencia expresa al honor, intimidad y propia imagen, no parece razonable extenderlos más allá de los límites del art. 53.2 de la Constitución, es decir, el art. 14 y la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. Extender este proceso especial a derechos de la Sección 2ª, como la herencia o la propiedad privada, además de la dificultad de distinción de las cuestiones de constitucionalidad y las de legalidad ordinaria y los problemas derivados de la ausencia de previsión legal de un trámite expreso de control de la admisión a trámite del proceso, desvirtuaría profundamente la finalidad de este proceso.

La pretensión no puede ir dirigida, exclusivamente, a la declaración de la titularidad de un derecho, puesto que para ello es suficiente la Constitución. Ha de solicitarse, junto al reconocimiento del derecho, la anulación del acto causante de la lesión, cuando ello sea posible (porque tenga una naturaleza jurídica que trascienda al momento mismo de su realización, como puede ser un acuerdo asociativo, una norma estatutaria, una cláusula contractual, lo que no ocurrirá, por ejemplo, cuando se trate de una información vulneradora del honor o de la intimidad, que no puede ser “anulada”), y las medidas de conservación o reintegración del derecho fundamental (reintegrar al asociado expulsado a su condición de socio) o reparación de los daños causados por la vulneración producida (normalmente, una indemnización, también puede ser la publicación de la sentencia, etc.).

Frente a esta pretensión de protección del derecho fundamental, el demandado puede negar los hechos, puede plantear que las facultades o ámbito de inmunidad que el demandante pretende proteger no forman parte del ámbito protegido por el derecho fundamental que invoca (por ejemplo, en los casos en los que el demandado plantea que lo que el actor entiende protegido por su derecho constitucional al honor no es más que una cuestión de prestigio profesional o comercial ajena al ámbito protegido por el art. 18.1 de la Constitución), que la conducta que se le atribuye no constituye una vulneración del derecho fundamental, etc. Pero en muchos casos, la defensa del demandado consistirá en alegar que su conducta se encuentra protegida, a su vez, por un derecho fundamental que legitima su conducta y justifica la afectación que se haya podido producir en el derecho fundamental del actor. Esto ocurre porque en las relaciones entre particulares, los litigios sobre derechos

fundamentales suelen versar sobre supuestos de conflictos entre derechos de los que son titulares actor y demandado y cuyas facultades o ámbitos de inmunidad protegidos entran en contacto, colisionan (derecho del asociado a no ser expulsado de la asociación y derecho de la asociación a adoptar medidas disciplinarias en ejercicio de su derecho de autoorganización, derecho al honor o a la intimidad frente a las libertades de expresión o información, derecho a no ser discriminado y derecho a la libertad religiosa o ideológica que justificaría tratar de distinta manera a los terceros en atención a preferencias religiosas o ideológicas, etc.).

Para Vicente GIMENO SENDRA y Pablo MORENILLA ALLARD⁸³⁶, “en tal supuesto, el demandado, más que una actitud meramente defensiva, en realidad lo que hace es incorporar al proceso un nuevo objeto o pretensión de amparo de su libertad fundamental, en su opinión vulnerada (o, para ser más exactos, amenazada de violación por los efectos de la futura sentencia), es decir, lo que efectúa es una reconvención implícita de una segunda pretensión civil de amparo, que debiera ser objeto de contestación y de articulación de la oportuna actividad probatoria por el primitivo demandante”. Discrepo de la tesis de que esa defensa supone una reconvención implícita⁸³⁷, por cuanto que no se trata de que el demandado esté ejercitando otra pretensión frente al actor que exija en el fallo un pronunciamiento distinto de su mera absolución. Pero sí es cierto que se incorpora al proceso una nueva cuestión constitucional de derechos fundamentales. Hay que decidir si la conducta del demandado estaba amparada por el ejercicio legítimo de un derecho fundamental también en una relación entre particulares (que puede ser el mismo invocado por el actor, como ocurre a menudo en los litigios sobre derecho de asociación, u otro distinto, como suele ocurrir en los litigios sobre protección del derecho al honor), y si se considera que la conducta del demandado no estaba amparada por ese derecho fundamental que invoca y se

⁸³⁶ “Proceso para la tutela procesal civil de los derechos fundamentales”, *cit.* No obstante, estos autores circunscriben esta posibilidad a los procesos de tutela de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, en los que los demandados suelen oponer como defensa el ejercicio legítimo de las libertades de expresión o información. No comparto esta visión limitativa de la cuestión, puesto que también cuando se ejercitan pretensiones de protección de otros derechos fundamentales se puede producir que el demandado se defienda invocando el ejercicio de otro derecho fundamental.

⁸³⁷ La reconvención implícita es actualmente inadmisibile, conforme establece expresamente el art. 406 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

estima la demanda, condenando al demandado, puede producirse una lesión *in iudicando* de ese derecho fundamental, que permite el acceso al recurso de amparo al condenado.

No obstante, a diferencia del proceso ordinario, en el que, como se comentó, la cuestión constitucional relativa a los derechos fundamentales puede que sea introducida exclusivamente por el demandado en la contestación a la demanda para defenderse de una pretensión fundada en cuestiones de legalidad ordinaria, en el proceso especial la pretensión de protección del derecho fundamental ha de ser siempre promovida en demanda, no puede introducirse la cuestión de constitucionalidad sólo en la contestación.

Con la actual regulación del cauce procesal adecuado para ejercitar la pretensión de protección de los derechos fundamentales en la vía jurisdiccional civil se suscita el problema de si es posible plantear de modo acumulado, alternativo o subsidiario, peticiones basadas en cuestiones de legalidad ordinaria pero fundadas en los mismos hechos y con una fuerte y clara conexión con la citada pretensión de protección de los derechos fundamentales. Tal puede ser, por ejemplo, el caso de que se ejercite una acción de protección de derecho al honor por unos ataques sufridos por una persona en relación a su actuación profesional. Existe un “terreno fronterizo” en el que no es claro si la vulneración ha afectado al derecho al honor constitucionalmente protegido por el art. 18.1 de la Constitución o solamente al prestigio profesional pero sin llegar a afectar al derecho de la personalidad constitucionalmente protegido, por lo que el ofendido tan sólo podría ejercitar la acción del artículo 1902 del Código Civil, en caso de que dicha intromisión en su prestigio profesional le hubiera causado daños, materiales o morales, o perjuicios, o si distintos aspectos de los hechos enjuiciados han afectado de modo diferenciado a ambos derechos, el de rango constitucional y el de mera legalidad ordinaria⁸³⁸. O el supuesto de una expulsión de una asociación, en el que no es del todo claro si se ha vulnerado el derecho de asociación del asociado o se trata de una simple vulneración de la normativa estatutaria que regula el procedimiento de expulsión pero que por su naturaleza o trascendencia no puede considerarse que suponga una vulneración del art. 22 de la Constitución.

⁸³⁸ Sobre estas cuestiones, y en concreto, sobre los supuestos en que los ataques al prestigio profesional pueden suponer una vulneración del derecho fundamental al honor, son de especial interés, las SSTC 223/1992, de 14 de diciembre, f.j. 2º, y 282/2000, de 27 de noviembre, f.j. 3º.

En tal caso, podría plantearse hasta qué punto el demandante puede ejercitar, con carácter principal, la pretensión de que se declare vulnerado su derecho fundamental y se le indemnice por tal motivo, en el caso de vulneración del derecho al honor, o se anule el acuerdo de expulsión y se le reponga en su condición de socio, en el caso del derecho de asociación, y con carácter subsidiario, que caso de considerarse que no ha existido una vulneración de su derecho fundamental pero sí un ataque a su prestigio profesional, causante de perjuicios económicos y no amparado por las libertades de expresión o información del art. 20 de la Constitución (o que unas declaraciones han afectado a su honor y otras exclusivamente a su prestigio profesional desvinculado del honor), o una violación de la legalidad estatutaria en materia de procedimiento de expulsión, se le indemnice por tal motivo o se le reponga igualmente en su cualidad de socio, respectivamente, por razones de legalidad ordinaria.

Con el proceso incidental previsto en la Ley 62/1978, la solución parecía clara: se trataba de un proceso especial y sumario, de tramitación abreviada respecto del proceso declarativo que correspondería de no tratarse de una cuestión de derechos fundamentales (normalmente, el juicio de menor cuantía), por lo que si la cuestión planteada no era una vulneración de derechos fundamentales, la demanda sería desestimada y el demandante tendría que acudir al proceso ordinario, el juicio de menor cuantía, si quería obtener el mismo resultado práctico (la obtención de una indemnización o la anulación de un acuerdo asociativo sancionador) por motivos de legalidad ordinaria.

Pero con la regulación actual, si se impide que el demandante pueda plantear en la demanda, de modo alternativo o subsidiario, las pretensiones fundadas en razones de constitucionalidad y las fundadas en razones de legalidad ordinaria, y en la sentencia se le desestima la demanda porque se entiende que no hubo vulneración del derecho fundamental, se le está obligando a acudir al proceso ordinario para tutelar su derecho subjetivo de fundamento legal y no constitucional (aunque la petición concreta, solicitud de indemnización o de anulación del acuerdo de expulsión, en los casos comentados, sea la misma y los hechos en que se funde la solicitud sean también los mismos) ¡a través del

mismo tipo de proceso!, el juicio ordinario, eso sí, sin Ministerio Fiscal y sin derecho a tramitación preferente ni acceso garantizado a casación.

Aunque el carácter especial del proceso de protección de derechos fundamentales ha sido una de las notas que le ha atribuido siempre la doctrina, en el sentido de que en él sólo pueden discutirse cuestiones atinentes a la protección de derechos fundamentales, entiendo que la regulación actual del cauce procesal para ejercitar estas pretensiones provoca que una exigencia estricta de esta especialidad conduzca a resultados absurdos como los expuestos.

Entiendo que si los hechos en que se fundan las pretensiones de base iusfundamental y de legalidad ordinaria son los mismos, si la petición (indemnización, anulación de sanción, etc.) es la misma, y si el debate procesal es adecuado para discutir tanto una como otra pretensión, porque finalmente se trata simplemente de una cuestión de valoración jurídica de la conducta enjuiciada, de decidir si la pretensión del actor está amparada en el ámbito de protección e indemnidad del derecho fundamental o si lo está solamente por normas de legalidad ordinaria, debería permitirse el ejercicio alternativo o subsidiario de las referidas pretensiones y en caso de que no se estime vulnerado un derecho fundamental pero sí derechos que al actor atribuyen normas de legalidad ordinaria (el derecho a no sufrir perjuicios económicos por la conducta antijurídica de un tercero o a no ser expulsado de la asociación sin que se observen los procedimientos estatutarios), poder acceder a la petición formulada en la demanda.

Ha de recordarse que una acumulación de este tipo no tiene actualmente obstáculos procesales serios, a la vista de la regulación contenida en los arts. 71 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que la exigencia de “que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo” (art. 73.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) se cumple actualmente al ser el proceso adecuado para el conocimiento de las acciones basadas en la vulneración de derechos fundamentales y en la vulneración de derechos nacidos de normas de legalidad ordinaria (cuando la cuantía del litigio es inestimable o supera los 3.000 euros) el mismo proceso, el juicio ordinario, sin que la presencia del Ministerio Fiscal en el proceso de protección de derechos fundamentales y su carácter preferente tengan entidad suficiente para considerarlo un “juicio de diferente

tipo” y, por tanto, un obstáculo impeditivo de la acumulación. Entiendo difícilmente compatible con las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución, con la prohibición de dilaciones indebidas en la obtención de la tutela judicial efectiva y con el antiformalismo con que el Tribunal Constitucional ha interpretado las exigencias derivadas de tal precepto constitucional, considerar que no es posible acumular del modo expuesto las citadas pretensiones y obligar al demandante (tras perder un litigio con sus costas) a interponer otra demanda de juicio ordinario, basada en los mismos hechos, para obtener el mismo resultado práctico, aunque fundado en razones de legalidad ordinaria y no en base a la infracción de normas de derechos fundamentales.

Si el objeto del proceso “especial” de protección de los derechos fundamentales es un acto al que se imputa ser discriminatorio por razón del origen racial o étnico de las personas, o bien un acto que, referido al acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, es tachado de discriminatorio por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas, ha de recordarse lo expuesto anteriormente⁸³⁹ acerca de la previsión contenida en los arts. 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social en el sentido de que cuando de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por los criterios antes expuestos, “corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Asimismo, me remito a lo antes expuesto⁸⁴⁰ sobre la posibilidad de que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, “incluso a partir de pruebas estadísticas”.

⁸³⁹ *Supra* epígrafe IX-C-b, “la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a través de los procesos ordinarios ante la jurisdicción civil”.

⁸⁴⁰ *Supra* epígrafe IX-C-b.

Cuando lo que se intenta proteger a través de este juicio ordinario es el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, siguen vigentes las especialidades establecidas en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

En lo que se refiere a la legitimación, los arts. 4 a 6 de dicha ley regulan prolijamente la legitimación para el ejercicio de tales acciones cuando el afectado por la intromisión del derecho fundamental haya fallecido, o fallezca durante la tramitación del litigio, otorgando legitimación a la persona designada en el testamento o, a falta de designación, a determinados parientes (cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos), así como al Ministerio Fiscal a falta de las anteriormente indicadas.

En cuanto a la pretensión a ejercitar, el art. 9.2 permite solicitar la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores, entre las que podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados, estableciendo el art. 9.3 reglas para la valoración de la indemnización (se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, y se valorará también el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma, en una regla que se acerca a algunos criterios indemnizatorios del *Law of Torts* anglosajón). Establece también la presunción legal, *iuris et de iure* de que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Por último, prevé un plazo de caducidad de 4 años para el ejercicio de la acción (art. 9.5°).

e. La protección judicial de los derechos fundamentales en la jurisdicción social

1) Los derechos fundamentales en la relación laboral

Que la Constitución, y en concreto la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas que en ella se contiene, ha tenido gran incidencia en la jurisdicción social es algo que puede afirmarse simplemente examinando el objeto de los recursos de amparo interpuestos ante el Tribunal Constitucional: un número considerable de los mismos versan sobre cuestiones de Derecho social⁸⁴¹.

En el sistema de relaciones laborales tiene especial incidencia la cuestión de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Aunque en ocasiones la relación regida por el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social es “vertical”, es decir, se mantiene entre el ciudadano y el poder público (la Administración que le emplea como trabajador por cuenta ajena o que dicta la resolución sobre servicios mínimos en una huelga, la Seguridad Social que le concede o deniega una prestación, etc), lo habitual es que se trate de una relación jurídica mantenida entre dos particulares: trabajadores y empresarios, sindicatos y empresarios, trabajadores y sindicatos, etc.

Esta especial importancia de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares de carácter jurídico-laboral viene determinada, en buena parte, por la existencia de un poder privado. El ordenamiento jurídico reconoce al empresario poderes de organización y disciplinarios dentro de la empresa. Y una de las funciones “típicas” de la teoría de la *Drittwirkung* es la de reconocer un estatus de libertad, igualdad y dignidad frente al ejercicio del poder privado. No deja de ser llamativo que uno de los primeros defensores de la vigencia de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares fuera Hans Carl NIPPERDEY, presidente del Tribunal Federal Laboral de la República Federal Alemana en los años cincuenta.

⁸⁴¹ Cfr. Manuel ALONSO OLEA, “Constitución y orden jurisdiccional social”, en *División de poderes e interpretación*, Antonio LÓPEZ PINA ed., Tecnos, Madrid, 1987, pág. 90.

Asimismo, otro elemento determinante en la trascendencia que en este sector del ordenamiento jurídico tiene el reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales, también frente a los particulares, y la existencia de mecanismos de protección de los mismos, es el riesgo de afectación de la dignidad humana de los trabajadores que se produce en las relaciones laborales. Ello es debido no sólo a la existencia de una relación de poder entre el empresario y el trabajador, y a las afectaciones de diverso grado a la dignidad humana y a los diversos derechos fundamentales en los que la misma se encarna que tal relación de poder puede suponer, sino también al empleo de nuevas tecnologías en el ejercicio de los poderes de organización y control de los trabajadores, que está teniendo un desarrollo exponencial (sobre todo el almacenamiento y cruce de datos por medios informáticos y la captación y transmisión de la imagen y el sonido). Ante la ausencia o insuficiencia de legislación que regule de un modo detallado el uso de estos medios de control en la empresa, la aplicación directa de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional, y la aplicación por los tribunales ordinarios tanto de dichas normas constitucionales como de la jurisprudencia constitucional, se revela de gran importancia.

Asimismo, la cuestión de la discriminación, en especial por razón de sexo, ha merecido una atención especial en los últimos tiempos en el ordenamiento jurídico laboral. Modificaciones como las realizadas en las normas reguladoras del despido radicalmente nulo por vulneración de los derechos fundamentales para incluir el de las mujeres embarazadas o en permiso de maternidad⁸⁴², o para incluir expresamente en el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales la protección frente al acoso sexual como forma de discriminación⁸⁴³, responden a este interés legislativo en desarrollar el art. 14 de la Constitución (aunque en ocasiones se articule técnicamente como una transposición de Directivas comunitarias que obligan a regular esta tutela antidiscriminatoria) en materia de discriminación por razón de sexo en las relaciones laborales.

⁸⁴² Reforma operada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y posteriormente por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁸⁴³ Reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/Constitución.

En el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas establecido en nuestra Constitución, suelen considerarse derechos fundamentales de carácter laboral, en primer lugar, aquellos que tienen una dimensión colectiva, ligados a los objetivos de consecución de la igualdad sustancial que señala el art. 9.2 de la Constitución, como es el caso de la libertad sindical y el derecho de huelga. Junto a estos derechos fundamentales, tiene una especial importancia en el ámbito laboral el derecho a no ser discriminado del art. 14 de la Constitución, sobre todo por razón de sexo, y no solamente la tutela frente a actuaciones discriminatorias “directas”, sino también la tutela frente a discriminaciones “indirectas”, en ocasiones constatables solamente mediante criterios estadísticos, y también medidas positivas de potenciación de la igualdad entre sexos. Junto a estos derechos fundamentales típicamente laborales, denominados por la doctrina laboralista como “específicos”, que tienen sentido en el contexto de una relación de trabajo, se sitúan también los llamados derechos fundamentales “inespecíficos” o personales. Se trata del disfrute por el trabajador individual de los derechos que en cuanto ciudadano tiene reconocidos fuera de los lugares de producción, que se distinguen por ser derechos de carácter no colectivo y no ser originados a través de la inserción en el ámbito de las relaciones laborales⁸⁴⁴. También la tutela frente a vulneraciones de estos derechos fundamentales “inespecíficos” tiene trascendencia, puesto que el Tribunal Constitucional ha sido claro en no admitir planteamientos de “feudalismo industrial” según los cuales los derechos fundamentales del trabajador se quedan en la puerta de la fábrica, pero al mismo tiempo ha reconocido que la relación laboral modula y limita de modo especial el ejercicio de tales derechos fundamentales, por lo que las situaciones de conflicto son frecuentes, y la ponderación entre los diversos derechos fundamentales y bienes iusfundamentales insertos en tal conflicto es, con frecuencia, difícil.

De ahí la trascendencia de analizar los medios jurisdiccionales de tutela de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, que por lo general realizan los órganos de la jurisdicción social⁸⁴⁵.

⁸⁴⁴ Antonio BAYLOS GRAU, “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en *La prueba en el proceso laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 23, 1997, págs. 15-43.

⁸⁴⁵ Aunque también otras jurisdicciones tienen competencia para conocer de algunas cuestiones de carácter laboral, en las que puede tener trascendencia la tutela de los derechos fundamentales. La Ley Orgánica 8/2003, de 9 julio, para la Reforma Concursal, que reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial, creó, como órganos especializados dentro de la jurisdicción civil, los Juzgados de lo Mercantil y se atribuyeron a los

2) El proceso especial de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social

La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, no incluyó inicialmente en su ámbito de protección los derechos fundamentales a la libertad sindical y de huelga, derechos fundamentales “específicos” del ámbito laboral. El Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, incorporó al ámbito de protección de la citada ley la libertad sindical.

Pero dicha Ley 62/1978 no contenía una "garantía laboral" específica para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. Tampoco el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, incluía la previsión de un proceso para recabar la protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social. Las dudas que suscitaba esta omisión, especialmente significativa por afectar a un sector en el que la protección de los derechos fundamentales presenta especial importancia, y que llevaron a algunos a entender procedente su tutela por el orden jurisdiccional civil⁸⁴⁶ o a atribuir al orden contencioso-administrativo⁸⁴⁷ la tutela de los derechos de libertad sindical, fueron despejadas por el Tribunal Constitucional.

mismos ciertas competencias laborales, fundamentalmente la tramitación y resolución de los denominados “expedientes de regulación de empleo” (extinción y suspensión colectivas de relaciones laborales y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo) y algunas relativas a la extinción o suspensión de contratos de alta dirección, cuando se trata de empresas declaradas en concurso. Cuando la empresa en crisis no está declarada en concurso, estos expedientes han de ser tramitados por la autoridad laboral y su resolución podrá ser recurrida ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta jurisdicción es también la competente para conocer de ciertas materias relacionadas con lo laboral, como por ejemplo el establecimiento por el órgano administrativo competente de servicios mínimos “cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad” (art. 10.II del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo).

⁸⁴⁶ Jesús CRUZ VILLALÓN, "Competencia y dualidad de jurisdicciones en la tutela de la libertad sindical", en *La tutela de la libertad sindical*, José CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (coord), III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985, págs. 80-85.

⁸⁴⁷ En este sentido, STC 67/1982, de 15 de noviembre, fj. 3º.

En las SSTC 67/1982, de 15 de noviembre, fj. 3º, 55/1983, de 22 de junio, fj. 6º, y 47/1985, de 27 de marzo, fj. 5º, el Tribunal Constitucional declaró que el proceso laboral era el "cauce natural" para la tutela de estos derechos fundamentales en la relación de trabajo, y constituía la vía judicial previa para acceder al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el art. 13 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto 1985, de Libertad Sindical, estableció: "Cualquier trabajador o sindicato que considere lesionados los derechos de libertad sindical, por actuación del empleador, asociación patronal, Administraciones públicas o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada, podrá recabar la tutela del derecho ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona".

Siendo claro que los derechos fundamentales no podían quedar sin amparo judicial en las relaciones laborales, y siéndolo también, como había dejado claro el Tribunal Constitucional, que el cauce procesal para obtener amparo ante la jurisdicción ordinaria era el proceso laboral, la inexistencia de un proceso judicial basado en los principios de preferencia y sumariedad, tal como prevé el art. 53.2 de la Constitución, y al que parecía remitirse el art. 13 de la citada Ley Orgánica 11/1985 resultaba cuanto menos sorprendente⁸⁴⁸ y provocaba problemas interpretativos.

Finalmente, la Ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral introdujo la previsión de un proceso especial y sumario de protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral en su base 30.1, si bien lo limitó a la tutela de la libertad sindical como derecho fundamental típico. Dicha previsión fue desarrollada en los arts. 174 a 181 de la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por el Real Decreto-Legislativo 521/1990, de 27 de abril, y se encuentra actualmente regulado en los arts. 174 a 182 del texto vigente, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril 1995.

⁸⁴⁸ De "lapsus freudiano" lo califica Antonio BAYLOS GRAU, "Medios de prueba y derechos fundamentales...", *cit.* María Dolores ROMÁN DE LA TORRE ("Proceso de tutela de derechos fundamentales", en *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*", Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 17, 1996, págs. 195-242) relaciona esta omisión con la "falta de neutralidad" que es predicable no solamente de las normas sustantivas, sino también de las procesales.

En contra de las previsiones de la Ley de Bases, que lo concretaba a tan solo la tutela del derecho a la libertad sindical, el texto refundido de 1990 no lo limitó a la tutela de la libertad sindical, sino que lo hizo extensivo a la totalidad de los derechos fundamentales que pudieran resultar lesionados en el marco de la relación laboral, pues, después de prever en el primero de los preceptos dedicados al mismo (art. 175 en el texto vigente, art. 174 en el texto de 1990) que "cualquier trabajador o sindicato que ...considere lesionados los derechos de libertad sindical podrá recabar su tutela a través de este proceso cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social", añadió (en el art.181 del texto vigente, art. 180 en el de 1990) la previsión más amplia de que también se tramitarían por el cauce del procedimiento especial las demandas de tutela relativas a los demás derechos fundamentales y libertades públicas que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. Esto planteó en su día el problema de decidir si se estaba ante un exceso legislativo respecto de la Ley de Bases, sobre todo si la previsión en ella del proceso especial de la base 30 se entendía a su vez como desarrollo del art. 13 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Esta cuestión se superó entendiendo que no existía exceso de desarrollo por cuanto que el procedimiento especial suponía en definitiva el desarrollo en el ámbito de la jurisdicción social de la previsión de un procedimiento especial y sumario para la tutela de los derechos fundamentales contenida en el art. 53.2 de la Constitución⁸⁴⁹.

3) El ámbito del proceso especial. Los derechos fundamentales protegidos

Los derechos fundamentales protegibles por el proceso regulado en los arts. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral no son solamente los derechos fundamentales "específicos" laborales, los de libertad sindical y huelga y la tutela antidiscriminatoria en el trabajo, sino que, en virtud de la previsión contenida en el art. 181, por este cauce procesal especial y sumario se tramitarán también "las demandas de tutela de los demás derechos

⁸⁴⁹ Cfr. María Dolores ROMÁN DE LA TORRE, "Proceso de tutela de derechos fundamentales", *cit.*, Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, "Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 22, José Luis MONEREO PÉREZ y José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS, "De la tutela de los derechos de libertad sindical. Comentario a los arts. 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral", en *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Editorial Comares, Granada, 2001, tomo II, pág. 1058.

fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social”⁸⁵⁰.

En cuanto a la libertad sindical, la dicción del art. 175 de la Ley de Procedimiento Laboral, que habla de “tutela de los derechos de libertad sindical”, debe llevar a una comprensión amplia del ámbito del proceso. Ha de tenerse en cuenta lo que el Tribunal Constitucional ha afirmado en la STC 23/1983, de 25 de marzo, fj. 2º⁸⁵¹:

“...por muy detallado y concreto que parezca el enunciado del artículo 28, número 1, de la CE a propósito del contenido de la libertad sindical, no puede considerársele como exhaustivo o limitativo, sino meramente ejemplificativo, con la consecuencia de que la enumeración expresa de los derechos concretos que integran el genérico de libertad sindical no agota, en absoluto, el contenido global o total de dicha libertad”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha distinguido de modo especialmente tajante, y en ocasiones quizás no muy afortunado, entre el contenido esencial de dicho derecho fundamental, que resultaría directamente de la Constitución, y los derechos y facultades que el legislador infraconstitucional añade a este derecho fundamental (SSTC 39/1986, de 31 de marzo, fj. 3º, 9/1988, de 25 de enero, fj. 2º, 51/1988, de 22 de mayo, fj. 5º, 61/1989, de 3 de abril, fj. 2º, 1/1994, de 17 de enero, fj. 4º, 13/1997, de 27 de enero, fj. 3º, 225/2001, de 26 noviembre, fj. 5º, 111/2003, de 16 junio, fj. 6º, 185/2003, de 27 octubre, fj. 6º, entre otras).

Pues bien, en el ámbito del proceso especial ha de incluirse la protección no solamente de los derechos y facultades enumeradas expresamente en el art. 28.1 de la Constitución, sino también de aquellos derechos y facultades que el legislador ha añadido al desarrollar dicho derecho fundamental (concretamente en la Ley Orgánica 11/1985, de 2

⁸⁵⁰ En la redacción dada por el art. 40 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que añadió la mención al acoso, en transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE.

⁸⁵¹ En el mismo sentido, entre otras, SSTC 61/1989, de 3 de abril, fj. 2º, y 127/1995, de 25 de julio, fj. 3º.

agosto 1985, de Libertad Sindical), así como las previstas en otras normas infraconstitucionales que puedan considerarse que regulan el ejercicio de tal derecho.

Gonzalo MOLINER TAMBORERO⁸⁵² precisa que, pese a esta extensión que el art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral hace del mencionado proceso especial a la tutela de todos los derechos fundamentales, ha de excluirse de este cauce procesal la reparación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que se produzca en el proceso laboral, pues la misma habrá de llevarse a cabo dentro de ese mismo proceso, a través de los recursos y demás remedios que prevean las leyes procesales, y no en otro distinto como es el especial de protección de los derechos fundamentales de los arts. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, salvo cuando se trata de la vulneración del citado derecho en su aspecto de garantía de indemnidad, o, como se denomina en las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2002/73/CE, de “prohibición de represalia”, supuesto éste en el que la vulneración de tal derecho fundamental sí puede ser tutelada en un proceso posterior.

4) Atribución del conocimiento de la pretensión al orden jurisdiccional social y a otros órdenes jurisdiccionales

De los arts. 175.1 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral se desprende que el citado procedimiento especial será procedente para conocer de la vulneración del derecho fundamental cuando la pretensión sea de las atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o, lo que viene a ser lo mismo, cuando se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social. Es natural que para que la pretensión se tramite por este cauce procesal, el conocimiento de la misma haya de ser competencia de los órganos de la jurisdicción social.

En principio parece lógico que, habida cuenta de que conforme al art. 9.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial “los [Juzgados y Tribunales] del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto

⁸⁵² “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, en *Constitución y Justicia Social*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 5, 2003, pág. 173 y siguientes.

en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”, las vulneraciones de los derechos fundamentales laborales “específicos”, tales como los de libertad sindical y huelga, se tramiten ante los órganos jurisdiccionales sociales por este proceso especial. Pero las excepciones contenidas en los arts. 2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral hacen que esta afirmación deba matizarse.

La jurisdicción de los órganos de la jurisdicción social (y por tanto la tramitación por el cauce procesal del art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral de la demanda de tutela de los derechos fundamentales) está excluida, por aplicación del art. 3.1.a de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando la tutela del derecho de libertad sindical o del derecho de huelga se invoque por funcionarios públicos o por personal estatutario⁸⁵³ frente a sus empleadores, por corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque si el conflicto surge entre tales funcionarios o personal estatutario y el sindicato en que están integrados, el conocimiento de la petición de tutela del derecho de libertad sindical corresponderá a la jurisdicción social⁸⁵⁴ y el cauce procesal aplicable será el previsto en el art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

Otra duda se plantea cuando la pretensión de tutela del derecho fundamental de libertad sindical o de interdicción de discriminación se invoca en relación a la extinción de un contrato de trabajo derivada de un despido colectivo del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, acordado en un expediente tramitado conforme a dicho precepto y al Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en Materia de Traslados Colectivos⁸⁵⁵. Aunque la cuestión es controvertida, se admite generalmente que la resolución administrativa que dicte la autoridad laboral competente (art. 51.5 del Estatuto de los

⁸⁵³ Las Sentencias de la Sala 4ª, de lo Social, del Tribunal Supremo 22 de octubre de 1993, 17 de junio de 1996, 15 de diciembre de 1997, 19 de enero de 1998, 13 de abril de 1998 y 19 de septiembre de 2000, entre otras han interpretado esta exclusión restrictivamente, en el sentido de que ha de tratarse de una vulneración que afecte “exclusivamente” a funcionarios o a personal estatutario “que no pertenezca a Cuerpos y Escalas Sanitarias de la Seguridad Social”.

⁸⁵⁴ Así lo ha reconocido la propia Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo en la sentencia de 8 de febrero de 1994.

⁸⁵⁵ El desarrollo reglamentario estaba ya previsto en el art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Trabajadores y 11 y 12 del Real Decreto 43/1996) pueda contener una relación nominal de los trabajadores cuyos contratos se autoriza se extingan, con fijación de la indemnización correspondiente, o pueda contener una autorización para que el empresario extinga una serie de contratos de trabajo, fijando en todo caso unos parámetros o unas bases para tal extinción (número máximo de contratos que puedan extinguirse, categorías profesionales, que se trate de trabajadores con posibilidad de acogerse a medidas de prejubilación, circunstancias familiares, etc)⁸⁵⁶.

La resolución administrativa que resuelva el expediente de despido colectivo puede vulnerar algún derecho fundamental de los trabajadores afectados, especialmente cuando la autorización del despido colectivo afecta no a la totalidad de la plantilla, sino a parte de ella. Por ejemplo, puede vulnerarse la garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en este tipo de expedientes⁸⁵⁷, que integra el contenido del derecho de libertad sindical, como ha declarado la STC 191/1996, de 26 de noviembre, fj. 5º, o el derecho a no ser discriminado, si los afectados por la autorización de despido fueran en su totalidad o mayoritariamente mujeres y las mismas no supusieran la mayoría de la plantilla, o mujeres embarazadas o que estuvieran disfrutando del permiso de maternidad (y no necesariamente a través de una discriminación directa, que designe nominalmente como afectadas a las mujeres o a los representantes de los trabajadores, sino también a través de una discriminación indirecta, que designe como afectados por las medidas gravosas de extinción, suspensión o modificación de condiciones sustanciales de trabajo a concretas categorías laborales o puestos de trabajo de determinadas características, de un modo aparentemente neutro, pero que en la práctica afecte total o mayoritariamente a mujeres o a los representantes de los trabajadores). Tal vulneración, imputable a la autoridad administrativa, puede producirse tanto en el caso de que la resolución administrativa contenga la relación nominal de trabajadores afectados, como en el caso de que en la resolución sólo se contengan las bases o parámetros de la extinción de contratos que se

⁸⁵⁶ Así lo ha entendido la generalidad de la doctrina en base al art. 6.1.b del Real Decreto 43/1996, que, separándose en este punto de la regulación contenida en el anterior Real Decreto 696/1980 que regulaba la materia, prevé que en la solicitud se haga constar el “número y categorías... de los trabajadores que vayan a ser afectados, criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser afectados...”, pero no se exige que se designe nominalmente a los trabajadores cuyo contrato se solicita autorización para extinguir.

⁸⁵⁷ Art. 40.5, 51.7 y 68.b del Estatuto de los Trabajadores.

autoriza, cuando la vulneración del derecho fundamental resulte directamente de las bases o parámetros sentados en la resolución administrativa y no en el uso que de tal autorización ha hecho el empresario.

Pero si la resolución administrativa no contiene una designación nominal de los trabajadores afectados, puede ser que la vulneración del derecho fundamental tenga su origen no en la resolución administrativa, sino en el uso que de la autorización contenida en la misma haga el empresario. Así ocurriría, por ejemplo, si la resolución administrativa contiene una autorización para extinguir un número determinado de contratos, o unos determinados porcentajes, con o sin designación de categorías o de otras circunstancias, y el empresario, al decidir los concretos trabajadores que han de incluirse en la autorización administrativa del despido colectivo, designa a un representante de los trabajadores, o designa mayoritariamente a mujeres, o a una mujer embarazada o con permiso de maternidad existiendo trabajadores cuyos contratos de trabajo puedan ser extinguidos en uso de la autorización contenida en la resolución administrativa en los que no concurra esa cualidad o circunstancia.

Contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente, concretamente en los casos en los que se otorgue la autorización del despido colectivo, cabe interponer recurso administrativo, cuya resolución es impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 16 del Real Decreto 43/1996). Tal régimen de impugnación, que hurta el conocimiento de estas cuestiones a la jurisdicción social para dárselo a la contencioso-administrativa, es el procedente tanto cuando se impugna la resolución en cuanto autoriza un despido colectivo, homologando, en su caso, el acuerdo alcanzado por el empresario y los representantes de los trabajadores, como cuando lo que se impugna es la inclusión de un determinado trabajador en la relación contenida en la propia resolución administrativa, cuando en esta se designan nominalmente los trabajadores afectados⁸⁵⁸.

⁸⁵⁸ Declara la Sentencia Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 julio 1999, dictada en unificación de doctrina:

“es reiterada la jurisprudencia de esta Sala declarando la incompetencia de este orden jurisdiccional, tanto para conocer de la impugnación directa de un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, posteriormente homologado por una decisión resolución administrativa -STS 21-6-1994- como para decidir sobre la impugnación por parte de un trabajador de las razones de su inclusión en el listado aprobado igualmente por la Autoridad

En estos casos en que la vulneración del derecho fundamental se imputa a la propia resolución administrativa, la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa cabe realizarla por el proceso especial de protección de los derechos fundamentales ante tal jurisdicción regulado en los arts. 114 a 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Si la resolución administrativa no contuviera una relación nominal de los trabajadores afectados por la medida colectiva y fuera el empresario quien, en uso de la autorización conferida en la resolución administrativa, designara los trabajadores afectados, la impugnación de la decisión empresarial (siempre que sea ésta la que en realidad se esté impugnando, y no la resolución administrativa por la vía indirecta de impugnar la decisión empresarial adoptada en ejecución de la misma) ha de realizarse ante la jurisdicción social⁸⁵⁹, como han declarado las Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, dictadas en unificación de doctrina, de 17 de marzo y 19 de julio de 1999. En este caso, si se entiende que el empresario, al designar los trabajadores cuyos contratos han de extinguirse, ha vulnerado un derecho fundamental (por no respetar en su designación, en el caso de una autorización de extinción parcial de los contratos de trabajo, la prioridad de permanencia de los representantes legales, mujeres embarazadas o en permiso de maternidad, o por realizar una designación discriminatoria), la tutela del derecho fundamental habría de solicitarse ante la jurisdicción social, mediante una demanda por despido (art. 182 en relación al 103 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral), en cuyo proceso habrán de observarse las

laboral en un expediente de esta naturaleza -STS de 18-1-1999 (recurso 2254/1998) y las que en ella se citan-; y en el mismo sentido se ha pronunciado tanto el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción -Sentencias de 26-12-1988 o 26-6-1996-, como la Sala de Conflictos de Competencia -Auto de 8 de marzo de 1991-“.

⁸⁵⁹ El Auto de 8 de marzo de 1991 de la Sala de Conflictos, contemplando el supuesto en el que un prejubilado por un expediente de regulación de empleo discutía el *quantum* de su pensión, consideró que para ello era competente el orden social, sobre el argumento de que

“deben diferenciarse, respecto al orden competencial para conocer en materia de regulación de empleo, dos clases de pretensiones: las tendentes a impugnar la conformidad a Derecho de la resolución administrativa autorizante de la extinción de los contratos laborales, y aquellas otras derivadas de su cumplimiento o ejecución, sea entre la empresa y sus ex-trabajadores o entre estos y los órganos gestores públicos de empleo o de la Seguridad Social...pues mientras las primeras han de ser conocidas por la jurisdicción contencioso-administrativa, las segundas habrán de corresponder, ordinariamente, al conocimiento de la jurisdicción social...”.

garantías previstas para el proceso de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social⁸⁶⁰.

La cuestión competencial se complica aun más cuando la empresa en crisis ha solicitado la declaración de concurso. En tal caso, el expediente de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, se tramitará ante el juez de lo mercantil que esté conociendo del concurso, por las reglas establecidas en el art. 64 de la Ley Concursal. Tras la tramitación del expediente regulado en tal precepto⁸⁶¹, el juez del concurso, conforme al art. 64.7 de la Ley Concursal, dictará resolución “aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”. Esta remisión a la legislación laboral hace que se entienda posible que el auto del juez del concurso pueda contener tanto la designación nominal de los trabajadores cuyo contrato ha de extinguirse o quedar en suspenso, como una autorización genérica, con determinación de las bases que permitan su individualización, para la suspensión o el despido colectivo, total o parcial, que precisará un posterior acto de individualización por la administración concursal o por el concursado (según que el deudor haya sido suspendido de sus facultades patrimoniales o solamente se haya acordado la intervención de las mismas por la administración concursal, arts. 40 y 44 de la Ley Concursal)⁸⁶².

⁸⁶⁰ Ver *infra* epígrafe IX-C-e-5, “la exclusión de determinadas materias del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales: el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral”, en relación a la tesis integrativa en los procesos a los que remite dicho precepto legal.

⁸⁶¹ Se trata de un expediente similar al regulado en el 6 Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, y que cumple, al igual que éste, las exigencias de la Directiva 1998/59/CE, de 20 julio 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, concretamente las de información y consulta a los representantes de los trabajadores e intervención de una autoridad pública.

⁸⁶² Aunque este posible contenido alternativo del auto presenta problemas que hace que sea cuestionado, concretamente la posibilidad de una autorización genérica y no nominal, por la doctrina, que no obstante no suele inclinarse de modo rotundo por admitirla o excluirla (Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, en *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 239, Ana DE LA PUEBLA PINILLA, en “Comentarios a la Ley Concursal”, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Tecnos, Madrid, 2004, pág. 745 y siguientes, Jesús MERCADER y M^a Teresa ALAMEDA, “Comentario de la Ley Concursal”, Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (dir.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 1217).

Paralelamente a lo que se dijo en relación al expediente administrativo de regulación de empleo, también en el caso del expediente del art. 64 de la Ley Concursal puede vulnerarse algún derecho fundamental, señaladamente los de libertad sindical o a no ser discriminado, y la vulneración se realizará en la propia resolución judicial, esto es, por el propio juez del concurso, si la resolución contiene una relación nominal de trabajadores cuyos contratos quedarán suspendidos o extinguidos, o las propias bases o parámetros que establece la resolución implicaran ya la vulneración del derecho, o por la posterior decisión de la administración concursal o del concursado que concreta el auto judicial y determina los trabajadores cuyo contrato queda extinguido.

El art. 64.8 de la Ley Concursal prevé que contra el auto que resuelva el expediente cabrá interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia. Y asimismo prevé que las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto que resuelve el expediente, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

Respecto al recurso de suplicación contra el auto como medio de pedir la tutela de los derechos fundamentales, parece que será el medio a utilizar cuando la vulneración se impute al propio auto dictado por el juez del concurso, en cuyo caso el fundamento del recurso será la vulneración del derecho fundamental de libertad sindical o de interdicción de discriminación. Pero se plantea el problema de la legitimación para interponer dicho recurso, por cuanto algunos autores⁸⁶³ entienden que sólo corresponde a quienes están legitimados para promover el expediente, que son, conforme al art. 64.2 de la Ley Concursal, la administración concursal, el deudor o los representantes legales de los trabajadores. Entiendo que llevar esta tesis a sus últimas consecuencias sería absurdo, puesto que se estaría privando a los afectados de tutela judicial ordinaria frente a la supuesta vulneración del derecho fundamental y tendrían que acudir directamente al recurso de amparo ante el Tribunal

⁸⁶³ Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, en *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, cit., pág. 69.

Constitucional. Por eso creo que ha de aceptarse una consideración amplia de la legitimación para recurrir en suplicación el auto cuando se imputa a dicha resolución la vulneración de derechos fundamentales como los de libertad sindical o a no ser discriminado, de modo que si los representantes de los trabajadores no interpusieran tal auto (lo que señaladamente tendrá lugar cuando haya existido acuerdo entre tales representantes y la administración concursal en el periodo de consultas, y el auto acepte tal acuerdo⁸⁶⁴) puedan uno o varios trabajadores interponer recurso de suplicación contra el auto como medio de tutela de su derecho fundamental vulnerado por el mismo.

Otra opción sería la de considerar que tal petición de tutela del derecho fundamental, cuando no sea promovida por los representantes de los trabajadores a través del recurso de suplicación contra el auto del juez del concurso, puede articularse a través de la “acción individual” prevista en el art. 64.8.II de la Ley Concursal, acción que según este precepto habrá de versar sobre “cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual”⁸⁶⁵ y se sustanciará por el procedimiento del incidente concursal “laboral” (art. 195 en relación al 64.8.II de la Ley Concursal). Cuando la vulneración se entiende que se ha cometido directamente por el auto del juez del concurso, este medio permite reparar la vulneración al propio juez al que se imputa haber vulnerado el derecho fundamental en su resolución. Caso de que no lo haga, cabe interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia contra la sentencia que resuelva el incidente. Pero en realidad más que una demanda contra quien ha vulnerado el derecho fundamental, puesto que quien ha vulnerado el derecho fundamental es el juez del concurso y no los demandados en el incidente concursal laboral (la administración concursal, el concursado y quizás los representantes de los trabajadores que alcanzaron el acuerdo aceptado por el juez en su

⁸⁶⁴ De ahí que aunque conforme al art. 64.7 de la Ley Concursal el juez del concurso debe aceptar el acuerdo alcanzado entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal “salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”, entiendo que tampoco puede aceptarse tal acuerdo cuando el mismo implique vulneración de derechos fundamentales, no tanto el de libertad sindical, puesto que si el representante del trabajador, al negociar el acuerdo, acepta que su relación de trabajo se extinga no existe vulneración del derecho de libertad sindical, como el de no discriminación, lo que puede ocurrir, por ejemplo, cuando los contratos a extinguir corresponden mayoritariamente o en su totalidad a mujeres, o a mujeres embarazadas o en permiso de maternidad.

⁸⁶⁵ Aunque en el caso de una lesión del derecho de libertad sindical por no respetar la garantía de prioridad de permanencia del representante sindical puede entenderse que se trata de una lesión pluriofensiva, puesto que afecta tanto al trabajador que ostenta ese cargo y cuya prioridad de permanencia no se respeta, como a los trabajadores que quedan en la empresa, a los que se priva del representante que eligieron para defender sus derechos.

auto⁸⁶⁶), tal incidente jugaría como una especie de recurso no devolutivo, planteado ante el mismo juez a quien se imputa la vulneración del derecho fundamental y en el que han de ser oídas las demás partes interesadas, como ocurre por ejemplo en un recurso de reposición. En la sentencia que resuelve el incidente, el juez podría modificar el concreto extremo del auto del art. 64.7 de la Ley Concursal si considera que efectivamente se vulnera en el mismo algún derecho fundamental.

Además, esta demanda incidental del art. 64.8.II de la Ley Concursal será el medio que habrá de utilizarse por el trabajador o trabajadores afectados por la vulneración del derecho fundamental cuando ésta no haya sido cometida directamente por el auto que resuelva el expediente del art. 64 de la Ley Concursal, sino que se impute al acto de la administración concursal o del concursado que posteriormente individualice la autorización concedida en el auto judicial en términos genéricos, sin designación nominal de los trabajadores afectados por la medida de extinción o suspensión de empleo y sin que las bases o parámetros establecidos en el auto sean, en sí, vulneradores del derecho fundamental. La decisión de la administración concursal o del empresario de extinguir o suspender el contrato de trabajo del representante legal o incluyendo en el número o porcentaje de contratos cuya extinción o suspensión se autoriza los de las mujeres empleadas en la empresa en concurso sería la que habría vulnerado el derecho fundamental, y por tanto contra ellos habría de dirigirse la demanda incidental prevista en el art. 64.8.II en relación al 195, ambos de la Ley Concursal.

La sentencia que pusiera fin al incidente habría de pronunciarse sobre la existencia de la vulneración del derecho fundamental invocada. Caso de estimar que tal vulneración existe, si la misma hubiera sido cometido por el auto del juez del concurso por el que se resuelve el expediente, habría de dejarse sin efecto el extremo del auto en el que se cometiera tal vulneración, por ser radicalmente nulo, y reponerse la situación al momento anterior a la vulneración (por ejemplo, reponiendo a su puesto de trabajo a los trabajadores respecto de los que la extinción de la relación laboral hubiera supuesto la vulneración del

⁸⁶⁶ El art. 193.1 de la Ley Concursal, referido al incidente concursal “ordinario” pero que hay que entender aplicable también al incidente concursal “laboral”, establece que “en el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora.”

derecho fundamental). Lo mismo ocurriría en el caso de que la vulneración se imputara al acto de la administración concursal o del concursado que, en individualización de la autorización genérica concedida en el auto, hubiera decidido qué trabajadores veían suspendidos o extinguidos sus contratos de trabajo. En tales casos, el despido se declararía radicalmente nulo y el trabajador sería repuesto a su puesto de trabajo con abono de los salarios que dejó de percibir indebidamente.

Dado que, conforme a lo previsto en el art. 64.11 de la Ley Concursal, “en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral”, puede sostenerse la extensión a este procedimiento incidental de las especialidades del proceso del art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, fundamentalmente las relativas a sumariidad y preferencia, pero también otras (posibilidad de que el sindicato actúe como coadyuvante⁸⁶⁷, intervención del Ministerio Fiscal, etc), al igual que entiende la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en relación a los demás procesos laborales por los que han de tramitarse determinadas demandas de tutela de los derechos fundamentales en base a la remisión que realiza el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral⁸⁶⁸.

El problema básico es la aplicación a este tipo de proceso incidental, cuando se articula como proceso de tutela de los derechos fundamentales, de la previsión del art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral relativa a que la sentencia que declare la vulneración del derecho fundamental ha de acordar “la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”. Como se ha visto, no existe especial problema en que, tanto cuando la vulneración se impute al auto del juez como al acto de la administración concursal o del concursado que individualice la autorización genérica concedida en el auto, la sentencia que declare la vulneración del derecho fundamental declare la nulidad radical del extremo del auto o del acto particular vulnerador del derecho fundamental, el cese inmediato de sus efectos y la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, reintegrando en su puesto de trabajo al trabajador y abonándole los salarios dejados

⁸⁶⁷ Lo que en el caso de tutela frente a la vulneración de la libertad sindical tiene especial trascendencia dado el carácter pluriofensivo de la lesión, a que se ha hecho referencia.

⁸⁶⁸ Ver *infra* epígrafe IX-C-e-5, “la exclusión de determinadas materias del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales: el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral”, en relación a la tesis integrativa en los procesos a los que remite dicho precepto legal.

de percibir, de modo que el contenido de la sentencia es, en estos extremos, equiparable al exigido por el art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral en la sentencia que ponga fin al proceso de tutela de los derechos fundamentales en el orden social⁸⁶⁹. Pero la previsión contenida en este precepto de que además la sentencia acuerde la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, si bien es posible cuando la vulneración haya sido cometida por la administración concursal o el concursado⁸⁷⁰, no lo será cuando la vulneración se impute al auto judicial en el que se designaron nominalmente los trabajadores afectados por las medidas o se establecieron bases o parámetros consideradas en sí vulneradoras del derecho fundamental. En este caso, es el órgano judicial quien ha vulnerado el derecho fundamental, y no puede condenarse a la empresa concursada a reparar las consecuencias dañosas derivadas de la vulneración del derecho fundamental que no ha cometido. En estos casos, la sentencia que resuelva el incidente no contendrá previsión alguna de indemnización o reparación de daños, sin perjuicio de que el afectado pueda acudir a los medios ordinarios existentes para reparar los daños cometidos por el funcionamiento anormal de la administración de justicia⁸⁷¹.

No parece razonable entender que en estos casos, tratándose de un órgano de la jurisdicción civil, aunque especializado, y en base a la previsión de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo lo no previsto expresamente en la Ley Concursal (Disposición Final 5ª de la Ley Concursal), la tutela del derecho fundamental de libertad sindical o del derecho a no ser discriminado haya de realizarse a través del cauce del juicio ordinario (art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). La especialidad de la materia, la necesidad de un proceso mucho más ágil y la específica previsión de supletoriedad de la legislación laboral contenida en el art. 64.11 de la Ley Concursal permiten excluir esta posibilidad.

⁸⁶⁹ Ver *infra* epígrafe IX-C-e-11, “el contenido de la sentencia”.

⁸⁷⁰ Sin perjuicio de que haya que tener en cuenta, al fijarla, la situación de insolvencia en que se encuentra el deudor y que tal indemnización ha de ser considerada como crédito contra la masa (art. 84.2.5º de la Ley Concursal), con lo que tiene preferencia respecto de buena parte de los créditos laborales de sus compañeros de trabajo.

⁸⁷¹ Fundamentalmente la exigencia en vía administrativa de indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia o la demanda por error judicial contra el juez.

Por último, y en relación al derecho de huelga, el juego de exclusiones competenciales de la jurisdicción social del art. 3 de la Ley de Procedimiento Laboral hace que en materia de impugnación del acto de fijación de los servicios mínimos calificados como esenciales, el orden jurisdiccional competente sea el contencioso-administrativo y si se trata de asignar concretos trabajadores para la cobertura de tales servicios mínimos, si los mismos son funcionarios públicos o personal estatutario, la jurisdicción competente es también la contencioso-administrativa, y si son trabajadores sujetos a relación laboral, será competente la jurisdicción social a través del proceso del art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral.

5) La exclusión de determinadas materias del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales: el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, que también carece de anclaje en la Ley de Bases, ha sido muy cuestionado. De acuerdo con este precepto, las demandas por despido y por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de Estatutos de los Sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos en que se invoque lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitarán inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal correspondiente. Es decir, aunque las mismas se basen en la vulneración de un derecho fundamental, no se tramitarán por el proceso especial de protección de los derechos fundamentales del art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, sino por el proceso especial correspondiente a la materia. Es tal la importancia de estas materias que se ha afirmado que la modalidad procesal específica de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales del art. 175 y siguientes puede llegar a ser casi residual⁸⁷².

Como he indicado, ha motivado críticas el hecho de que la demanda de tutela de derechos fundamentales, si la vulneración se ha producido en relación a determinadas materias, no se tramite por el proceso preferente y sumario regulado en el art. 175 y

⁸⁷² Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 29.

siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral en desarrollo del art. 53.2 de la Constitución en materia laboral, sino que haya de seguirse el trámite correspondiente a la materia en la que vulneración se ha producido. Llama la atención que esto ocurra, por ejemplo, en relación a los despidos, puesto que los despidos discriminatorios, antisindicales o vulneradores de algún otro derecho fundamental son, por su frecuencia y trascendencia, el prototipo de actuación empresarial vulneradora de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Se alega que la previsión del art. 182, al privar de acceso al proceso especial de protección de derechos fundamentales a las demanda de tutela de tales derechos cuando la vulneración se ha cometido en relación a determinadas materias, es contradictoria no ya con la Ley de Bases, cuya base trigésima no efectuaba distinciones en la protección de la libertad sindical según el conflicto en que se produjera la lesión, sino con el propio art. 53.2 de la Constitución, que tampoco introduce ningún elemento que permita pensar en la posibilidad de tutelar con preferencia y sumariedad o sin ellas los mismos derechos fundamentales según los tipos de conflictos en que se lesionen⁸⁷³.

Para evitar los riesgos de inconstitucionalidad de la referida previsión legal⁸⁷⁴, la doctrina apunta dos líneas de actuación. La primera consiste en la interpretación restrictiva del citado art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral. Sólo estarían comprendidas en la exclusión prevista en el mismo las materias enumeradas, que tendrían consideración de *numerus clausus*. Así por ejemplo, pese a que el Capítulo I del Título II del libro II de la Ley de Procedimiento Laboral regula una modalidad de proceso referida a “los despidos y sanciones”, dedicando la Sección 1ª al despido disciplinario y la Sección 2ª al proceso de impugnación de [otras] sanciones, sólo puede entenderse referida la exclusión del art. 182 a las demandas por despido vulnerador de los derechos fundamentales, no a las relativas a otras sanciones disciplinarias.

⁸⁷³ María Dolores ROMÁN DE LA TORRE, “Proceso de tutela de derechos fundamentales”, *cit.*

⁸⁷⁴ Cfr. Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 23 y siguientes. Según estos autores, la previsión del art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral presenta ventajas, como son las de permitir tomar en consideración en un solo proceso las consideraciones iusfundamentales que se hacen como fundamento de la pretensión y, caso de no estimarse éstas, entrar a valorar la concurrencia de consideraciones de legalidad ordinaria relativa a la cuestión objeto de la demanda (por ejemplo, si no se considera que un despido es discriminatorio y, por tanto, nulo de pleno derecho, puede entrarse en valoraciones sobre su procedencia o improcedencia por razones de legalidad ordinaria). Pero estas ventajas no excluyen por sí solas los problemas de cobertura constitucional.

La segunda línea de actuación, de mayor calado constitucional, es la que se ha venido a denominar “tesis integrativa” en relación al art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral. De acuerdo con esta tesis, lo que hace el citado precepto no es excluir la posibilidad de acudir a un procedimiento preferente y sumario para la tutela de derechos fundamentales cuando la vulneración se ha producido en determinadas materias (las enumeradas en el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral), sino que se establece una dualidad de cauces procesales: de un lado, el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales regulado en el art. 175 y siguientes y de otro el constituido por “la modalidad procesal correspondiente” a cada una de las materias del art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, a la que habrá que aplicar las especialidades previstas para el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales del art. 175 y siguientes y que dimanen de su condición de desarrollo del art. 53.2 de la Constitución. Se considera absurdo que, por ejemplo, la previsión que en materia probatoria contiene el art. 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (atribución al demandado de la carga de aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido vulneración del derecho fundamental), no sea aplicable al proceso de despido cuando en la demanda se pide su nulidad por tratarse de un despido vulnerador de derechos fundamentales, cuando se trata de una institución incorporada a la Ley de Procedimiento Laboral desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que se originó precisamente (STC 38/1981, de 23 noviembre) en relación a los despidos vulneradores de derechos fundamentales⁸⁷⁵.

Por esta tesis integrativa se ha decantado el Tribunal Constitucional, al menos en lo que se refiere a integrar en las modalidades procesales especiales a que hace referencia el art.

⁸⁷⁵ Si bien esta sentencia supone una profundización de la línea iniciada en la STC 26/1981, de 17 julio, f. 16º, el Tribunal Constitucional reconoce que no se trata de una solución “propia”. Dice el f. 3º de la citada sentencia:

“Esta es la solución que se recoge en decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (así, 130 informe, caso número 673, párr. 65), apoyadas en la Recomendación 143 (III, 6.2.e), dentro del marco general de «las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores» la libertad sindical, a las que obligan los Convenios OIT-87 (artículo 11), 98 (artículo 1.º) y 135 (artículo 1.º).”

182 de la Ley de Procedimiento Laboral, concretamente en la de despido, la posibilidad de intervención del sindicato como coadyuvante del demandante (art. 175.2 de la Ley de Procedimiento Laboral). Declara al respecto la STC 257/2000, de 30 de octubre, fj. 5º:

“La modalidad procesal laboral de tutela de derechos fundamentales presenta una serie de singularidades orientadas genéricamente a procurar una más eficaz protección jurisdiccional de aquéllos en diversos aspectos, integrando las distintas manifestaciones de los principios de preferencia y sumariedad que lo inspiran (arts. 64, 70, 177.1, 179.1 y 3, 178 LPL), la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal (art. 175.3 LPL), la referencia expresa a la prueba indiciaria (art. 179.2 LPL), la viabilidad en cualquier caso del recurso de suplicación [art. 189.1 f) LPL], la inmediata ejecutividad de la Sentencia (art. 301 LPL) y, en fin, la posibilidad de que el Sindicato intervenga como coadyuvante, según se viene repitiendo. Estas singularidades procesales no aparecen expresamente previstas para el resto de las modalidades que, según la materia objeto de la pretensión, deban servir de cauce a otras demandas en las que eventualmente se alegue también la lesión de un derecho fundamental. Desde esta perspectiva, la Confederación demandante ha defendido en la vía judicial previa al amparo y en su demanda ante este Tribunal, la tesis interpretativa según la cual, al menos algunas de aquellas particularidades habrían de ser también aplicadas en otras modalidades distintas a la de tutela cuando lo que se pretende es la protección de un derecho fundamental, tesis que el Juzgado de lo Social ha rechazado según las razones que se han expuesto.”

Y añade más adelante en el fj. 6º:

“La consecuencia que se sigue de esta conclusión del órgano judicial es la de que no resulta posible aplicar en el proceso de despido una regla de legitimación adhesiva que formalmente sólo se prevé en el de tutela de derechos fundamentales; pero aquella afirmación dota de una injustificada prioridad a la razón formal sobre la que materialmente afecta al derecho

fundamental del Sindicato. En efecto, cuando el legislador del art. 182 LPL remite a las modalidades procesales correspondientes el conocimiento de las demandas que allí se citan lo hace en función justamente de la materia en litigio para una mejor atención de aquélla y por diversas razones que justifican la propia existencia de una distinta modalidad procesal o la extensión del objeto de conocimiento, pero no, desde luego, porque pueda otorgarse a un mismo derecho fundamental una menor garantía jurisdiccional en función de cuál sea el acto o conducta del que pueda haberse derivado la lesión que se alega. Desde esta perspectiva, el interés del Sindicato a intervenir como coadyuvante en un proceso en el que el trabajador afirma vulnerado su derecho de libertad sindical no se altera, obviamente, según la naturaleza del acto lesivo; lo contrario supondría, como bien afirma el recurrente, un resultado absurdo, como el de que podría intervenir en una reclamación salarial tramitada con arreglo a la modalidad de tutela pero no en un despido vulnerador del art. 28.1 CE de un afiliado, que virtualmente afectaría de manera más grave los intereses propios del Sindicato”⁸⁷⁶.

⁸⁷⁶ En la STC 10/2001, de 19 de enero, el Tribunal Constitucional resolvió un recurso de amparo contra un Auto de un Juzgado de lo Social que ordenó el archivo de una demanda por despido vulnerador de los derechos fundamentales que se presentó sin la certificación de la conciliación previa. El Juzgado de lo Social, en aplicación del art. 81.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, advirtió al demandante que debía acreditar la celebración o el intento del acto de conciliación en el plazo de quince días, bajo apercibimiento de archivo de la demanda. El demandante recurrió en reposición la providencia en la que así se acordaba por entender aplicable la previsión de la Ley 62/1978 que eximía de interponer reclamación previa en vía gubernativa en el proceso especial de protección de los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo. El Juzgado de lo Social desestimó el recurso de reposición y, dado que habían transcurrido los quince días concedidos en la providencia recurrida y que el recurso de reposición laboral no suspende la ejecutividad de la resolución recurrida (art. 184.1 *in fine* de la Ley de Procedimiento Laboral), archivó la demanda. “[E]l órgano judicial adoptó su decisión con base en el art. 182 LPL, según el cual la demanda por despido en la que se alegue una lesión de derechos fundamentales –discriminación en este caso– debe tramitarse inexcusablemente con arreglo a la modalidad procesal específicamente prevista para ello (arts. 103 y ss. LPL), en cuya configuración normativa no se prevé expresamente la excepción al intento conciliatorio a diferencia de lo que dispone el art. 64 LPL para el proceso de tutela de la libertad sindical. Según el Auto recurrido la disparidad del régimen legal de ambas modalidades procesales determinaría la inaplicación de las garantías específicas previstas en aquella última fuera de su ámbito, lo que impedía en el caso de autos la tramitación de la demanda ante el incumplimiento del citado requisito. Se descartaban con ese razonamiento las elaboraciones de la denominada tesis integrativa, enderezadas a no fracturar o diversificar la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, por referencia a los principios de preferencia y sumariedad establecidos en el art. 53.2 CE (SSTC 81/1992, de 28 de mayo, y 257/2000, de 30 de octubre)” (fj. 3º). El Tribunal Constitucional eludió pronunciarse sobre la pertinencia de la tesis integrativa en lo relativo a la exención del requisito del acto de conciliación previa en los procesos por despido vulnerador de derechos fundamentales, a tramitar por la modalidad procesal del proceso de despido (art. 103 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral) en base a la previsión del art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, y concedió

La Sala 4ª, de lo social, del Tribunal Supremo se ha inclinado también por esta tesis “integrativa” del art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral que permite ajustarlo a las exigencias del art. 53.2 de la Constitución. Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, admite sin problemas la posibilidad de acordar la indemnización prevista en el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, ubicado en la regulación del proceso especial de protección de los derechos fundamentales, en un proceso por despido vulnerador de derechos fundamentales, excluido del cauce de ese proceso especial por el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral⁸⁷⁷. Y la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 29 junio 2001 acepta también la tesis integrativa en cuanto a la necesaria presencia del Ministerio Fiscal en los procedimientos a que se refiere el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral.

6) Las garantías del procedimiento especial: la preferencia y la sumariedad

El procedimiento que, conforme al art. 53.2 de la Constitución, ha de servir para solicitar la protección de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios ha de estar basado en los principios de preferencia y sumariedad. Estos principios se cumplen en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales en la jurisdicción social.

El art. 177.1 de la Ley de Procedimiento Laboral establece el carácter urgente y preferente de este procedimiento respecto de todos los demás procesos laborales, carácter que se aplica también en la tramitación de los correspondientes recursos. En el mismo sentido, el art. 43.4 de la Ley de Procedimiento Laboral establece la habilidad de los días del mes de agosto para esta modalidad procesal.

amparo por entender demasiado formalista, y por tanto vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, la interpretación del Juzgado al no interrumpir el plazo de subsanación, teniendo en cuenta la trascendencia iusfundamental de la cuestión objeto de la demanda.

⁸⁷⁷ Aunque finalmente no concede la citada indemnización por no haberse alegado y probado los datos precisos para concederla, puesto que, entiende el tribunal, su concesión no es automática.

En cuanto a la sumariedad, que, como se ha visto, el Tribunal Constitucional (por todas, STC 81/1992, de 28 de mayo, fj. 4º) parece referir a la rapidez, es decir, simplificación de trámites y brevedad de plazos (lo que suele llamarse por la doctrina “sumariedad cuantitativa”), tal exigencia se cumple en esta modalidad procesal puesto que a la celeridad propia del orden jurisdiccional social se añaden previsiones que la acentúan tales como la eliminación del trámite de conciliación previa (art. 64 de la Ley de Procedimiento Laboral) y de reclamación previa (art. 70 de la Ley de Procedimiento Laboral), la reducción de los plazos para la celebración de la conciliación y del juicio (art. 179.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), del plazo para dictar sentencia (art. 179.3 de la Ley de Procedimiento Laboral), la previsión de un incidente cautelar⁸⁷⁸ de tramitación muy acelerada (art. 178) y la previsión de que la sentencia dictada es ejecutable provisionalmente de manera automática aun cuando se interponga recurso contra ella (art. 301).

Además de estas características derivadas directamente de las exigencias de preferencia y sumariedad, entendida como rapidez, el procedimiento regulado en el art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral incorpora otras especialidades legales en su régimen jurídico que coadyuvan a su finalidad de protección de los derechos fundamentales y que, enunciadas brevemente, son las siguientes: 1) la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos (art. 175.3 de la Ley de Procedimiento Laboral); 2) la aplicación de reglas especiales en materia de prueba pues, recogiendo la doctrina establecida al respecto por el Tribunal Constitucional, es suficiente con constatar la existencia de indicios sobre la vulneración del derecho fundamental para que se desplace al demandado la carga de aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral); 3) posibilidad de intervención del sindicato como coadyuvante en lesiones referidas a la libertad sindical (art. 175.2 de la Ley de Procedimiento Laboral); 4) posibilidad de incluir en el fallo la imposición de una indemnización, a los efectos de reparar las consecuencias de la lesión (art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral); 5) viabilidad

⁸⁷⁸ Sobre suspensión de los efectos del acto impugnado cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación, ver *infra* epígrafe IX-C-e-9, “el incidente de suspensión del art. 178 de la Ley de Procedimiento Laboral”.

del recurso de suplicación en todo caso (art. 189.1.f de la Ley de Procedimiento Laboral). Sobre algunas de estas cuestiones se volverá más adelante.

La otra sumariedad, la “cualitativa”, es decir, la especialidad del procedimiento, plantea problemas también en la jurisdicción social. Prevé el art. 176 de la Ley de Procedimiento Laboral que “el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de la libertad sindical, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela de la citada libertad”. De ahí que, conforme al art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, la sentencia que se dicté habrá de declarar la existencia o no de la vulneración denunciada. En caso afirmativo y previa la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, Entidad o corporación pública o privada, ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical o vulnerador del derecho fundamental cuya tutela se pretendía en la demanda, la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera.

Por tanto, en la demanda de protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral a través del procedimiento especial del art. 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, como excepción al principio general de posibilidad de acumulación de cuantas acciones tenga el demandante contra el empresario aunque provengan de diferentes títulos contenido en el art. 27.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, no pueden acumularse acciones dirigidas a otras finalidades distintas de la protección del derecho fundamental y la reparación de las consecuencias de su vulneración, ni puede basarse la pretensión deducida en la demanda en fundamentos distintos de la vulneración del derecho fundamental. Esta imposibilidad de acumulación resulta de la limitación del objeto previsto en el art. 176 de la Ley de Procedimiento Laboral y está expresamente prevista en el art. 27.2 de dicha ley.

Sin embargo, si se trata de una de las modalidades procesales a las que remite el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, se entiende que en un mismo proceso pueden alegarse como fundamento de la pretensión tanto la vulneración del derecho fundamental

como razones de legalidad ordinaria. Y así por ejemplo, en un proceso de despido, podría solicitarse su nulidad por vulneración de un derecho fundamental y, subsidiariamente, para el caso de no ser estimada esta nulidad, su calificación como improcedente basada en razones de legalidad ordinaria⁸⁷⁹.

Ahora bien, hay que ser cuidadoso con esta limitación del objeto del proceso. La exigencia de reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración del derecho fundamental forma parte de la pretensión de tutela de tal derecho, no una pretensión a ejercitar posteriormente por el cauce del proceso ordinario. La Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1993, dictada en un recurso de casación para unificación de doctrina, ha declarado al respecto:

“la acción de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales tiene, sin duda, a la vista de este precepto [art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral], un contenido complejo ordenado al cese inmediato del comportamiento antisindical, a la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo y a la reparación de las consecuencias derivadas del acto”.

Se plantea asimismo la cuestión del carácter optativo del proceso especial de protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Supremo (Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995) ha entendido que la expresión “podrá” que contiene el art. 53.2 de la Constitución supone que el procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales es, también en el orden social, optativo para el interesado. Se trata, por tanto, de una vía privilegiada, introducida por el ordenamiento jurídico como una ventaja para los interesados, que por tanto pueden renunciar a esta vía privilegiada para acudir al proceso ordinario⁸⁸⁰. La cuestión se explica por la existencia de supuestos fronterizos, en los que no queda claro si el fundamento de la pretensión se

⁸⁷⁹ Cfr. Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 24.

⁸⁸⁰ Cfr. José Luis MONEREO PÉREZ y José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS, “De la tutela de los derechos de libertad sindical. Comentario a los arts. 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral”, *cit.*, pág. 1064 y siguientes.

encuentra en la vulneración de un derecho fundamental o de otro derecho reconocido exclusivamente por la legalidad infraconstitucional⁸⁸¹, o en el que a la pretensión de declaración de la vulneración del derecho fundamental y reparación de sus consecuencias se acumulan otras cuyo fundamento puede entenderse que no se encuentra directamente en tal vulneración. En estos casos, la elección del procedimiento especial podría llevar a una absolución en la instancia por inadecuación del procedimiento elegido, por lo que el demandante puede preferir optar por la vía más segura, que es la de acudir al proceso ordinario, salvo que proceda acudir al proceso especial que corresponda por razón de la materia (por ejemplo, despido).

Sobre estas cuestiones se ha pronunciado la Sentencia Tribunal Constitucional 116/2001, de 21 mayo, que, con citas de sentencias anteriores, declara en sus fj. 4º y 5º:

“El procedimiento especial de tutela de la libertad sindical tiene por expresa disposición legal (art. 176 LPL) un ámbito de cognición limitado. A esta cuestión nos hemos referido expresamente en STC 90/1997, de 6 de mayo (F. 2), afirmando que: «Debe recordarse que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales prevista en los arts. 175 y siguientes LPL – que goza por la naturaleza de su objeto de garantías específicas como la sumariedad y la preferencia en la tramitación (art. 177 LPL)–, limita aquél al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental –la denominada sumariedad cualitativa– (art. 176 LPL); de forma que el pronunciamiento del órgano judicial se ciñe a declarar la existencia o no de la lesión y con ella la nulidad de la conducta que la ocasiona, reponiendo la situación al momento previo a que aquélla se produjese, con inclusión de la indemnización que proceda (art. 180 LPL). Pero ello no significa que las

⁸⁸¹ El Tribunal Supremo recuerda que el proceso especial de protección de los derechos fundamentales excluye un control de estricta legalidad de las actuaciones objeto de la demanda, pero siempre que dicha legalidad no determine, precisamente, la procedencia o no del ejercicio de los derechos fundamentales cuya protección se solicita en la demanda (Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1992, entre otras).

eventuales lesiones de derechos fundamentales deban ser canalizadas exclusivamente a través de esta modalidad procesal. En concreto, el procedimiento ordinario no tiene esa limitación de objeto de conocimiento ni de pronunciamiento judicial, de forma que permite canalizar reclamaciones de otros derechos vinculadas a la lesión de uno fundamental, que posiblemente serían inviables en el limitado cauce de la modalidad anteriormente mencionada. De esta forma, y según el alcance de lo pretendido, el demandante optará por uno u otro procedimiento».

En suma, es el «alcance de lo pretendido» lo que determinará que el procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical (arts. 175 y ss. LPL) sea calificado como adecuado o inadecuado por el órgano judicial competente.”

Ahora bien, ha de recordarse que el art. 177.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, utilizando una terminología de contenido discutible, dispone que "sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 81.1 de esta Ley, el Juez o la Sala⁸⁸² rechazará de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo a las disposiciones de este capítulo, advirtiéndolo al demandante del derecho que le asiste a promover la acción por el cauce procesal correspondiente. No obstante, el Juez o la Sala podrá dar a la demanda la tramitación ordinaria o especial si para una u otra fuese competente y dicha demanda reuniese los requisitos exigidos por la Ley". Son, pues, tres posibilidades las que prevé este precepto: la subsanación de los defectos de la demanda (art. 81.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), el rechazo de plano de la demanda, y la "posibilidad" de dar a la demanda de oficio la tramitación correspondiente. La combinación de estas posibilidades no queda clara en el citado precepto. Para Gonzalo MOLINER TAMBORERO⁸⁸³, el precepto debe interpretarse entendiendo que el Juez o la Sala que recibe una demanda de esta naturaleza lo que ha de decidir es si tiene competencia para conocer de la misma y, después, si el procedimiento

⁸⁸² Conforme a los arts. 7 y 8 de la Ley de Procedimiento Laboral, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerán en única instancia de determinados procesos cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma, o superior a la Comunidad Autónoma, respectivamente, y entre tales procesos están los de tutela de los derechos de libertad sindical.

⁸⁸³ "El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales", *cit.* pág. 204 y siguientes.

elegido por el actor es el adecuado o no; si no es competente porque lo es otro Juez u otra Sala, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal lo decidirá así aplicando lo dispuesto en el art. 5 de la Ley de Procedimiento Laboral para estos casos, y remitiendo a las partes al Juez o Tribunal competente. Si el Juez o la Sala se considera competente, el art. 177.4 habrá que interpretarlo en el sentido más favorable al ejercicio de la acción, que consistirá en advertir a la parte para que subsane el defecto de acumulación bien desistiendo de la acción acumulada, bien modificando su criterio sobre el proceso por él seleccionado, y en el caso de que no opte, acordando seguir el proceso adecuado al objeto de la pretensión, sea el de tutela u otro, por cuanto que la parte es libre para escoger la pretensión que quiere ejercitar, pero cuál sea el procedimiento adecuado a la misma es cuestión de orden público y el juez ha de tramitar la demanda por dicho cauce procesal, si reúne los requisitos precisos para ello.

Lo que es claro es que en el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales no pueden resolverse acciones distintas de la dirigida a reparar la vulneración del derecho fundamental, ni puede accederse a la pretensión que se formula en la demanda en base a fundamentos de legalidad ordinaria desconectados de la vulneración del derecho fundamental invocado⁸⁸⁴. La contrapartida a la preferencia y brevedad de trámites (sumariedad “cuantitativa”) del proceso especial es la limitación de su objeto al examen de si ha existido vulneración de derechos fundamentales y, caso de que así haya sido, acordar lo procedente para el cese de la misma y la reparación de sus resultados.

Sí cabe, y así lo han declarado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en la sentencia parcialmente transcrita), utilizar el procedimiento ordinario (o el especial que proceda por razón de la materia) para ejercitar acumuladas la acción de tutela del derecho fundamental y la acción basada en fundamentos de legalidad ordinaria. En primer lugar, porque la aplicación de los preceptos

⁸⁸⁴ Por ejemplo, la Sentencia de la Sala 4ª, de lo Social, del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991 declaró que el proceso especial de tutela de derechos fundamentales es de cognición limitada y que, en el caso sobre el que versaba el recurso, relativo a la tutela del derecho de libertad sindical, el proceso especial podía servir para enjuiciar si la expulsión de un afiliado a un sindicato había perseguido una finalidad atentatoria a su derecho fundamental, la de privar al recurrente de su actividad sindical, pero que descartada esa posibilidad, el ajuste de la expulsión a la legalidad ordinaria o a los estatutos del sindicato debía examinarse por la vía ordinaria, al ser “legalmente imposible acumular [en el proceso especial] acciones con idéntica petición, pero basadas en fundamentos distintos a la tutela de la citada libertad”.

constitucionales no depende del proceso en que los mismos se invoquen, y la tutela de los derechos fundamentales no queda circunscrita a determinados y excepcionales procesos. En segundo lugar, porque en muchas ocasiones los pedimentos iusfundamentales y los de legalidad ordinaria están ligados de manera que el afectado puede preferir acumular las acciones en un solo proceso, en cuyo caso puede ejercitar la demanda a tramitar por el proceso ordinario (o el especial correspondiente a la materia), y la renuncia a las ventajas de la sumariedad y la preferencia se ve compensada por la resolución conjunta de las acciones íntimamente ligadas entre sí.

7) La legitimación

El Capítulo XI del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral contiene una breve referencia a la legitimación activa para promover el proceso especial de protección de los derechos fundamentales, guarda silencio acerca de la legitimación pasiva y prevé que “el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos”.

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 175.1 de la Ley de Procedimiento Laboral otorga legitimación para reclamar la tutela de su derecho fundamental de libertad sindical a “cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo considere lesionados los derechos de libertad sindical...”. Como resulta de la dicción del precepto, esta previsión está inicialmente pensada para la tutela exclusiva del derecho de libertad sindical de los trabajadores (dimensión individual de aquél) y los sindicatos (dimensión colectiva del mismo). Es significativo que se utilice el término “interés legítimo” y no “interés directo”. El Tribunal Constitucional, desde la STC 60/1982, de 11 de octubre, fñ. 3º, ha declarado que aquella expresión es más amplia que ésta, por lo que la legitimación se otorga a un círculo mayor que si se hubiera utilizado la expresión “legitimación directa”, y está en línea con la utilizada por la Constitución, art. 162.1.b, y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 47.1, para otorgar legitimación en el recurso de amparo constitucional.

De este precepto se desprende que están legitimados para interponer una demanda de tutela de la libertad sindical, en primer lugar, los trabajadores que se consideren limitados en los derechos de asociación o actividad sindical que la Constitución y las leyes les reconocen.

También los sindicatos tienen legitimación para accionar en defensa de los derechos de libertad sindical que la Constitución y las leyes les atribuyen. En este caso, el sindicato debe actuar en nombre e interés propio y defendiendo no un derecho ajeno, el del trabajador agraviado en su libertad sindical, sino un derecho propio. Este sistema de doble legitimación se corresponde con la estructura dual de la libertad sindical⁸⁸⁵.

Asimismo, conforme al art. 175.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando corresponda al trabajador, en tanto que sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, el sindicato al que éste pertenezca, así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, podrán personarse como coadyuvantes (como por otra parte ya preveía, con carácter general, el art. 14 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), si bien éstos no podrán recurrir ni continuar el proceso con independencia de las partes principales, de lo que se desprende que no pueden sustituir en el ejercicio de su acción de tutela al trabajador que ha visto vulnerado su derecho de libertad sindical. Aparte de lo expuesto, también es aplicable en este tipo de procesos la posibilidad de intervención de los sindicatos en virtud de la representación sindical que le atribuye, con carácter general, el art. 20 de la Ley de Procedimiento Laboral, conforme al cual los sindicatos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos que así se lo autoricen, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichos trabajadores los efectos de aquella actuación, acreditando en la demanda la condición de afiliado del trabajador y la existencia de la comunicación al trabajador de su voluntad de iniciar el proceso, presumiéndose concedida la autorización salvo declaración en contrario del trabajador afiliado.

⁸⁸⁵ Cfr. José Luis MONEREO PÉREZ y José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS, “De la tutela de los derechos de libertad sindical. Comentario a los arts. 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral”, *cit.*, pág. 1068.

Además de lo expuesto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1994, 25 de enero de 1999 y 2 de febrero de 2000) admite la legitimación activa del sindicato para el ejercicio de acciones de tutela que aun no correspondiendo a derechos reconocidos al propio sindicato afectan a un colectivo difuso de trabajadores que teniendo un interés tutelable no están legitimados para ejercitar acciones individuales separadas. En estos casos se le considera legitimado porque el art. 7 de la Constitución le encomienda precisamente la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios, y el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de libertad sindical, le atribuye dentro de la acción sindical el planteamiento de conflictos individuales y colectivos⁸⁸⁶. El Tribunal Constitucional, si bien en relación al proceso contencioso administrativo, ha sostenido también este criterio, y así, en la STC 7/2001, de 15 de enero, con referencia a sentencias anteriores, declara:

“... la STC 101/1996, de 13 de mayo, en su F. 2 hace una doble precisión: en primer lugar, un reconocimiento abstracto o general de la legitimación sindical para impugnar ante lo contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores; y, en segundo lugar, establece una exigencia de concreción de dicha capacidad genérica en cada uno de los pleitos que entablen. Respecto de lo primero la argumentación fue, tras transcribir el art. 32 LJCA/1956, que:

«la legitimación del sindicato recurrente es, pues, indiscutible. Como afirmamos en la STC 210/1994, “los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia (por todos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8 o art. 5, parte II, Carta Social Europea), una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, como ya ha sostenido la doctrina de este Tribunal, no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional ‘no es únicamente la de

⁸⁸⁶ Cfr. Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, *cit.* págs. 191 y siguientes.

representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores «ut singulus», sean de necesario ejercicio colectivo’ (STC 70/1982, F. 3), en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento insita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (SSTC 70/1982 cit., 37/1983, 59/1983, 187/1987 o 217/1991, entre otras). Por esta razón, es posible reconocer en principio legitimado al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén juego intereses colectivos de los trabajadores” (F. 3)»”

Por lo expuesto, pueden ser tres las situaciones que se produzcan en relación con la legitimación activa de trabajadores y sindicatos para la defensa del derecho de libertad sindical: 1) Cuando la lesión del derecho fundamental afecta a los derechos individuales de determinado trabajador, la legitimación activa corresponde a dicho trabajador y el sindicato al que pertenezca, o el sindicato que ostente la condición de más representativo, pueden personarse como coadyuvantes. 2) Cuando la lesión del derecho fundamental es exclusivamente colectiva, sin que por sus características afecte a la esfera individual de ningún trabajador en concreto, la legitimación activa corresponde a los sindicatos. 3) Cuando se trate de una “lesión pluriofensiva”, que afecta simultáneamente a intereses individuales y colectivos, la legitimación activa, a título principal y no como mero coadyuvante, corresponde tanto a los trabajadores afectados como a los sindicatos⁸⁸⁷.

Aunque el art. 175.1 de la Ley de Procedimiento Laboral hable solamente de trabajadores y de sindicatos, entiende la doctrina⁸⁸⁸ que hay que entender incluidos entre los

⁸⁸⁷ Cfr. Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 41 y siguientes. Sobre legitimación y plurilesividad de la conducta antisindical, Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA, “Las conductas lesivas de la libertad sindical”, Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1994, pág., 99 y siguientes.

⁸⁸⁸ María Dolores ROMÁN DE LA TORRE, “Proceso de tutela de derechos fundamentales”*cit.*, 505

legitimados activamente para ejercitar la acción de tutela de la libertad sindical a través del procedimiento especial a los órganos o colectivos que sin tener en estricto sentido la calificación de Sindicatos tienen reconocidos derechos sindicales, como ocurre con los Delegados Sindicales o las Secciones Sindicales, que a pesar de ser instancias sindicales, no son propiamente sindicatos (por todas Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1995 y de 16 de noviembre de 1998), en la medida en que presentan un doble aspecto, “como instancias organizativas internas del sindicato y como representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas” (SSTC 61/1989, de 3 de abril, 84/1989, de 10 de mayo, 208/1993, de 28 de junio). También habría de reconocerse tal legitimación activa a las Federaciones y Confederaciones Sindicales

Asimismo, dentro del concepto de trabajadores habrá que comprender tanto a los trabajadores por cuenta ajena en activo como a los trabajadores pasivos (desempleados, inválidos o jubilados), o a los trabajadores por cuenta propia en la medida en que se les reconoce unos derechos sindicales aunque sean limitados (art. 3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical).

Respecto a si las representaciones unitarias de los trabajadores tienen o no reconocida esa legitimación activa, el Tribunal Constitucional ha considerado relevante, a efectos de negarles tal legitimación, la falta de anclaje constitucional de dichas representaciones unitarias como titulares del derecho de libertad sindical (lo que se ha denominado la “tesis orgánica” de la libertad sindical). La STC 118/1983, de 13 de diciembre, ha declarado en su fj. 4º:

“...el artículo 7 de la norma fundamental constitucionaliza al Sindicato, no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la ley y sólo puede encontrar, como dijera la sentencia de este Tribunal número 37/1983, de 11 de mayo («Boletín Oficial del Estado» de 20 de mayo), una indirecta vinculación con el artículo 129.2 de la Constitución.

Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 42, Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, *cit.* pág. 193.

La constitucionalización del Sindicato ofrece, como no podía ser menos, su influencia en el problema aquí debatido, porque, atribuyendo el artículo 7 a tal organización la función de contribuir a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, le atribuye consiguientemente el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que constituyen manifestación ineludible de la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 de la CE en su vertiente colectiva, de forma que el impedimento o la obstaculización a tal ejercicio constituye no sólo vulneración del precepto constitucional que consagra cada concreto derecho, sino también del propio artículo 28.1. De más está señalar que lo mismo no puede ser predicado del Comité de Empresa, que, en la medida en que la ley le atribuya el papel de representante a que se refiere el artículo 37.1 de la CE, podrá ser vulnerado su derecho a la negociación, pero no el de libertad sindical, pues ésta no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité”.

Esta doctrina ha sido mantenida por otras sentencias posteriores, como son las SSTC 98/1985, de 29 de julio, 165/1986, de 18 de diciembre, 134/1994, de 9 mayo y 74/1996, de 30 de abril, entre otras.

En esta línea, el Tribunal Supremo ha negado legitimación a los comités de empresa para accionar en defensa de un derecho fundamental a la libertad sindical del que no son titulares (en esta línea, las Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1996, 16 de marzo de 1998 y 25 de octubre de 1999)⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ En contra, Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 43, y la doctrina ahí citada. Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, *cit.* pág. 194 y siguientes, recuerda que, pese a la doctrina constitucional y jurisprudencial indicada, no se puede olvidar, sin embargo, que, aunque los órganos unitarios no tienen reconocido como tales derechos sindicales, pues no son órganos sindicales, sin embargo, sí que son sindicalistas la mayor parte de sus integrantes, lo que ha hecho posible que el mismo Tribunal Constitucional que les niega genéricamente aquella tutela, sí que la haya reconocido a miembros sindicalistas de Comités de Empresa, cual puede apreciarse en sentencias como la 40/1985, de 13 de marzo, o la 191/1996, de 26 de noviembre (también en las 104/1987, 51/1988, 272/1993 ó 1/1994), en las que reconoció como "sindicales" y dignas de tutela por el procedimiento específico de los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral las horas que tienen reconocidas como miembros

Tampoco tienen legitimación activa para demandar la tutela del derecho de libertad sindical, porque no tienen reconocido tal derecho, los empleadores públicos o privados, así como las Asociaciones Patronales. La STC 52/1992, de 8 de abril, fj. 3º, declara:

“Es preciso insistir en que la libertad sindical es predicable tan sólo de los trabajadores y sus organizaciones, sin que pueda incluirse en la misma el asociacionismo empresarial, dado que es incompatible con la propia naturaleza del derecho de libertad sindical, que es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores”.

En el mismo sentido se pronuncia la STC 75/1992, de 14 de mayo, fj. 5º.

Como se ha indicado anteriormente, el art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral supone la extensión del ámbito del proceso especial de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción social a otros derechos fundamentales distintos de la libertad sindical, “incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso”. La legitimación activa para accionar la defensa de otros derechos fundamentales ante los órganos de la jurisdicción social a través del procedimiento especial del art. 175 y siguientes, o a través de los procesos a los que se remite el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, no queda limitada a los sujetos previstos en el art. 175.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. También en este caso los empleadores, asociaciones y demás personas físicas y jurídicas y entes con capacidad para actuar ante los tribunales tienen legitimación activa para iniciar este proceso, en tanto sean titulares de un derecho fundamental vulnerado en las relaciones laborales, o de un interés legítimo directo relacionado con tal derecho fundamental. En este caso, las representaciones unitarias de los trabajadores sí podrían tener legitimación activa

de los órganos unitarios (STC 40/1988), así como el derecho o prioridad de permanencia de tales trabajadores con los casos de expediente de extinción de condiciones por causas económicas –antiguo art. 59.1 del Estatuto de los Trabajadores–; en todos estos casos los demandantes eran miembros de órganos unitarios y afiliados a un Sindicato, pero el derecho que reivindicaban, reconocido en una ley infraconstitucional, fue calificado como integrante del contenido “adicional” del derecho a la libertad sindical. Por otra parte el Tribunal Constitucional les ha reconocido esa titularidad a trabajadores que pretendían incorporarse como candidatos a un proceso electoral como elegibles para formar parte del Comité de Empresa en lo que algún autor ha denominado “situación de presindicalidad”, precisamente por entender que esa situación de candidato o precandidato constituía una actividad sindical (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 118/1983, de 13 de diciembre y posteriores).

cuando se trate de accionar contra la vulneración de un derecho fundamental del que se considere que sí pueden ser titulares en atención a las facultades que les confiere la legislación laboral⁸⁹⁰. Los sindicatos, por su parte, tienen reconocida por el Tribunal Supremo legitimación activa para demandar tutela antidiscriminatoria en nombre de un colectivo indeterminado de trabajadores y, en general, para accionar directamente cuando se trata de lo que la doctrina y la jurisprudencia laboral ha denominado “lesiones pluriofensivas” de un derecho fundamental; y los comités de empresa, para demandar a la empresa por el trato desigual a algún colectivo de trabajadores (Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2000).

La Ley de Procedimiento Laboral no regula expresamente la legitimación pasiva en este procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. La misma corresponde, evidentemente, a aquél a quien se impute la vulneración del derecho fundamental. El art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al regular el contenido de la sentencia estimatoria, se refiere “la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, Entidad o corporación pública o privada”. La doctrina⁸⁹¹ coincide en el carácter no exhaustivo de esta enumeración, y en la posibilidad de que la vulneración sea imputada a un sindicato, a una o varias secciones sindicales, al comité de empresa, al comité intercentros, al comité de huelga, etc, en cuyo caso los mismos tendrán la legitimación pasiva para intervenir en el proceso como demandados. Cuando la legitimación pasiva corresponde a la Administración, ha de tenerse en cuenta que si la alegada vulneración del derecho fundamental se ha producido por su injerencia ilegítima en las relaciones entre los agentes sociales, dictando preceptos reglamentarios o resoluciones administrativas que vulneren ilegítimamente derechos fundamentales (por ejemplo, el

⁸⁹⁰ María Dolores ROMÁN DE LA TORRE, “Proceso de tutela de derechos fundamentales”*cit.*, y las sentencias de la jurisdicción ordinaria por ella citadas. También José Luis MONEREO PÉREZ y José Antonio FERNÁNDEZ AVILÉS, “De la tutela de los derechos de libertad sindical. Comentario a los arts. 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral”, *cit.*, pág. 1073 y siguientes, mantienen esta postura y critican la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo que niega legitimación al comité intercentros de la empresa para accionar contra una presunta vulneración del derecho de huelga en el caso de una huelga que había sido promovida por tal comité.

⁸⁹¹ Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 50 y siguientes, Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, *cit.* pág. 198.

derecho de huelga al establecer unos servicios mínimos excesivos), el conocimiento de la acción corresponde no a la jurisdicción social sino a la contencioso-administrativa.

8) La intervención del Ministerio Fiscal

En desarrollo de lo previsto en el art. 124 de la Constitución, art. 3.3 de su Estatuto Orgánico, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, y en concordancia con lo previsto en su día en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y actualmente en el art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 117, 119 y 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el art. 175.3 de la Ley de Procedimiento Laboral prevé que “el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos, adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”.

Aunque la doctrina mayoritaria considera que no tiene legitimación para interponer la demanda del proceso de tutela de los derechos fundamentales (el art. 175.1 de la Ley de Procedimiento Laboral no lo cita entre los legitimados activamente para hacerlo⁸⁹²), salvo cuando actúe en defensa de menores (art. 4.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor) y personas incapaces o desvalidas, en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación (art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), al establecer la ley que intervendrá como parte en el proceso se ha querido significar que no es un mero coadyuvante, un tercero interviniente, ni un mero informante. Podrá hacer alegaciones, proponer pruebas, realizar impugnaciones, formular recursos, etc, en igualdad de posición a las demás partes.

Deberá actuar “en defensa de la legalidad y del interés público o social” y “velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa” (apartados 6 y 3 del art. 3 del Estatuto

⁸⁹² Aunque, al menos en teoría, podría objetarse esta opinión en base a que el art. 124 de la Constitución habla de actuación “de oficio” en defensa de los derechos de los ciudadanos y que el art. 3.3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le atribuye la función de velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas “con cuantas actuaciones exija su defensa”. Ver *supra* epígrafe IX-B-d-3 lo expuesto al respecto en relación a la protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción civil a través de los procesos especiales.

Orgánico del Ministerio Fiscal en relación al art. 124 de la Constitución). La previsión de que en estos procesos actuará “adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas”, aunque innecesaria⁸⁹³ a la vista de la previsión contenida en el art. 3.4 del Estatuto Orgánico (que le atribuye la función de “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos”), sirve de recordatorio a que en esta materia la vulneración de los derechos fundamentales, generalmente los de los trabajadores, puede llegar a constituir delito, y que el hecho de que se haya promovido una demanda de tutela de los derechos fundamentales no es óbice para que el Ministerio Fiscal investigue y, en su caso, ejercite acciones penales si estima que se ha cometido un delito.

La citación al juicio del Ministerio Fiscal, una vez interpuesta la demanda del procedimiento de protección de los derechos fundamentales del art. 175 y siguientes, sea para la tutela del derecho de libertad sindical, sea para la tutela antidiscriminatoria o de cualquier otro derecho fundamental (art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral), es requisito cuyo incumplimiento es causa de nulidad, y que ha de acordarse de oficio por el Juez de lo Social, aunque en la demanda no se mencione expresamente al Ministerio Fiscal como parte que debe ser citada. Las dudas existentes inicialmente sobre si la intervención del Ministerio Fiscal era necesaria en aquellos procesos que sobre tutela de derechos fundamentales se tramitaran no por el procedimiento especial de tutela del art. 175 y siguientes sino por las modalidades procesales enunciadas en el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral se han disipado una vez que tanto el Tribunal Constitucional como con más claridad aún el Tribunal Supremo se han inclinado por la “tesis integrativa” y han entendido que la tutela de los derechos fundamentales a través de estas modalidades procesales ha de ser integrada con la observancia de los principios de sumariedad y preferencia y con las demás garantías (entre otras la intervención del Ministerio Fiscal) del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales. Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de 29 junio 2001, dictada en un recurso de casación para la unificación de doctrina, que contiene una extensa argumentación en acogimiento de

⁸⁹³ Cfr. Juan MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, “El Ministerio Fiscal y el proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 469, 18 de enero de 2001, pág. 3.

la tesis integrativa respecto de art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, declara sobre este particular:

“Y es evidente que se ha producido el quebrantamiento denunciado, al no haber sido citado al juicio como parte el Ministerio Fiscal. Esta la impone, de modo expreso, el art. 175.3 de la Ley de Procedimiento Laboral para la específica modalidad procesal de tutela; y su citación con tal carácter debe entenderse igualmente obligada en las modalidades enumeradas en el art. 182 de la propia Ley. Así lo ha considerado también, y de modo prácticamente unánime, la doctrina científica cuyos argumentos comparte esta Sala plenamente⁸⁹⁴”.

9) El incidente de suspensión del art. 178 de la Ley de Procedimiento Laboral

Uno de los medios que coadyuvan a obtener una tutela efectiva frente a la vulneración de cualquier derecho, y desde luego de un derecho fundamental, es el de las medidas cautelares, cuya finalidad es evitar que la dilación propia de todo proceso judicial haga irreparable la vulneración frente a la que se solicita tutela. Las normas dedicadas al proceso especial de tutela de los derechos fundamentales en la Ley de Procedimiento Laboral regulan en el art. 178 un incidente que puede calificarse como de medidas cautelares, pero que presenta unas peculiaridades muy especiales.

Al prever el art. 181 que las demandas de tutela del resto de los derechos fundamentales cuya competencia esté atribuida al conocimiento del orden jurisdiccional social "se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este capítulo", y entre estas disposiciones se halla el art. 178 regulador del incidente, el mismo podrá solicitarse cuando a través del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales se solicite la tutela de un derecho fundamental distinto del de libertad sindical al que se refiere el art. 175 de la Ley de Procedimiento Laboral. Distinto es que la limitación de los supuestos en que la suspensión o “las medidas oportunas para reparar la situación” proceden, según el

⁸⁹⁴ No obstante, el Tribunal Supremo no declaró en este caso la nulidad de lo actuado porque no se había hecho la oportuna protesta ni se había alegado y acreditado indefensión.

art. 178.1, reduzca el abanico de derechos fundamentales respecto de cuya vulneración pueda realizarse esta solicitud cautelar⁸⁹⁵.

La cuestión de si el incidente cautelar del art. 178 de la Ley de Procedimiento Laboral procede únicamente en el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales del art. 175 o siguientes o también en las modalidades procesales especiales a que se remite el art. 182 cuando tienen por objeto la tutela frente a una vulneración de un derecho fundamental queda resuelta, en mi opinión, por la tesis integrativa adoptada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo. Cuando la demanda de tutela del derecho fundamental ha de tramitarse, por la materia en la que se produce la vulneración, por alguna de las modalidades procesales a las que remite el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, también es posible promover el incidente cautelar del art. 178 de la Ley de Procedimiento Laboral. Esto es importante pues en alguna de las materias que el art. 182 excluye del proceso especial de protección de derechos fundamentales, como por ejemplo el despido, se produce de modo típico la infracción del derecho fundamental (por ejemplo, el despido del candidato en el proceso electoral o de quien desempeña una función representativa o sindical en un proceso de negociación colectiva). Una interpretación reduccionista del art. 178 de la Ley de Procedimiento Laboral, que excluyera el incidente cautelar en las modalidades procesales a que se remite el art. 182, dejaría fuera de la tutela cautelar la práctica totalidad de las conductas lesivas de derechos fundamentales⁸⁹⁶.

Como se ha apuntado anteriormente, el art. 178.1 de la Ley de Procedimiento Laboral contiene una regulación estricta de los supuestos en los que procede la adopción de la suspensión o la medida cautelar que proceda. No ocurre como en el proceso civil (art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o en el contencioso-administrativo (art. 130 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), en que se exige la concurrencia de un

⁸⁹⁵ Según Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, *cit.* pág. 225, sólo procede cuando se pretenda la tutela de la libertad sindical o del derecho de huelga, pues son los únicos procesos en que las funciones representativas en las que el legislador basó la posibilidad de suspensión pueden verse alteradas. Pero, como se verá, también procede adoptar la medida cautelar cuando la presunta vulneración impida la participación de candidatos en el proceso electoral, por lo que quizás puedan ampliarse los derechos fundamentales respecto de cuya vulneración puede solicitarse protección cautelar.

⁸⁹⁶ En este sentido, Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 75.

periculum in mora genérico, que puede estar referido a cualquier situación, sin que en el procedimiento especial (o con especialidades procesales) de tutela de derechos fundamentales exista al respecto especialidad alguna o restricción de los supuestos en los que procede la tutela cautelar. En el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales “sólo se podrá deducir esta petición [la cautelar de suspensión de los efectos del acto impugnado o adopción de las medidas oportunas para reparar la situación] cuando se trate de presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación” (art. 178.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). La redacción del precepto, aunque no ha sido objeto de una interpretación uniforme, parece establecer dos supuestos en los que procede adoptar la medida cautelar frente a las presuntas lesiones del derecho fundamental: 1) cuando impidan la participación de candidatos en el proceso electoral; 2) cuando impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

Aunque el art. 178.1 de la Ley de Procedimiento Laboral habla de la suspensión de los efectos del acto impugnado como único objeto posible del incidente cautelar (que de hecho es conocido normalmente como incidente de suspensión), sin embargo el art. 178.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, al regular el auto por el que se resuelve el incidente, prevé que en el mismo se adopten, en su caso, “las medidas oportunas para reparar la situación”. Y el art. 180.2, cuando regula el contenido de la sentencia desestimatoria, prevé que se acuerde en ella “el levantamiento de la suspensión de la decisión o acto impugnado o de la medida cautelar que, en su momento, pudiera haber acordado”, con lo que parece indicarse que pueden adoptarse medidas cautelares que no consistan, o que no consistan solamente, en la suspensión de los efectos del acto impugnado. Cuando la suspensión de los efectos del acto impugnado sea insuficiente para impedir que la vulneración del derecho fundamental se consume o sea irreparable, podrán acordarse otras medidas cautelares, como pueden ser

medidas anticipatorias que impliquen la reposición de la situación fáctica al estado existente antes de la vulneración del derecho fundamental.

En cuanto a los concretos trámites del incidente, la previsión del primer inciso del art. 178.1 de la Ley de Procedimiento Laboral de que la solicitud de medida cautelar se haga por el actor “en el mismo escrito de interposición de la demanda” tiene una trascendencia doble. Por un lado, la medida cautelar no puede solicitarse antes de la interposición de la demanda (como por el contrario sí es posible, por razones de urgencia o necesidad, en el proceso civil, arts. 725 y 730.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) ni con posterioridad a su interposición, lo que por otra parte sería dudosamente operativo dada la celeridad prevista para el procedimiento principal. Por otro, no puede adoptarse de oficio, y sólo el actor puede solicitarla, no el Ministerio Fiscal ni el sindicato coadyuvante.

La tramitación prevista en la Ley de Procedimiento Laboral es brevísima (“dentro del día siguiente a la admisión de la demanda, el Juzgado o Tribunal citará a las partes y al Ministerio Fiscal para que, en el día y hora que se señale dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, comparezcan a una audiencia preliminar, en la que sólo se admitirán alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada”, art. 178.2 de la Ley de Procedimiento Laboral). Respecto de las alegaciones y prueba, deberán referirse a la medida cautelar solicitada, es decir, no es precisa una alegación extensa y profunda sobre el fondo de la cuestión objeto de la demanda, sino más bien sobre el *fumus boni iuris*, y sin embargo sí es precisa alegación y, en su caso, prueba sobre los requisitos exigidos en la regulación del incidente cautelar (versar sobre los únicos supuestos en los que el art. 178.1 de la Ley de Procedimiento Laboral permite la adopción de la medida y, de ser el segundo de tales supuestos, que las presuntas lesiones “puedan causar daños de imposible reparación”, es decir, el *periculum in mora*). En cuanto a la prueba, solamente es exigible una prueba indiciaria, pues lo que hay que probar no es el derecho sino la apariencia de buen derecho suficiente para fundar “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión” (art. 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Procedimiento Laboral). Asimismo será de aplicación en este incidente la regla de inversión o modulación probatoria de los arts. 179.2 y 96 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El auto que resuelve el incidente ha de ser dictado a la finalización de la vista, de viva voz (art. 178.3 de la Ley de Procedimiento Laboral), lo que no quita que cuando se trate de un órgano colegiado sea precisa la previa deliberación, ni que la resolución haya de ser motivada, siquiera brevemente. La documentación se hará, pues, en el acta de la vista, lo que exige un especial cuidado para evitar problemas en la ejecución de la resolución por defectos en tal documentación. Sólo cabe el recurso de reposición, si se dicta por el Juez de lo Social, o de súplica, si se dicta por una Sala de lo Social, “sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada” (arts. 184 y 185 de la Ley de Procedimiento Laboral), por lo que el auto es inmediatamente ejecutivo. Como se ha dicho, en el Auto que estime la petición incidental se acordará la suspensión de los efectos del acto impugnado o “las medidas oportunas para reparar la situación”.

10) Especialidades en materia de prueba

En la regulación que la Ley de Procedimiento Laboral realiza del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales, y, en general, de la tutela antidiscriminatoria, sea cual sea el cauce procesal por el que se realice, tienen especial importancia las reglas que en materia probatoria establecen los arts. 179.2 y 96⁸⁹⁷.

El primero de ellos establece que “en el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. El segundo

⁸⁹⁷ Hasta el punto de que Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, *cit.* pág. 227, afirma que se trata de la “auténtica especialidad” del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales. Como se verá, la afirmación es matizable, tanto porque los principios establecidos en estos procesos han de aplicarse también a la tutela de los derechos fundamentales a través de las modalidades procesales a que se remite el art. 182, como, en general, en todo proceso en que se suscite una cuestión antidiscriminatoria o de violación de un derecho fundamental. De hecho, el art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral se encuentra ubicado en la regulación de la prueba en el proceso ordinario. Además, las reglas sobre la disponibilidad y la facilidad probatoria como criterios a tener en cuenta al decidir sobre la carga de la prueba han sido establecidas con carácter general para todo el proceso civil (y también para el laboral por la regla de supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del proceso laboral contenido en la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Procedimiento Laboral) en el art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y los arts. 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en desarrollo de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, han extendido las reglas contenidas en los arts. 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral a la tutela antidiscriminatoria en cualquier proceso civil y contencioso-administrativo.

dispone que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

En primer lugar, ha de precisarse qué significado tiene con carácter general la institución de la carga de la prueba. Se incurre a veces en el error de entender que se trata de un conjunto de reglas que establecen quién tiene el deber de probar determinado hecho relevante en el proceso, de modo que si la parte a quien corresponde ese deber no lo hace, se verá perjudicada. La significación de la institución es otra. Como ha declarado reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el alcance de los principios rectores de la carga de la prueba “...no es otro, según reiterada doctrina de esta Sala, que el de determinar cuál de las partes ha de sufrir las consecuencias de la falta de prueba, en el caso de que ésta, siendo necesaria, no se haya producido”. Quiere ello decir que si un hecho resulta acreditado en virtud de la prueba practicada en un proceso, es irrelevante quien haya propuesto y puesto los medios necesarios para que tal prueba se practique. En virtud del principio de “adquisición procesal”, la prueba queda incorporada al proceso y surte plenos efectos, sea quien sea la parte que la haya aportado al proceso. El nuevo art. 217.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil parte de esta concepción al establecer que “cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”.

Se trata de una institución que responde al principio del *non liquet* que rige en la actividad judicial. Como no puede dejarse de resolver un litigio so pretexto de falta de prueba, hay que articular reglas sobre cómo se debe decidir cuando falta prueba suficiente de los hechos relevantes del proceso. Asimismo, de modo indirecto, tales reglas “advierten” a las partes sobre las consecuencias de la falta de prueba sobre los hechos relevantes del proceso, a cuál de ellas perjudicará según se trate de hechos que funden la demanda o la

contestación, o según la mayor facilidad o disponibilidad de la prueba la tenga una u otra parte, etc.

En segundo lugar, la afirmación que se hace en ocasiones en el sentido de que los citados preceptos de la Ley de Procedimiento Laboral suponen una excepción a la regla general de la carga de la prueba según la cual incumbe al actor probar los hechos en que basa su demanda, y al demandado, los hechos en que basa su oposición a la demanda, se basa en una visión esquemática de los principios generales reguladores de la carga de la prueba y necesita ser matizada. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (de la Sala 1ª pueden ser citadas, entre otras muchas, las Sentencias de 23 de abril de 1.986, 24 de abril de 1.987, 15 de junio de 1.988, 23 de septiembre de 1.989, 19 de noviembre de 1.990, 20 de noviembre de 1991, etc, correspondientes al periodo en que estaba en vigor el esquemático art. 1214 del Código Civil) había ya declarado que "...no se trata de la aplicación de unos principios inflexibles, sino que dependen de la naturaleza del debate, la disponibilidad y la realidad de la prueba...". Esta doctrina jurisprudencial se ha visto en cierto modo recogida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 217, junto con la regla "clásica" de que incumbe al actor la prueba de los hechos de su demanda y al demandado, la de los hechos de su contestación, introduce otras reglas más abiertas y matizadas, como son las de "tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio" (apartado 6).

En todo caso, es evidente la importancia de las reglas contenidas en los citados arts. 179.2 y 96 de la Ley de Procedimiento Laboral. En ellos el legislador ha recogido una línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional iniciada en la STC 26/1981, de 17 de julio, fj. 16º, confirmada con toda claridad en la STC 38/1981, de 23 noviembre, fj. 3º, relativa a un despido antisindical⁸⁹⁸, y continuada en numerosas sentencias, que llevó al legislador de la

⁸⁹⁸ Además de la doctrina en materia probatoria, esta sentencia es especialmente importante por dos cuestiones más. En primer lugar, se considera cubierta por el derecho fundamental a la libertad sindical la actividad de presentación de candidatos en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal, tanto en su vertiente colectiva como en su vertiente individual, calificando como antisindical la acción de despido motivado por la afiliación sindical y la participación electoral en el seno de la empresa. En segundo lugar, introduce la construcción del despido radicalmente nulo, que comporta necesariamente la readmisión, cuando se ha realizado con infracción de los derechos fundamentales, específicamente laborales, como es el caso de esta sentencia, o inespecíficos, como es el caso de sentencias posteriores (la libertad ideológica del trabajador, STC 47/1985, de 27 de marzo, la libertad de expresión, STC 88/1985, de 19 de julio, etc), construcción ésta que sería también incorporada a la legislación positiva (arts. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores y 108.2 y

Ley 7/1989, de 12 abril, de Bases del Procedimiento laboral, a prever en la base 19.4 que “en aquellos procesos en los que el demandante alegue discriminación por razón de sexo, corresponderá siempre al demandando la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, a través de los medios de prueba que considere convenientes”, si bien el legislador de los textos refundidos de 1990 y 1995 lo llevó más allá y lo extendió no sólo a la tutela antidiscriminatoria (a lo que corresponde el actual art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral) sino también a la tutela frente a la vulneración de la libertad sindical (art. 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral) y, por el juego del art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, de cualquier derecho fundamental.

Entiendo que con estas normas el legislador ha optado por realizar él mismo, y no dejar al arbitrio judicial, la valoración de quién tiene una mayor facilidad y disponibilidad de la prueba. Mientras que en el inciso final del art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se introducen dichos criterios de un modo genérico, siendo el juez quien debe decidir en cada caso cómo aplicarlos y, en consecuencia, qué parte del litigio tiene, en cada tipo de relación jurídica y en cada caso concreto, la mayor facilidad y disponibilidad de la prueba, en el caso de las relaciones laborales en las que está en juego la vulneración de derechos fundamentales, el legislador, siguiendo las pautas marcadas por Decisiones del Comité de Libertad Sindical y Recomendaciones de la OIT, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se había hecho eco de las mismas, realiza una ponderación, al menos en un primer nivel, que por tanto hurta al juez del caso concreto. Sobre la base de la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas, por la función que desempeñan en nuestro ordenamiento jurídico y su situación en el vértice de éste, y de la constatación de un "mayor poder" del empresario sobre la prueba, derivado de su "acusada proximidad" y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y de otra parte respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, el legislador establece las reglas sobre la carga de la prueba en los supuestos de discriminación y de vulneración de derechos fundamentales, realizando un reequilibrio de las posiciones de las partes frente al "dominio de la prueba" y las dificultades o facilidades probatorias de que éstas disponen. Tanto en los supuestos en los que el empresario debe exteriorizar la concurrencia de una causa como condición de ejercicio de sus poderes, lo que es típico de

los casos de despido, como en aquellos otros en los que el poder empresarial no es causal, tal como sucede con la resolución del contrato durante el período de prueba⁸⁹⁹, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional invierte las presunciones típicas y alivia la carga probatoria del trabajador. Y lo hace también para no permitir la indefensión del trabajador ante el hecho de que los medios de prueba estén en poder del empresario y ante la dificultad de disponer de otros medios para probar los hechos de los que dependa el éxito de la pretensión planteada⁹⁰⁰.

No se trata propiamente un mecanismo de inversión de la carga de la prueba, aunque el Tribunal Constitucional así lo haya denominado en algunas resoluciones⁹⁰¹. El trabajador no queda liberado de realizar toda actividad probatoria. Por el contrario, ha de probar (o alegar y que sean admitidos por la parte demandada) lo que José Luis MONEREO PÉREZ⁹⁰² llama “indicios racionales”, “principio de prueba”⁹⁰³, “prueba semiplena”, Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN “base de prueba”, Vicente GIMENO SENDRA “indicios fundados”, que permitan establecer una presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión del derecho fundamental. Una vez que el demandante ha realizado esa actividad, el demandado (empresario, Administración, sindicato, etc) deberá

⁸⁹⁹ STC 94/1984, de 16 de octubre y, sobre todo, STC 166/1988, de 26 de septiembre, sobre despido de trabajadora embarazada durante el período de prueba. También STC 90/1997, de 6 de mayo, sobre no transformación de un contrato a tiempo parcial en otro a jornada completa.

⁹⁰⁰ Antonio BAYLOS GRAU, “Medios de prueba y derechos fundamentales...”, *cit.*. En similar sentido, José Luis MONEREO PÉREZ (“La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 61) afirma que “cuando el ordenamiento jurídico ha previsto ese mecanismo es porque ha realizado una previa valoración de los distintos intereses en juego y ha otorgado una posición de primacía a la tutela de los derechos fundamentales del trabajador y asimismo ha tomado en consideración las dificultades para que el actor pueda acreditar el hecho lesivo a probar”.

⁹⁰¹ SSTC 266/1993, de 20 de septiembre, fj. 2º y 3, 180/1994, de 20 de junio, fj. 4º, entre otras.

⁹⁰² “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 11 y 21.

⁹⁰³ Entendido, según Jaime GUASP DELGADO (“Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Aguilar, Madrid, 1948, pág. 344) como “todo aquel elemento que, sin servir de una manera plena para formar la convicción del Juez sobre la existencia de determinados acaecimientos jurídicos alegados como fundamento de una pretensión, induce a una creencia racional de su certeza”. La Sala 1ª del Tribunal Supremo, en relación a preceptos que exigen un principio de prueba para la admisión a trámite de la demanda (como era el antiguo art. 127 del Código Civil y el actual art. 767.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, referido a las demandas de determinación o impugnación de la filiación), ha entendido cumplida la exigencia de aportación de un principio de prueba con el ofrecimiento en la demanda de las pruebas y demostración de hechos para el momento procesal oportuno (entre otras, Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991, 8 de octubre de 1993 y 21 de diciembre de 1994), o que “basta para que el Juez admita a trámite la demanda que del propio contexto o contenido de ella se aprecie una mínima línea de razonabilidad o verosimilitud de la que derivar la atribución de la paternidad” (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 3 de septiembre de 1996 y 18 de mayo de 2000).

destruir la presunción, bien realizando “contraprueba” que destruya la base fáctica de la demanda (por ejemplo, si se alega una actuación discriminatoria debida a que el demandante es el único trabajador de raza gitana de la empresa, probando que la totalidad o la mayoría de los trabajadores de esa empresa son de raza gitana) o probando que existe una causa justificadora de su actuación (por ejemplo, acreditando los hechos en que consiste la infracción contractual grave que justifica la procedencia del despido disciplinario).

Así pues, no se releva al demandante de cualquier prueba de los hechos en que basa su alegación de vulneración del derecho fundamental, y en este sentido la STC 38/1986, de 21 de marzo, f.j. 2º.b, declara:

“...es el demandante el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia de una discriminación. Esa actividad probatoria ha de recaer sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación (STC 34/1984, de 9 de marzo FJ 3). Ello es así porque la mera alegación de una diferencia de trato «que no se vincula por el actor a ninguna de las causas previstas en la Constitución y la ley no puede servir (...) como presunta prueba de la discriminación»”.

En similar sentido, la STC 21/1992, de 14 de febrero, f.j. 3º, declara:

“...para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión...”

Lo que prevén estos preceptos es una modulación de las reglas probatorias, aligerando la posición del actor y haciendo más gravosa la del demandado, de tal forma que si el demandante aporta indicios de la vulneración del derecho fundamental, al demandado corresponde probar cumplidamente la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Como dice Vicente GIMENO SENDRA⁹⁰⁴ en relación al despido discriminatorio, "en realidad no hay una inversión de la carga de la prueba, de manera que le pudiera corresponder al empresario una prueba «diabólica» de los hechos negativos, esto es que haya de acreditar la inexistencia de motivos discriminatorios (lo que es imposible), sino tan solo una llamada al juzgador para que extreme su apreciación sobre la ejecución de la prueba destinada a acreditar la realidad de la causa de despido", es decir, el carácter objetivo y razonable de la medida adoptada y la proporcionalidad de ésta con los hechos imputados al trabajador despedido. Porque corresponde en estos casos al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, de modo que, como afirma, entre otras, las SSTC 104/1987, de 22 de junio, fj. 2º y 114/1989, de 22 de junio, fj. 4º:

“...el Tribunal de orden social ha de llegar a la convicción, no de que un despido razonablemente tachado de discriminatorio no fue «absolutamente extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino (a la convicción) de que el despido es absolutamente extraño a un conducta de carácter antisindical, de modo que pueda estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímelmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable desde la mera perspectiva disciplinaria, la decisión empresarial»”.

Como recuerdan José Luis MONEREO PÉREZ⁹⁰⁵ y Antonio BAYLOS GRAU⁹⁰⁶, el término “indicios” empleado en estos preceptos legales no debe entenderse en una acepción restrictiva y en el sentido más técnico de la palabra, sino que puede consistir en la

⁹⁰⁴ "El derecho a un proceso laboral con todas las garantías", en *El proceso laboral en la Jurisprudencia Constitucional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 344.

⁹⁰⁵ “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 27.

⁹⁰⁶ “Medios de prueba y derechos fundamentales...”, *cit.*

presentación de hechos que sugieran la existencia de una atmósfera hostil al ejercicio de los derechos fundamentales, de un "clima discriminatorio", de modo que baste con que pueda formarse la convicción judicial sobre la mera probabilidad de que existe un clima o panorama discriminatorio o vulnerador de los derechos fundamentales.

Aportados por el trabajador los indicios de existencia de discriminación o cualquier otra vulneración de sus derechos fundamentales, no basta, pues, que el empresario pruebe que existe alguna irregularidad o infracción de sus deberes contractuales por el trabajador despedido. Es preciso probar que la entidad de tal infracción es tal que justifica el despido o la actuación sancionadora o perjudicial para el trabajador, alejando cualquier sospecha de vulneración de los derechos fundamentales en el despido. Declara a este efecto el Tribunal Constitucional en la STC 136/1996, de 23 de julio, fj. 6º:

“Al efecto lo relevante no es sólo la realidad o no de la causa disciplinaria alegada, sino también si su entidad permite deducir que la conducta del trabajador hubiera verosímelmente dado lugar en todo caso al despido, al margen y prescindiendo por completo de su actividad relacionada con el ejercicio de derechos fundamentales; es decir, debe tratarse de una conducta que razonablemente explique por sí misma el despido y permita eliminar cualquier sospecha o presunción de lesión a derechos fundamentales. No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales”.

La exigencia probatoria tiene un alcance muy distinto según se trate del demandante o del demandado. Al empresario, o a quien ocupe en su caso la posición de demandado, se le exige una especial diligencia en la actividad probatoria. El tribunal ha de llegar a la convicción de que la actuación de éste es absolutamente extraña a cualquier vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. El empresario ha de alcanzar el resultado probatorio exigido, sin que le baste intentarlo (STC 21/1992, de 14 de febrero, fj. 3º). Esta actividad probatoria puede consistir en una “contraprueba” de los hechos alegados por el

trabajador demandante, de manera que queden desvirtuados los hechos en que éste apoyaba su relato fáctico (por ejemplo, la prueba que destruya la alegación de diferenciación de trato sobre la que se basa la alegación de discriminación), o puede consistir en la prueba de un motivo razonable, serio y acorde con las exigencias de la regulación constitucional de los derechos fundamentales que justifique la actuación del empresario (por ejemplo, la prueba de la existencia de una causa seria y razonable que justifique el despido disciplinario).

No es por tanto simétrica la posición de ambas partes respecto de la prueba en relación con la vulneración de derechos fundamentales, debido a la diferente facilidad y disponibilidad probatoria que una y otra tienen. Declara al efecto la STC 90/1997, de 6 de mayo, fj. 5º:

“La necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales para organizar las prestaciones de trabajo, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial. Una necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan en el contrato de trabajo las facultades organizativas y disciplinarias del empleador...()

La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante despliegan toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental del trabajador (SSTC 197/1990, fundamento jurídico primero; 136/1996, fundamento jurídico cuarto, así como SSTC 38/1981, 104/1987, 166/1988, 114/1989, 147/1995 o 17/1996).”

No obstante, creo que es preciso hacer algunas puntualizaciones por cuanto que la regla indicada no necesariamente tiene trascendencia “probatoria”, sobre todo cuando estamos en el campo de la tutela antidiscriminatoria. Como recuerdan Miguel

RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ⁹⁰⁷, aunque el Tribunal Constitucional haya declarado en ocasiones que la carga de la prueba “se torna *aún más rigurosa*” en aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 (STC 81/1982, de 21 de diciembre, f.j. 2º), en realidad no se trataría tanto de la “carga de la prueba”, que corresponde a una u otra parte pero no es ni más ni menos rigurosa, sino que lo que es más riguroso será la justificación de esa diferenciación, dada la no razonabilidad, que está constitucionalmente negada. Las razones alegadas habrían de tener así la fuerza suficiente para neutralizar el tajante dictado constitucional del art. 14 respecto de los factores de discriminación allí enunciados (“no prevalecerán”). Se trataría, pues, no solamente de carga de la prueba sino también muchas veces de carga de la argumentación. Dado que normalmente la diferencia de trato es discriminatoria y, por tanto, inconstitucional, cuando carece de una justificación razonable, constatada la presencia de alguno de los factores que el art. 14 de la Constitución reputa como inconstitucionales (nacimiento, raza, sexo, religión, opinión), será la parte demandada la que ha de argumentar sobre la razonabilidad, utilizando parámetros constitucionales, de su actuación y, en su caso, acreditar los hechos que sirven de base a tal argumentación, cuando los mismos no consten ya en autos.

La trascendencia de estas reglas probatorias (aunque también puede considerarse que afectan a la “carga de la argumentación”, del modo que se acaba de exponer) ha traspasado el ámbito del proceso laboral de tutela de los derechos fundamentales. Como se ha visto anteriormente⁹⁰⁸, el desarrollo que la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha realizado de las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha extendido estas reglas probatorias a los procesos civiles y contencioso-administrativos en los que se pida la tutela frente a actuaciones discriminatorias por razón del origen racial o étnico, o bien por razón de la religión o

⁹⁰⁷ “Igualdad y discriminación”, *cit.*, págs. 71-72.

⁹⁰⁸ *Supra* epígrafe IX-C-b, “La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos ordinarios ante la jurisdicción civil”.

convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas en materias relativas al acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.

11) El contenido de la sentencia

En el breve plazo de tres días que el art. 179.3 de la Ley de Procedimiento Laboral prevé se deberá dictar sentencia, que, conforme al art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, “declarará la existencia o no de la vulneración denunciada”. Esta sentencia no puede ser dictada de viva voz (art. 50.2 de la Ley de Procedimiento Laboral). Será ejecutiva desde que se dicte, no obstante el recurso que contra ella pudiera interponerse (art. 301 de la Ley de Procedimiento Laboral).

En un litigio de esta naturaleza, el órgano judicial no puede eludir el pronunciamiento sobre si hubo o no vulneración del derecho fundamental. Enlazando con lo antes expuesto respecto de las reglas probatorias, la falta de prueba no puede llevarle a otro pronunciamiento (por ejemplo, si se trata de un despido, a la declaración de improcedencia del despido, en aplicación del art. 108.1.II de la Ley de Procedimiento Laboral, por falta de prueba de la causa aducida por el empresario en la carta de despido, o por incumplimiento de los requisitos formales del art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores). Si se han aportado los indicios de la existencia de la vulneración del derecho fundamental, el demandado ha de realizar prueba suficiente de la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, como se ha dicho al comentar los arts. 96 y 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, y si tal prueba no se realiza, el órgano judicial ha de declarar la existencia de la vulneración denunciada.

Así, la STC 47/1985, de 27 de marzo, fj. 5º, declara:

“Así las cosas, la Sentencia de la Magistratura no amparó a la demandante en su libertad ideológica. En efecto, el Magistrado, que apreció, como vimos que él mismo dijo, la falta de prueba de los hechos justificativos de un despido causalmente ideológico, no debió limitarse a declarar que el despido era simplemente nulo⁹⁰⁹ por no tener probada la causa expuesta en la carta, sino que, a falta de aquellos hechos probados, debió calificar como discriminatorio con arreglo al artículo 17.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores dicho despido, y, dada la íntima vinculación del 17.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores con el artículo 16 de la Constitución, por lo que hace al caso presente, debió amparar a la demandante en su libertad ideológica y declarar el despido nulo con nulidad radical por lesión de un derecho fundamental. La simple declaración de nulidad no basta, por varias razones: primera, porque con ella el órgano judicial se queda en el plano de la legalidad sin adentrarse por el de la constitucionalidad al que aquélla (el art. 17.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) le conduce; segunda, porque al pararse ahí incumple con el deber de tutela que la Constitución le impone, ex artículo 53.2; tercera, porque si tal actuación judicial bastara, sería facilísimo para cualquier empresario encubrir un despido en verdad discriminatorio (art. 17.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y contrario a algún derecho fundamental bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido nulo; cuarta, porque la declaración de despido nulo con nulidad radical, que es la que desde su demanda hasta el trámite de ejecución de sentencia ha pedido la demandante, implica la necesaria readmisión y no permite la indemnización sustitutoria que es posible en casos de despidos simplemente nulos”.

En similar sentido, respecto del derecho reconocido en el art. 14 de la Constitución, la STC 38/1986, de 21 de marzo, f.j. 4º, declara:

⁹⁰⁹ La normativa vigente en aquel momento calificaba al despido en el que no se probaba la causa como despido nulo, no improcedente, como ocurre ahora, pero se trataba de una nulidad no radical que permitía al empresario evitar la readmisión del trabajador despedido mediante la indemnización sustitutoria.

“Ahora bien, el art. 14 de la Constitución, al prohibir toda discriminación por razón de sexo, obliga a que el Juzgador, ante una situación como la presente que pueda suponer razonablemente una discriminación de ese tipo, no se limite a afirmar que no son suficientes las pruebas aportadas por el actor sino que ha de expresar los motivos por los cuales entiende que no existe la aparente discriminación”.

Es más, el Tribunal Constitucional ha llegado a declarar que los actos de disposición de la pretensión tales como la renuncia, el allanamiento, el desistimiento o la transacción, no son suficientes, por sí solos, para finalizar el proceso, y que debe el Ministerio Fiscal y, en última instancia, el órgano judicial, comprobar si existen sospechas de violación de alguna norma tuteladora de los derechos fundamentales, en cuyo caso puede oponerse a tales actos de disposición y ordenar la reanudación del curso del proceso. Si dicta una resolución de finalización anormal del proceso, debe dar una respuesta, por mínima que sea, a la inexistencia de vulneración de derecho fundamental (ATC 408/1986, de 7 de mayo)

Si la sentencia fuera desestimatoria, no presenta especialidades reseñables. El art. 180.2 recuerda tan sólo que, en el caso de que haya existido el incidente cautelar del art. 178 de la Ley de Procedimiento Laboral, “el Juez o la Sala resolverá en la propia sentencia el levantamiento de la suspensión de la decisión o acto impugnado o de la medida cautelar que, en su momento, pudiera haber acordado”.

Si la sentencia fuera estimatoria de la demanda, el art. 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral establece unas precisiones sobre cuál debe ser el contenido del fallo:

1.- La sentencia contendrá en primer lugar la declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, Entidad o corporación pública o privada que hubiera vulnerado el derecho fundamental. La solución de nulidad radical del acto impugnado es la más congruente con la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas. Fue introducida, en relación al despido antisindical, por la STC 38/1981, de 23 de noviembre, como antes se dijo, y está

actualmente recogida en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores⁹¹⁰, reproducido en el art. 108.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación al despido “que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”⁹¹¹.

Esta nulidad radical significa que no puede convalidarse la medida vulneradora del derecho fundamental con sucedáneo alguno, no puede sustituirse el cese inmediato de la conducta vulneradora del derecho fundamental y la reposición de la situación al momento anterior a su comisión por una indemnización sustitutoria. La nulidad tendrá efectos plenos y *ex tunc*.

2.- La sentencia ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical, discriminatorio, acosador o vulnerador de otro derecho fundamental, lo que, respecto de la vulneración de la libertad sindical, es una transposición de lo previsto en el art. 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Cuando se trate de una obligación de hacer o no hacer, el órgano judicial, al ejecutar la sentencia, podrá imponer multas coercitivas (apremios pecuniarios les denomina el art. 239.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), de carácter periódico, si el condenado no diera cumplimiento a la obligación impuesta en el plazo que se le conceda.

⁹¹⁰ Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo.

⁹¹¹ El art. 7.3 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, dio nueva redacción a este apartado, y añadió dos nuevos incisos, el segundo de los cuales recibió nueva redacción en la Disposición Adicional 7.7 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de tal forma que establece:

“Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:

- a) El de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período.
- b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

3- La sentencia acordará igualmente la reposición de la situación al momento anterior a producirse el mismo, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, lo que, respecto de la reparación de las consecuencias ilícitas de la vulneración de la libertad sindical, es también una transposición de lo previsto en el art. 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

La nulidad radical prevista como solución frente a las medidas vulneradoras de derechos fundamentales, su eficacia *ex tunc*, exige como consecuencia ineludible la reposición del demandante a la situación que tenía antes de producirse la medida anulada. Asimismo se prevé la reparación de las consecuencias derivadas del acto⁹¹², y se incluye entre las posibles medidas reparatorias la indemnización de daños y perjuicios, que es contemplada como posible medida reparatoria de la vulneración de los derechos fundamentales por las STC 90/1997, de 6 de mayo, f. 2º, reproducida por la STC 116/2001, de 21 mayo, f. 4º. Pero no ha de entenderse que la indemnización es la única forma de reparación de las consecuencias de la vulneración del derecho fundamental. Antes al contrario, ha de intentarse que, si persiste la vulneración del derecho fundamental, desaparezca la conducta en que la misma consiste. La “monetarización”⁹¹³ de la condena sólo debe producirse cuando la vulneración del derecho fundamental, por haberse consumado, no admite la reparación *in natura* mediante la imposición de las obligaciones de hacer o no hacer que permitan la desaparición de tal vulneración, o cuando además de esta imposición de la reparación *in natura* han de indemnizarse daños económicos, bien materiales o bien morales.

Sobre esta indemnización, la Sala 4ª del Tribunal Supremo, en casación en unificación de doctrina, en un primer momento se inclinó por considerar que los daños y perjuicios derivaban directamente de la sola infracción del derecho fundamental, sin que

⁹¹² De acuerdo con Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA, “Las conductas lesivas de la libertad sindical”, *cit.*, pág. 141, mientras que los pronunciamientos relativos al cese del comportamiento antisindical y la reposición de la situación afectada al momento anterior a tal comportamiento son ineludibles en la sentencia que declare haberse producido la vulneración de la libertad sindical, la reparación del daño sólo procederá cuando tal daño se acredite.

⁹¹³ Ignacio ALBIOL MONTESINOS y Ángel BLASCO PELLICER, “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 94.

hubiera necesidad de probarlos, pues se presumía la existencia del daño siempre que se produjera la vulneración del derecho fundamental (Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1993 y 8 de mayo de 1995, entre otras), pero a partir de la de 22 de julio de 1996 matizó esta posición al estimar que los perjuicios no se devengan ni se deducen de forma automática de la sola infracción del derecho, sino que habrá que alegar en la demanda las bases sobre las que se reclaman dichos perjuicios para poder deducir de ello de forma indiciaria la existencia de tales perjuicios (Sentencias de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1997, 2 de febrero de 1998, 28 de febrero y 23 de marzo de 2000, 12 de junio de 2001, 17 de enero de 2003, entre otras, dictadas en unificación de doctrina).

No se exige al actor la prueba plena de los daños y perjuicios, sino que se sigue en este particular el mismo criterio seguido respecto de la prueba de la vulneración del derecho fundamental, en base a lo dispuesto en el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, exigiendo por lo tanto la prueba de indicios relativa a los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. Naturalmente, esta indemnización de daños y perjuicios puede proceder, como reparación de las consecuencias del acto lesivo, no sólo respecto de la tutela de la libertad sindical, sino también respecto de otros derechos fundamentales (art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral). Y asimismo, en virtud de la tesis integrativa a que antes se ha hecho referencia, procederá acordarla, si se dan los presupuestos sustanciales, en aquellos otros procedimientos, concretamente los previstos en el art. 182 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo objeto sea la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, de manera específica o acumuladamente con la de derechos derivados de ley ordinaria.

La sentencia podrá incluso imponer el pago de una multa al litigante de mala fe de conformidad con las previsiones generales del art. 97.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1999)⁹¹⁴.

⁹¹⁴ Cfr. Gonzalo MOLINER TAMBORERO, “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 233.

D) LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

a. La protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo

Como se ha expuesto anteriormente, en el sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales diseñado por la Constitución, fundamentalmente por los arts. 24, 53.2, 123.1º, 161.1.b y 162.1.b, además de la protección dispensada por los jueces ordinarios a través de todo tipo de procesos y recursos, el constituyente estableció la protección por el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, desarrollado por el Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, arts. 41 y siguientes, protección que ha de considerarse “jurisdiccional” por cuanto que es dispensada por un órgano independiente e imparcial, en base a criterios jurídicos y a través de un auténtico proceso, y ello aunque el Tribunal Constitucional no forme parte integrante de la estructura del poder judicial.

El recurso de amparo constitucional tenía antecedentes en nuestro Derecho histórico, concretamente en el recurso de amparo de garantías individuales ante el Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por el art. 121 de la Constitución de la II República⁹¹⁵. También en el Derecho comparado existían instituciones semejantes, especialmente la “queja constitucional”, la *Verfassungsbeschwerde*, prevista en el art. 93.1.4.a de la Ley Fundamental de Bonn y desarrollada por la Ley del Tribunal Constitucional Federal.

El constituyente podía haber optado por no atribuir al Tribunal Constitucional la competencia de la protección de los derechos fundamentales mediante amparo, puesto que la garantía de los derechos fundamentales no es consustancial a la justicia constitucional (de hecho, en países con un Tribunal Constitucional que conoce de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes, dicho tribunal carece de la competencia de amparo de derechos fundamentales, como es el caso, por ejemplo, de Italia). Pero concurrían razones de

⁹¹⁵ Como indica Pablo PÉREZ TREMPES, “Tribunal Constitucional y Poder Judicial (1985)”, *cit.*, pág. 59 y siguientes, por razones históricas obvias se trata de un precedente que no llegó a tener una vida suficientemente larga para asentarse como una institución consolidada en nuestra historia constitucional.

desconfianza ante un poder judicial sin una tradición de protección de derechos fundamentales, con una inercia que le llevaba a no cuestionarse la validez de las actuaciones y disposiciones de la Administración o los actos de los particulares por razones de contradicción con la regulación constitucional de los derechos fundamentales, y que había pasado sin depuración de la dictadura a la democracia, y, conectado con lo anterior, faltaba una doctrina y una jurisprudencia en materia de derechos fundamentales que sirviera de guía a los jueces ordinarios en la protección de los derechos fundamentales.

El recurso de amparo se convierte en un instrumento que permite al Tribunal Constitucional ejercer un control efectivo sobre el modo en que los tribunales ordinarios aplican las normas de la Constitución en la protección de los derechos fundamentales y, asimismo, sobre el modo en que aplican la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, logrando de este modo una interpretación uniforme de la Constitución⁹¹⁶, si bien ese control sólo puede producirse cuando ha existido una violación de un derecho fundamental, no cuando el mismo se ha protegido indebidamente, como veremos al tratar la cuestión del “contra-amparo” o exceso de amparo.

Por ello, el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales se completó con el recurso de amparo, que sitúa al Tribunal Constitucional en la cúspide del citado sistema, articulado en base a los principios de subsidiariedad normal del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, supremacía del Tribunal Constitucional sobre la jurisdicción ordinaria en materia de derechos fundamentales, carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y la especialidad del mismo⁹¹⁷.

Una consecuencia del juego articulado del principio de subsidiariedad y los requisitos de agotamiento de la vía judicial ordinaria e invocación ante ésta del derecho fundamental vulnerado es que el recurso de amparo viene a convertirse, de hecho, en la mayoría de los casos, en un recurso contra actos de los jueces. Los únicos casos en que no se exige el

⁹¹⁶ Luis María Díez-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 34.

⁹¹⁷ Ver *supra* epígrafe IX-B-a, “dos jurisdicciones pero un único sistema”, y siguientes

agotamiento de la vía judicial previa es un conjunto de amparos muy reducido, del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, frente a la vulneración de derechos fundamentales causadas por actuaciones del legislativo que no sean legislativas (*interna corporis acta*) y actuaciones políticas del poder ejecutivo no susceptibles de control judicial⁹¹⁸.

Por tanto, en la mayoría de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional existe una decisión judicial previa, de forma que lo que hace el Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo es revisar en todo caso decisiones judiciales. Casi todo recurso de amparo se convierte en el examen de si el juez ha actuado o no correctamente⁹¹⁹, desde parámetros de constitucionalidad, y, como vimos, el Tribunal Constitucional viene a aparecer como el protector de los ciudadanos frente a los jueces que no protegieron su derecho fundamental (o que directamente, como poder público con capacidad ofensiva de los derechos fundamentales, lo vulneraron).

Se produce la paradoja de que mientras más implicado quede el juez ordinario en la protección de los derechos fundamentales, como juez natural para la protección de los mismos y “primer escalón” del sistema jurisdiccional de protección, mayor sea la consideración del amparo constitucional como amparo frente a los jueces, por el juego de los principios de articulación del sistema citados.

Esta consideración del amparo constitucional como amparo dirigido fundamentalmente contra jueces tiene como una de sus bases la interpretación que se hace del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en lo relativo a la imputación inmediata y directa de la vulneración a la acción u omisión del juez, y en lo relativo a la independencia de los hechos, permitiéndose el amparo constitucional tanto frente a la violación de un derecho fundamental “procesal”, directamente vinculado a la actividad jurisdiccional (arts. 24 y 14, este último en lo relativo a la igualdad en la aplicación judicial del derecho), como frente a la violación de un derecho fundamental “sustantivo”, sobre el

⁹¹⁸ SSTC 136/1989, de 19 julio y 220/1991, de 25 de noviembre, entre otras.

⁹¹⁹ Luis LÓPEZ GUERRA, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 40.

que versaba el litigio enjuiciado por el juez ordinario, cuestión esta que se analizará detenidamente.

1) Diferencias de la actuación del Tribunal Constitucional como juez de la constitucionalidad y como juez de amparo

Ha de diferenciarse la actuación del Tribunal Constitucional cuando lo hace como juez de la constitucionalidad de las leyes y cuando actúa como juez de amparo. La estructura del juicio sobre la constitucionalidad de las leyes es diferente de la estructura del juicio sobre la vulneración de los derechos fundamentales.

En el juicio sobre la constitucionalidad de las leyes, según KELSEN el Tribunal Constitucional no actúa propiamente como un tribunal porque un tribunal es un órgano que aplica una norma previa a hechos concretos, y en el juicio sobre la constitucionalidad de una ley el Tribunal Constitucional lo que hace es controlar la compatibilidad entre dos normas igualmente abstractas: la Constitución y la ley. Se trataría de un “legislador negativo”, no de un tribunal jurisdiccional.

Esto sería más evidente en el caso del recurso directo, pero ocurre más matizadamente en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, en el que, aunque la cuestión de la compatibilidad entre la Constitución y la ley es aislada del proceso donde la cuestión ha sido suscitada y es remitida por los jueces ordinarios a un solo tribunal a nivel nacional, el Tribunal Constitucional, que decidirá sobre esta compatibilidad, no puede obviarse que en estos supuestos el carácter abstracto del juicio y su independencia de cualquier caso concreto no es tan absoluta como en el caso del recurso directo, puesto que es inevitable que en el juicio de constitucionalidad pese la dialéctica del caso concreto, que el Tribunal Constitucional, al resolver, tome de algún modo en consideración y haga alguna referencia al caso en el que la cuestión se suscitó (de hecho, ha de remitirse al Tribunal Constitucional un testimonio del litigio en el que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita, art. 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)⁹²⁰. El Tribunal

⁹²⁰ Cfr. Marc CARRILLO, “La aplicación judicial de la Constitución”, *cit.*, pág. 78, que habla de la cuestión de inconstitucionalidad como “control abstracto de la ley, con tintes de concreción motivados por su

Constitucional ha insistido en el carácter abstracto del juicio de constitucionalidad que realiza en la cuestión de inconstitucionalidad, afirmando en la STC 238/1992, de 17 de diciembre:

“...en este proceso constitucional se enjuicia, estrictamente, la conformidad a la Constitución de uno o varios enunciados legales, sin tomar en consideración, salvo en lo relativo a la viabilidad de la cuestión, las concretas circunstancias del supuesto planteado en el proceso del que aquélla deriva, sobre las que nada podemos decir y que en nada, tampoco, han de condicionar nuestro enjuiciamiento”.

Pero ese distinto modo de iniciación del proceso constitucional (“abstracto” en el caso del recurso y “concreto” en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad) condiciona, para algunos autores, el juicio de constitucionalidad más de lo que el Tribunal Constitucional reconoce. Según Javier JIMÉNEZ CAMPO⁹²¹, al conocer de una cuestión de inconstitucionalidad, al contrario con lo que ocurre cuando conoce de un recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se encuentra siempre ante un problema concreto de aplicación del Derecho, de aplicación de la ley y de la Constitución, y por más que su enjuiciamiento deba ceñirse al examen de la norma cuestionada a la luz de las reglas constitucionales, ese planteamiento de origen no carece de toda repercusión sobre el propio juicio constitucional. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA⁹²² entiende que la cuestión de inconstitucionalidad, pese a que implica un control abstracto de la norma, conlleva necesariamente un juicio de constitucionalidad en el que pesa la dialéctica del caso concreto, “que entra ya dentro del característico cuadro mental de la justicia”.

aplicación a un supuesto concreto en el que se enjuician intereses subjetivos”. Pedro CRUZ VILLALÓN (“La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad (1918-1939)”, *cit.*, pág. 42 y siguientes) propone que si se emplea, para designar la cuestión de inconstitucionalidad, el término alemán (*konkrete Normenkontrolle*), habría que hacerlo, cuando menos, hablando de “control concreto *impropio*”, y que cuando se hiciera referencia a lo que es nuestro actual “recurso de inconstitucionalidad” como “control abstracto” (*abstrakte Normenkontrolle*), se puntualizase diciendo “control abstracto *en sentido estricto*”.

⁹²¹ “El control de constitucionalidad”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 76 y siguientes.

⁹²² “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 138 y siguientes.

Pero pese a esas matizaciones, en el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad la nota fundamental del enjuiciamiento que hace el Tribunal Constitucional es la de la abstracción. Por el contrario, en el recurso de amparo, al decidir sobre la eficacia y, en su caso, la protección del derecho fundamental vulnerado, no basta que el Tribunal Constitucional realice un enjuiciamiento abstracto de compatibilidad de una norma con la Constitución, sino que ha de considerar el entero proceso de creación-aplicación del Derecho en el caso concreto, pues lo relevante para el ejercicio de los derechos fundamentales es el modo en que se llega al acto o a la concreta decisión última que incide sobre ellos, lo que comprende tanto el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales, como los actos administrativos, judiciales e incluso privados que inciden sobre el derecho fundamental. Y sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales de configuración legal, en los que el margen del legislador para configurarlos es mayor, las normas de referencia respectivas del recurso de inconstitucionalidad y del recurso de amparo no son enteramente coincidentes, puesto que en el recurso de amparo el Tribunal Constitucional ha de ser, en cierta medida, un juez que aplica leyes⁹²³.

Esto provocó que la atribución al Tribunal Constitucional de la competencia para conocer de recursos de amparo por violación de derechos fundamentales fuera criticada tanto en el trámite parlamentario como, en un primer momento, por un cierto sector de la doctrina, por entender que un órgano de naturaleza político-constitucional como el Tribunal Constitucional no era adecuado para ejercer funciones jurisdiccionales en casos concretos, solucionando casos individuales, decidiendo si en cada caso concreto se había vulnerado algún derecho fundamental o libertad pública, pues su cometido debía ser conocer acerca de la constitucionalidad de las leyes y resolver los conflictos de carácter político y constitucional, y atribuirle esa competencia era además una fuente de conflictos con la jurisdicción ordinaria⁹²⁴.

⁹²³ En este sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.* págs. 131 y siguientes, y Luis María DíEZ-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 29.

⁹²⁴ Sobre estas críticas, Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 20 y 25.

2) Dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo

El carácter de clave de la bóveda del sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales que tiene el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional hace que, además de la protección del derecho fundamental no tutelado por el juez ordinario o directamente vulnerado por el mismo, el recurso de amparo tenga una clara dimensión objetiva, una función nomofiláctica de la Constitución, en concreto de su regulación de derechos fundamentales, y de creación de su doctrina legal que, en tanto que intérprete supremo de la Constitución (art. 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), le corresponde efectuar, estando todos los Tribunales ordinarios obligados a su más estricta observancia (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Esta función o vertiente objetiva del recurso de amparo está mucho más acentuada en el Tribunal Constitucional que en los jueces ordinarios cuando conocen del amparo ordinario, por cuanto que el Tribunal Constitucional es la instancia superior en materia de garantías constitucionales (art. 123.1º de la Constitución), además de intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), como se ha dicho.

El constituyente, al atribuir al Tribunal Constitucional la competencia en el recurso de amparo, estaba pensando, además de en completar las posibilidades de protección de los derechos fundamentales en casos concretos, en posibilitar que este órgano estableciera unos principios comunes, objetivos, que afectasen a todos los poderes del Estado y creara una interpretación de los derechos fundamentales que vinculara a los demás poderes públicos, en tanto que principios objetivos estructurales del ordenamiento jurídico, y en concreto a los jueces ordinarios, entre cuyas funciones estaba, con carácter destacado, la protección de los derechos fundamentales⁹²⁵. En este sentido, el recurso de amparo se ha constituido en un instrumento de gran funcionalidad para expandir los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional al ámbito de la jurisdicción ordinaria⁹²⁶.

⁹²⁵ Luis LÓPEZ GUERRA, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 37.

⁹²⁶ Marc CARRILLO, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1998*, en *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Hay una vocación de permanencia de los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales más allá de las particularidades de cada litigio, un valor objetivo que supera la singularidad del caso planteado, y que se plasma legislativamente en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin que ello implique aceptar la revisión constitucional de la jurisprudencia, como estaba previsto en el proyecto de la Constitución, que hubiera convertido al Tribunal Constitucional en un tribunal de casación, última instancia de la jurisdicción ordinaria⁹²⁷. Al juez ordinario, cuando, en general, no sólo en materia de derechos fundamentales, interpreta la Constitución, le falta un atributo esencial que, en cambio, sí posee el Tribunal Constitucional: la capacidad de transformar el enjuiciamiento interpretativo en decisión vinculante *erga omnes*⁹²⁸.

La doble dimensión, subjetiva y objetiva, del recurso de amparo constitucional (a la que, como ha puesto de relieve la doctrina⁹²⁹, no es ajeno el doble carácter de los derechos fundamentales en cuanto que derechos subjetivos y elementos esenciales del ordenamiento objetivo de la comunidad nacional⁹³⁰) ha sido puesta de relieve por el propio Tribunal Constitucional desde el principio de su actuación. En su primera sentencia, la STC 1/1981, de 26 de enero, f.j. 2º, el Tribunal Constitucional afirma:

“La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 LOTC), de manera que su interpretación de los

⁹²⁷ Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 37 y “Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo”, *cit.*, pág. 242.

⁹²⁸ Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *cit.*, pág. 59.

⁹²⁹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 31.

⁹³⁰ Ver *supra* epígrafe VIII-A, “el doble carácter de los derechos fundamentales”.

preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos”.

Esta doble naturaleza, subjetiva y objetiva, del recurso de amparo, y la cuestión sobre si prevalece alguno de estos aspectos sobre el otro, implica una cierta tensión en la que se desenvuelve la configuración última de la justicia constitucional por relación a la tutela de los derechos fundamentales y a la que no es ajena la articulación entre la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Constitucional⁹³¹, y ha dado lugar a una cierta polémica en la doctrina. Se observa en algunos autores una opinión favorable a remarcar el aspecto objetivo del recurso. Joaquín GARCÍA MURCIA⁹³² afirma que el recurso de amparo “no es, por decirlo de otra forma, un mero instrumento de tutela de quienes sufran lesión en alguno de sus derechos; es, más que nada, un instrumento de protección del propio orden constitucional. Es verdad que necesariamente arranca de una queja particular, y que tiene un carácter ineludiblemente subjetivo, pero también es cierto que, a partir de esos presupuestos, el recurso de amparo se vuelca, si bien se mira, en la «construcción» de los derechos fundamentales; su finalidad última no es otra que proporcionar el «significado exacto» de esos derechos, esto es, el significado que les atribuye el máximo intérprete de la Constitución. El recurso de amparo es, en realidad, un instrumento de elaboración de doctrina; una doctrina que se refiere al alcance y contenido de los derechos fundamentales y que, como es natural, actúa como jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho”.

Esta tensión entre los partidarios de acentuar más uno u otro aspecto del recurso de amparo se ha centrado, entre otros extremos, en la necesidad apuntada por varios autores de modificar el mecanismo de control de la admisión de los recursos de amparo, a fin de permitir que el Tribunal Constitucional admita a trámite sólo aquellos recursos de amparo en los que se susciten cuestiones importantes en relación a la configuración y eficacia de los derechos fundamentales, y pueda inadmitir incluso aquellos recursos en los que, apreciándose la posibilidad de que haya existido una lesión del derecho subjetivo, no exista un especial interés dogmático en relación a la construcción de la teoría constitucional de los

⁹³¹ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 32.

⁹³² “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 700.

derechos fundamentales. Se trataría, para este sector de la doctrina, de dotar al Tribunal Constitucional de un instrumento similar al *writ of certiorari* del Tribunal Supremo de Estados Unidos (que le permite seleccionar los casos y “decidir no decidir”), dado que, al igual que en el Derecho norteamericano rige la regla del *stare decisis*, en nuestro Derecho, en lo que se refiere a la materia constitucional, y naturalmente, dentro de la misma, a los derechos fundamentales, la vinculación de los jueces ordinarios a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara y terminante (art. 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial)⁹³³.

En esta línea se encuadra la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional a la que se refiere el anteproyecto aprobado por el Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005. Siguiendo la línea del “borrador de reforma” elaborado por el propio Tribunal Constitucional⁹³⁴, entendiéndose que la regulación constitucional impide restringir la legitimación o los derechos protegibles en amparo, se ha acentuado el carácter objetivo del recurso de amparo, y, siguiendo en este punto la Quinta Ley de Reforma de la Ley del

⁹³³ Sobre la polémica sobre esta cuestión, es especialmente interesante la secuencia de trabajos constituida por “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador”, de Pedro CRUZ VILLALÓN, en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, de Luis María Díez-PICAZO, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 40, enero-abril 1994, y “Sobre el amparo”, de Pedro CRUZ VILLALÓN, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, mayo-agosto 1994. Manuel ARAGÓN REYES, “25 años de Justicia Constitucional en España”, *cit.*, pág. 29 y siguientes, se muestra partidario de introducir un *certiorari* en la admisión a trámite de los recursos de amparo, y recuerda que en las últimas reformas realizadas en Alemania se ha introducido un *certiorari* más acorde con el sistema de justicia constitucional alemán, similar en este aspecto al español, que prevé la admisión del recurso de amparo para tutelar los casos de perjuicios de especial gravedad para el demandante y que tengan una fundamental relevancia constitucional, salvaguardando con ello los dos aspectos, subjetivo y objetivo, del recurso de amparo. Miguel REVENGA SÁNCHEZ, “Las paradojas del recurso de amparo...”, *cit.*, muestra sus dudas sobre que tal técnica resulte compatible con el principio de “legitimación por el razonamiento” característico de las decisiones judiciales, al menos en el sistema continental, y apunta, citando a GARRORENA MORALES, que podría llegarse a resultados satisfactorios avanzando con categorías estrictas y muy exigentes en la determinación de lo que es constitucional y lo que pertenece tan sólo al terreno de la mera legalidad. Francisco RUBIO LLORENTE, “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, se opone a la posibilidad de introducir un mecanismo como el *writ of certiorari* en la admisión a trámite de recursos de amparo, entendiéndose que como el recurso de amparo es un recurso al que se tiene derecho (aunque no en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva), sólo puede ser inadmitido a trámite en virtud de causas previamente establecidas en la ley. El anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobado por el Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005 se inclina por reforzar el aspecto objetivo del recurso de amparo, exigiendo, para que un recurso sea admitido, que se justifique su relevancia constitucional, pero sin permitir al Tribunal Constitucional la utilización de criterios discrecionales en tal admisión.

⁹³⁴ Propuesta realizada inicialmente en mayo de 1998 y después en junio de 1999 por una comisión interna de magistrados, creada al efecto, y publicada en la revista *UNED. Teoría y realidad Constitucional* núm. 4, 1999, págs. 395-435.

Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2 de agosto de 1993, se han “transformado” las “causas de inadmisión” en “causas de admisión”. Así, en el art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se añadiría un requisito a la demanda de amparo, al establecerse: “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Y en el nuevo art. 50.1.b se exigiría como requisito para la admisión a trámite del recurso de amparo “que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Estas previsiones (junto con un cierto blindaje de los miembros del Tribunal Constitucional frente a demandas por perjuicios causados por la inadmisión a trámite de una demanda de recurso de amparo⁹³⁵ como la que resulta de la nueva previsión del art. 4.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según el citado anteproyecto, conforme al cual “el Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben”), acentúan el carácter objetivo del recurso de amparo, permiten mayor agilidad y una cierta discrecionalidad en la admisión a trámite de las demandas de amparo y van dirigidas a reducir el número de recursos de amparo admitidos a trámite, centrándolos en los que tengan una trascendencia objetiva que trascienda al caso concreto, sin que ello suponga naturalmente eliminar el aspecto de defensa de situaciones subjetivas concretas que tiene el recurso de amparo. Porque, como afirma Enoch ALBERTÍ ROVIRA⁹³⁶, la cuestión no reside en el reconocimiento de la doble dimensión del amparo constitucional, sino en la proporción que se otorgue a cada una de ellas. Y la reforma en curso apuesta, siguiendo la opinión mayoritaria en la doctrina, por un reforzamiento de la dimensión objetiva del recurso.

⁹³⁵ Como la que dio lugar a la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004, en la que se declaró a los magistrados del Tribunal Constitucional incurso en responsabilidad civil y les condenó a abonar una indemnización a un recurrente en amparo que vio inadmitido a trámite su recurso y que se enmarca en las fricciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, ver *supra* epígrafe IX-B-h, “fricciones entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios en la protección de derechos fundamentales”.

⁹³⁶ “El recurso de amparo constitucional: una revisión pendiente”, pág. 125, en *La reforma del recurso de amparo, cit.*.

No obstante, la imposibilidad de admitir un “contra-amparo” limita la eficacia objetiva de la jurisprudencia constitucional, que sólo puede dictarse en relación a los supuestos en los que la interpretación y aplicación incorrecta de la Constitución por el juez ordinario ha supuesto un déficit de protección del derecho fundamental, no en aquellos casos en los que la interpretación o aplicación incorrecta ha supuesto un exceso de protección o la protección de una conducta o pretensión que realmente no integra el contenido constitucional de un derecho fundamental.

Aunque, en la práctica, existen formas de que ese “exceso de amparo” llegue al Tribunal Constitucional. Unas veces directamente, a través del propio recurso de amparo, porque al excederse el juez ordinario en el amparo ordinario (o considerar una de las partes del litigio que el juez ordinario se ha excedido respecto de lo que es la regulación constitucional al otorgar amparo a un derecho fundamental), se alegue vulneración del derecho fundamental de la otra parte y se recurra en amparo constitucional contra dicha vulneración, en cuyo caso el Tribunal Constitucional tendrá que analizar si ha existido una interpretación correcta de las normas constitucionales reguladoras de derechos fundamentales en relación con el denunciado exceso de amparo de un derecho fundamental que habría provocado una vulneración o restricción injustificada de otro derecho fundamental.

Otras veces indirectamente, a través de la cuestión de inconstitucionalidad, como es el caso paradigmático de la aplicación por la jurisdicción ordinaria del derecho a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 de la Constitución) en las sucesión *mortis causa* en títulos nobiliarios, considerando derogada por la Constitución la legislación histórica preconstitucional de la que, real o supuestamente⁹³⁷, se derivaba la preferencia del varón sobre la mujer⁹³⁸. En esta cuestión, la STC 114/1995, de 6 de julio, que resolvía un recurso

⁹³⁷ Bartolomé CLAVERO SALVADOR en “Sexo de derecho, acoso de justicia (comentario de jurisprudencia [sic])”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 52, enero-abril de 1998, pág. 203, entiende que es más ficticia que real la tesis de que existían normas de Derecho histórico de las que derivaba directamente esa regla de preferencia, tratándose más bien de un “dicho de santo” de la tradición medieval o, en todo caso, de la aplicación analógica a la sucesión en los títulos nobiliarios de las reglas que regulan la sucesión en la corona.

⁹³⁸ La Sala 1ª del Tribunal Supremo entendió en sentencias como las de 7 de julio de 1986, 20 de junio y 27 de julio de 1987 (si bien en estas primeras lo fue como *obiter dicta*, pues pese a realizar la declaración de abrogación de ese régimen legal por la promulgación de la Constitución y concretamente por el art. 14 de ésta,

de amparo, declaró, resumidamente, que para que fuera procedente un recurso de amparo era preciso no solamente que la sentencia de la jurisdicción ordinaria realizara una interpretación incorrecta de un precepto constitucional regulador de un derecho fundamental, sino además que de dicha interpretación incorrecta se derivara la infracción de un derecho fundamental para el recurrente, y que el entendimiento por el Tribunal Supremo de que el art. 14 de la Constitución impedía la discriminación por razón de sexo en la sucesión en el título nobiliario no infringía ningún derecho fundamental del varón preterido en dicha sucesión, por lo que denegaba el amparo solicitado y no entraba a valorar si el Tribunal Supremo había aplicado correctamente el citado art. 14 de la Constitución a la sucesión *mortis causa* en los títulos nobiliarios al eliminar la preferencia del varón que resultaba del Derecho histórico. Pero la cuestión accedió posteriormente al Tribunal Constitucional a través de una cuestión de inconstitucionalidad⁹³⁹ y fue resuelta por la STC 126/1997, de 3 de julio, en la que el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la normativa de Derecho histórico que establecía el privilegio del varón sobre la mujer en dicha sucesión, sentando, pues, la doctrina constitucional sobre la aplicación de tal derecho fundamental en materia de sucesión nobiliaria, y desautorizando de este modo la jurisprudencia que la jurisdicción ordinaria, concretamente el Tribunal Supremo, había venido estableciendo⁹⁴⁰.

dicho razonamiento no es la base de la decisión judicial, sino un aspecto accesorio de la misma), 28 de abril y 21 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991, 21 de diciembre de 1992, 24 de enero y 18 de abril de 1995 y 7 de mayo de 1996 que "la antigua preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios ha de entenderse actualmente discriminatoria y, en consecuencia, abrogada por inconstitucionalidad sobrevenida".

⁹³⁹ La cuestión de inconstitucionalidad fue planteada por la Secc. 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid respecto del art. 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, el art. 5 del Decreto de 4 de junio de 1948, el art. 13 de la Ley Desvinculadora de 1820, las Leyes 8 y 9 del Título XVII del Libro X de la Novísima Recopilación, y la Ley 2 del Título XV de la Partida II, por supuesta vulneración del art. 14 de la Constitución. Lo curioso de esta cuestión de inconstitucionalidad es que el órgano judicial que la interpuso no la planteó por entender que dichos preceptos legales (y alguno reglamentario, incorrectamente cuestionado por la Audiencia ante el Tribunal Constitucional), de los que derivaba la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión regular en los títulos nobiliarios, fueran inconstitucionales sino, al contrario, porque entendía que eran constitucionales. De hecho, en los dos votos particulares suscritos por tres magistrados, y especialmente en el suscrito por el magistrado Pedro CRUZ VILLALÓN, se hace una crítica severa al hecho de que se hubiera admitido a trámite siquiera tal cuestión (y consecuentemente, al hecho de que no se hubiera desestimado la misma por razones de inadmisibilidad), porque para que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial que la planteó ha de estar convencido o al menos tener serias dudas respecto de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, pero no, como aquí ocurría, estar convencido de que las normas eran constitucionales.

⁹⁴⁰ Sobre esta cuestión pueden verse numerosos trabajos, entre otros: Bartolomé CLAVERO SALVADOR en "Sexo de derecho, acoso de justicia (comentario de jurisprudencia [sic])", *cit.*, págs. 189 a 217; Jesús GARCÍA TORRES, "«Sint ut sunt aut non sint»: Pequeña contribución jurídico-constitucional al novísimo Derecho nobiliario de creación judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 11, enero-abril 1988, págs. 223-236; "Non sint. La Constitución española y las sucesiones nobiliarias «mortis

Y, en todo caso, mientras no culminen reformas legislativas que modifiquen el actual sistema de admisión de los recursos de amparo (y que sean compatibles con las exigencias que se derivan de los arts. 53.2, 161.1.b y 162.1.b de la Constitución, reguladores de algunos aspectos del recurso de amparo como son cuáles son los derechos susceptibles de protección mediante el mismo, cuál es el órgano competente para conocer de él y quiénes están legitimados para resolverlo), es evidente la importancia que tiene el aspecto subjetivo del recurso de amparo, que algún autor⁹⁴¹ entiende que incluso se ha reforzado con el tiempo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de modo que éste asume que su función interpretativa no debe ya superar, salvo en casos excepcionales, los límites del conflicto intersubjetivo. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es reiterada al resaltar el “carácter esencialmente subjetivo” del recurso de amparo como vía de protección de derechos y libertades, su “finalidad específica” de restablecer al recurrente en la integridad de su derecho o libertad, de tal modo que los demás pronunciamientos que pueda hacer el Tribunal Constitucional en su resolución carecen de sentido si no van referidos a esa finalidad esencial (STC 56/1982, de 26 de julio, fj. 1º), y a lo único que el Tribunal Constitucional puede dar respuesta en dicho proceso es a la existencia o no de una vulneración de los derechos fundamentales, sin que le resulte posible hacer pronunciamiento alguno que exceda de dicho ámbito (STC 6/1998, de 13 de enero, fj. 4º), no siendo admisibles peticiones abstractas de enjuiciamiento de la corrección constitucional de la actuación de los poderes públicos, y en concreto de los jueces ordinarios, ni siquiera de la constitucionalidad de las normas en tanto no sea un *prius* necesario para declarar si se han violado derechos fundamentales (por ejemplo, STC 167/1986, de 22 de diciembre, fj. 4º, 93/1995, de 19 de junio, fj. 5º, 83/2000, de 27 de marzo, fj. 2º)⁹⁴².

causa»: examen crítico de la argumentación constitucional contenida en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1989”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 29, 1990, págs. 243-289; y “Sint ut fuerunt : La sucesión nobiliaria en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 52, enero-abril 1998.

⁹⁴¹ Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 84 y siguientes.

⁹⁴² Como se ha dicho en otras partes de este trabajo, el anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional potencia el aspecto objetivo del recurso de amparo, al exigir, para que el

3) Legitimación

En lo que se refiere a la legitimación activa para interponer el recurso de amparo, dada la misma naturaleza de la pretensión que se ejercita en el recurso de amparo ordinario y en el constitucional, buena parte de las consideraciones hechas respecto de la legitimación de los particulares para recurrir en amparo sirven para el recurso de amparo ordinario⁹⁴³. En lo que se refiere al recurso de amparo del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (que, como se verá⁹⁴⁴, es la vía de acceso al recurso de amparo constitucional de las violaciones de derechos fundamentales acaecidas en el seno de las relaciones jurídico-privadas), el art. 46.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige para estar legitimado activamente haber sido parte en el proceso judicial correspondiente, lo que implica que el régimen de legitimación activa es en lo sustancial idéntico en el proceso de amparo ordinario y en el constitucional, con las matizaciones que se harán.

Si bien la utilización por la Constitución de las expresiones “en su caso” (art. 53.2) y “en los casos y formas que la ley establezca” (art. 161.1.b) otorga al legislador un amplio margen para configurar el recurso de amparo, hay sin embargo dos límites infranqueables derivados de la propia Constitución: de una parte, la imposibilidad de que los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 53.2 de la Constitución no puedan acceder al recurso de amparo (cuestión que se examinará al tratar el objeto del recurso), y, de otra, la imposibilidad de restringir la legitimación del recurso de amparo respecto de lo previsto en el art. 162.1.b de la Constitución, dada la claridad y el carácter taxativo de la previsión constitucional que cierra toda posibilidad de que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pueda restringir esta legitimación⁹⁴⁵.

Como vimos, el art. 53.2 de la Constitución indica que puede recabar la tutela de los derechos fundamentales a través del proceso preferente y sumario ante los tribunales

recurso pueda ser admitido a trámite, que se justifique “su especial trascendencia constitucional”.

⁹⁴³ Ver *Supra* epígrafe IX-C-d-3, “legitimación”.

⁹⁴⁴ *Infra* epígrafe IX-D-b, “la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo”.

⁹⁴⁵ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título II de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 15 y siguientes.

ordinarios y a través del amparo constitucional “cualquier ciudadano”, y el art. 162.1.b de la Constitución concreta y matiza la previsión formulada de modo genérico en el citado art. 53.2 de la Constitución al otorgar legitimación para interponer el recurso de amparo a “toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo”.

Es una consecuencia directa de la dimensión subjetiva del recurso de amparo, dirigida a la protección frente a vulneraciones que los ciudadanos sufran de los derechos fundamentales de que son titulares, que impide que la legitimación activa para la interposición del recurso quede reducida a la legitimación institucional del Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Se evita así que la dimensión objetiva del recurso de amparo, el establecimiento de una doctrina vinculante sobre el significado e interpretación de los derechos fundamentales y las normas constitucionales que los establecen, quede condicionada a la voluntad de los órganos públicos a los que también se les otorga legitimación institucional para interponer el recurso de amparo (Ministerio Fiscal y Defensor del Pueblo).

El art. 46.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que regula la legitimación activa en el recurso de amparo constitucional, establece:

“Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional:

a) En los casos de los arts. 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

b) En los casos de los arts. 43 y 44, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal”.

Establece este precepto una doble legitimación, la que se ha venido a denominar “privada” y la “institucional” del Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo. Sobre esta segunda legitimación no existe problema alguno en cuanto a la concordancia entre la regulación constitucional y la de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En cuanto a la legitimación “privada”, la lectura de los preceptos constitucionales citados y del transcrito art. 46.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional podría llevar

a la conclusión de que la regulación de dicha Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no es conforme a la Constitución por restringir la legitimación activa prevista en el texto constitucional. Es por ello que, como pone de manifiesto la doctrina⁹⁴⁶, el Tribunal Constitucional desde un principio (STC 106/1984, de 16 de noviembre, f. 1º y, más recientemente, STC 235/1997, de 19 de diciembre, fj. 2º) ha entendido que el art. 46.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es complementario, con carácter indicativo, del art. 162.1.b de la Constitución y no limitativo o restrictivo del texto constitucional. Por ello, la previsión del art. 46.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, relativa a la “persona directamente afectada” ha de entenderse referida a la persona con interés legítimo de que habla el art. 162.1.b de la Constitución.

La exigencia de “interés legítimo” consagra una fórmula intermedia entre la acción popular y un ámbito estricto de legitimación como el que suponía la expresión “interés directo” de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. A diferencia del sistema de acción pública previsto por el art. 123.5 de la Constitución republicana de 1931 para accionar ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, que facultaba para ello a “toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada”, el Tribunal Constitucional ha declarado desde los inicios de su actividad que “mediante la legitimación de los que ostenten un interés legítimo y la institución del Ministerio Fiscal se asegura la defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (arts. 14 al 29, y 30 de la Constitución), sin que la Constitución [art. 162.1 b)] y la LOTC (art. 46.1) hayan introducido la fórmula de la acción pública o acción popular en las que la defensa que se actúa, es la de la Ley” (ATC 299/1982, de 15 de diciembre, reiterado en la STC 214/1991, de 11 de noviembre).

El Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación amplia y flexible del requisito del interés legítimo, entendiendo que se trata de una expresión más amplia que la de “interés directo” que utilizaba la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (STC

⁹⁴⁶ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 208 y Mercé BARCELÓ I SERRAMALERA, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, coord. José Luis REQUEJO PAGÉS, Tribunal Constitucional-B.O.E, Madrid, 2001, pág. 744. Esta autora llega incluso a la conclusión de que “en realidad, la única norma determinante de la legitimación activa para este tipo de procesos es el artículo 162.1.b de la Constitución”.

60/1982, de 11 de octubre, fj. 3º) y más amplia también que el concepto de derecho subjetivo, aunque no pueda identificarse con un interés en la defensa abstracta del derecho fundamental (téngase en cuenta que la naturaleza del recurso de amparo excluye las pretensiones exclusivamente declarativas, arts. 41.3º en relación al 55, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), sino que ha de estar referido a un interés en sentido propio, cualificado o específico (ATC 13/1989, de 16 de enero, STC 13/2001, de 29 de enero, fj. 4º), identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (ATC 356/1989, de 29 de junio, fj. 1º, SSTC 97/1991, de 9 de mayo, fj. 2º, 195/1992, de 16 de noviembre, fj. 2º 264/1994, de 3 de octubre, fj. 3º, 192/1997, de 11 de noviembre, fj. 2º, 152/1999, de 14 de septiembre, fj. 4º.a, 62/2000, de 13 de marzo, fj. 3º.a, 125/2000, de 16 de mayo, fj. 3º.a, 252/2000, de 30 de octubre, fj. 3º, 300/2000, de 11 de diciembre, fj. 2º.a, 7/2001, de 15 de enero, fj. 4º, 91/2001, de 2 de abril, fj. 4º.a, 161/2001, de 5 de julio, fj. 3º.a, 53/2003, de 24 de marzo, fj. 3º.a y 102/2003, de 2 de junio, fj. 2º), englobando en él además de a los titulares de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, a aquellos que tienen un interés jurídicamente protegible en la preservación de los derechos y libertades de otras personas, dada su relación con tales derechos o con los titulares de los mismos (STC 141/1985, de 22 de octubre, fj. 1º), no pudiendo desvincularse la concreción de la legitimación con el tipo de libertad o derecho fundamental que en cada caso sea objeto del recurso de amparo (“interpretación de reajuste según el tipo de derecho que en cada caso se ejercite”, según dice literalmente el Tribunal Constitucional, pues cuando se trata de la tutela de “libertades” el círculo de los posibles sujetos del amparo es más amplio, mientras que cuando se trata de la tutela de “genuinos y propios derechos subjetivos” el amparo pertenece estrictamente al titular del derecho fundamental violado, ATC 942/1985, de 18 de diciembre, fj. 1º)⁹⁴⁷.

Esta amplitud y flexibilidad en la interpretación del requisito del interés legítimo se muestra claramente en resoluciones como la STC 214/1991, de 11 de noviembre, caso *Violeta Friedman o del honor del pueblo judío*, a la que se ha hecho referencia⁹⁴⁸, en la que

⁹⁴⁷ Un examen detallado sobre la casuística en esta materia y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto puede encontrarse en , Pablo PÉREZ TREMPs, “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 168 y siguientes.

⁹⁴⁸ *Supra* epígrafe IX-C-d, “la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales en la jurisdicción civil”.

el Tribunal Constitucional reconoció legitimación activa a la recurrente, aunque la misma no hubiera de experimentar directamente un beneficio o evitar un perjuicio con la interposición del recurso, y mostrando que, de algún modo, la legitimación procesal viene determinada por la apelación a la dignidad humana del art. 10.1 de la Constitución⁹⁴⁹.

Esta dependencia del tipo de derecho o libertad cuyo amparo se solicita es especialmente importante en relación a las personas jurídicas (el art. 162.1.b de la Constitución habla de personas naturales o jurídicas), cuestión que ha de enlazarse con el problema de la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos fundamentales.

La Constitución española carece de precepto alguno que regule la cuestión con carácter general. La Ley Fundamental de Bonn sí lo tiene, el art. 19.3, en el que se reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas, regulación que por su generalidad ha dado lugar a un debate en la doctrina alemana sobre si dicha titularidad corresponde “en propiedad” a la persona jurídica o más bien a una representación de los intereses de las personas que forman su sustrato personal, quién es persona jurídica a efectos de dicho precepto y qué derechos fundamentales son, por su naturaleza, extensibles a las mismas.

El Tribunal Constitucional ha declarado que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 53/1983, de 20 de junio, fj. 1º), la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 de la Constitución (STC 137/1985, de 17 de octubre, fj. 3º), a la igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución (STC 23/1989, de 2 de febrero, fj. 2º), o incluso del derecho al honor (SSTC 139/1995, de 11 de septiembre y 183/1995, de 11 de diciembre)⁹⁵⁰. Otros derechos fundamentales de los que puede afirmarse sin duda que su titularidad corresponde también a las personas jurídicas son, por ejemplo, el

⁹⁴⁹ Marc CARRILLO, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 209.

⁹⁵⁰ La STC 139/1995, de 11 de septiembre, es comentada en mi trabajo “El honor de las personas jurídicas”, en la revista *Actualidad Civil* núm. 23 de 1996.

de libertad religiosa (iglesias y comunidades religiosas), el derecho de asociación respecto de los entes asociativos y la libertad sindical respecto de los sindicatos⁹⁵¹.

Además, en el f.j. 4º de la citada STC 139/1995, el Tribunal Constitucional realizó una exposición general referida a la titularidad de los derechos fundamentales por parte de personas jurídicas y a las implicaciones que ello tiene cara a su legitimación activa en el recurso de amparo. Distinguió, en primer lugar, los derechos fundamentales expresamente reconocidos a las personas jurídicas por la propia Constitución:

“La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación es reconocida a los centros docentes (art. 27 C.E.); el derecho a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art. 28.1 C.E.); la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art. 16 C.E.) o las asociaciones tienen reconocido el derecho a su propia existencia (art. 22.4 C.E.)”.

En segundo lugar estarían los derechos fundamentales cuya titularidad puede corresponder a las personas jurídicas constituidas para cumplir los fines a cuya protección sirven esos derechos, en cuyo caso tales personas jurídicas no actúan en defensa de un interés legítimo, sino como titulares de un derecho propio que corresponde a las personas jurídicas por ser acorde con sus fines:

“Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el Texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y la función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En

⁹⁵¹ Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 161.

consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social”.

En tercer lugar estarían los derechos fundamentales instrumentales o complementarios para el logro de los fines de la persona jurídica, que protegen su identidad cuando desarrolla los fines para los que ha sido constituida y las condiciones de ejercicio de esa misma identidad:

“...debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad.”

Sentencias más recientes se han pronunciado en el mismo sentido, poniendo de relieve la importancia de la naturaleza del derecho fundamental ejercitado para considerar que la persona jurídica puede ser titular del mismo. Así, en la STC 160/2003, de 15 de septiembre, fj. 3º, el Tribunal Constitucional declara:

“Y es que, teniendo en cuenta que la titularidad de derechos fundamentales por parte de una persona jurídica está condicionada no sólo por los fines de ésta sino también por la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado (STC 139/1995, de 26 de septiembre, fj. 5), nada se opone a que un sindicato sea titular del derecho a la libertad de expresión, y pueda ejercerlo en el contexto de la libertad sindical (art. 28.1 CE) a través de un representante o dirigente que manifieste públicamente la opinión de la organización en relación con un asunto que afecta a los intereses de sus

afiliados, lo cual a su vez debe encuadrarse entre las funciones de representación y reivindicación que el sindicato tiene constitucionalmente atribuidas.”

Además de la legitimación activa de las personas jurídicas para interponer el recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales de que son titulares, también la tienen para pedir la tutela de derechos fundamentales de los que no son titulares, pero respecto de los que tienen un interés legítimo, como es el caso de los sindicatos para la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores como pueden ser los de igualdad salarial, art. 14 en relación al 35.1 de la Constitución, y libertad sindical y derecho a la huelga, art. 28 (SSTC 31/1984, de 7 de marzo, fj. 4º, 148/1993, de 29 de abril, fj. 2º, 189/1993, de 14 de junio, 5º), o el de los partidos políticos para la defensa del derecho de acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos respecto a los integrantes de sus candidaturas electorales, art. 23.2 de la Constitución, (SSTC 180/1988, de 11 de octubre, fj. 2º, 36/1990, de 1 de marzo, fj. 1º). En estos casos en que la persona jurídica pretenda recurrir en amparo en defensa de derechos fundamentales de los que no es propiamente titular, la exigencia de que el interés legítimo que se exige para considerarla legitimada sea “propio, cualificado o específico” depende de que los fines estatutarios estén vinculados directamente con el derecho fundamental lesionado, pues sólo cuando se haya vulnerado un derecho fundamental cuya tutela constituya el fin de la persona jurídica habrá una incidencia suficiente en su esfera jurídica para constituir el fundamento de su interés legítimo⁹⁵². Para determinar tal vinculación es trascendente la determinación del fin estatutario de la persona jurídica, habiendo declarado la STC 252/2000, de 30 de octubre, fj.6 que

“...a través de los fines estatutarios se puede y se debe apreciar la conexión o el vínculo entre las asociaciones recurrentes y el objeto del pleito y, por tanto, la presencia de un interés legítimo del que serían titulares aquellas”.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, no se ha mostrado partidario de extender la legitimación de asociaciones para la defensa de intereses ajenos hasta extremos fronterizos

⁹⁵² Mercé BARCELÓ Y SERRAMALERA, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 750 y siguientes.

con los de la acción pública o popular inadmisibles en el caso del recurso de amparo, y así la STC 89/1987, de 3 de junio, fj. 1º, el Tribunal Constitucional puso serios reparos a la legitimación de la asociación “Salhaketa” para defender los derechos constitucionales de los reclusos (la aceptó porque tal asociación había sido parte en el proceso previo ante la jurisdicción ordinaria y porque concurrían motivos para desestimar el recurso de amparo por razones de fondo, y plantear de oficio el Tribunal Constitucional tal falta de legitimación conforme al art. 84 de su Ley Orgánica habría supuesto alargar innecesariamente el proceso de amparo).

La cuestión relativa a la legitimación activa de las personas jurídico-públicas se muestra aún más compleja, y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto han sido a veces contradictorios (v.g., STC 64/1988, de 12 de abril, y ATC 19/1993, de 21 de enero), aunque, a la vista de la gran variedad de formas de personificación jurídico-públicas, ha considerado que algunos derechos fundamentales, sobre todo los consagrados en el art. 24 de la Constitución, pueden ser intitulados por tales personas jurídico-públicas (en este sentido, SSTC 129/2001, de 4 de junio, fj. 3º, 175/2001, de 26 de julio, fj. 8º, 173/2002, de 9 de octubre, fj. 4º, entre otras).

En todo caso, ha de analizarse caso por caso para determinar, a la luz del derecho fundamental cuyo amparo se solicita, si puede considerarse legitimada a la persona jurídico-pública recurrente. Y respecto a la necesidad de que quien pretenda recurrir en amparo esté en una relación específica con el objeto de las pretensiones deducidas en el amparo, ya consista tal relación en la titularidad propia del derecho fundamental vulnerado o en un “interés legítimo” en la preservación del derecho fundamental ajeno, dado que, como se ha visto, el interés legítimo exigido por el art. 162.1.b de la Constitución ha de ser un interés en sentido propio, cualificado o específico, no puede reconocerse como tal el interés genérico de preservación de derechos que ostentan todos los entes administrativos al estar orientada su actividad a fines generales que, de acuerdo con la legalidad, han de respetar y hacer cumplir en el ámbito de sus atribuciones⁹⁵³.

⁹⁵³ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 236.

Tienen también legitimación activa los extranjeros, en los términos expuestos en relación al amparo ordinario, siempre, naturalmente que tengan ese “interés legítimo”, puesto que existen derechos fundamentales reservados a los españoles (o en todo caso, en algunos supuestos, a ciudadanos de la Unión Europea o de países en los que rija en ese extremo el principio de reciprocidad), como es el caso del derecho de sufragio activo y pasivo y el de participar en los asuntos públicos (art. 13.2 en relación al 23 de la Constitución). Ha de recordarse al respecto que el art. 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece:

“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

En cuanto a la previsión del art. 46.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que otorga legitimación en los recursos de amparo de los arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (frente a actos del poder ejecutivo o de la Administración y frente a acciones u omisiones judiciales) a “quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente”, los autores⁹⁵⁴ ponen de relieve que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional confunde la cuestión de la legitimación, atinente al fondo y concretada en la existencia del interés legítimo que exige el art. 162.1.b de la Constitución y que se ha examinado anteriormente, con el presupuesto procesal del agotamiento de la vía judicial previa contenido en los arts. 43.1 y 44.1.a de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que viene determinado por el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional respecto de la vía judicial ordinaria.

⁹⁵⁴ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.* pág. 209 y Mercé BARCELÓ Y SERRAMALERA, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.* pág. 737 y 745 y siguientes.

Pero además, dicho requisito es insuficiente. Por un lado, dada la exigencia de un interés legítimo para poder interponer el recurso de amparo, no basta con haber sido parte en el proceso judicial precedente, puesto que se exige que quien haya sido parte en dicho proceso judicial tenga además el referido interés legítimo en interponer el recurso de amparo porque de la vulneración del derecho fundamental cuya protección se pretende se deriven perjuicios para el recurrente por quedar afectados sus intereses (ATC 102/1980, de 20 de noviembre, fj. 1º) en el modo que se vio al examinar el requisito del interés legítimo.

Por otro lado, aun cuando no se haya sido parte en el proceso judicial previo por causa no imputable al interesado, puede darse esa legitimación por existir el interés legítimo, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional en relación sobre todo a los recursos de amparo por infracción del art. 24 de la Constitución respecto de los que debiendo legalmente haber sido parte en un proceso no lo fueron por causas no imputables a ellos mismos y resultaron condenados (STC 4/1982, de 8 de febrero, fj. 1º), cuando el órgano judicial ha denegado a un interesado su solicitud de personación en un proceso o lo ha impedido en la práctica por la defectuosa realización de los actos de comunicación procesales que ha impedido la comparecencia en el proceso judicial (SSTC 46/1982, de 12 de julio, fj. 4º, 60/1982, 11 de octubre, fj. 3º, 86/1984, de 27 de julio, fj. 1º, 83/1985, de 8 de julio, fj. 2º.a, 67/1986, de 27 de mayo, fj. 2º, 38/1987, de 1 de abril, fj. 1º, 235/1997, de 19 de diciembre, fj. 2º). La STC 84/2000, de 27 de marzo, fj. 1º, resume la cuestión al declarar:

“De ahí que el requisito de haber sido parte en el proceso judicial previo no sea siempre suficiente para poder determinar con carácter general la existencia de legitimación y, contrariamente, que puedan estar legitimados para recurrir en amparo quienes, sin haber sido parte en el proceso, invoquen un interés legítimo en el asunto debatido”.

También se ha reconocido legitimación a la parte que no comparezca como apelada cuando ha obtenido una sentencia favorable en la instancia (SSTC 42/1989, de 16 de febrero, fj. 1º, 43/1990, de 15 de marzo, fj. 3º, 61/1990, de 29 de marzo, fj. 3º).

De este modo, la finalidad del requisito procesal del art. 46.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no sería tanto la de restringir la legitimación activa (lo que por otra parte no es posible a la vista de la dicción del art. 162.1.b de la Constitución) como la de estimular (más bien podría hablarse de obligar) a las partes en la relación material para que acudan a sostener la pretensión de amparo ante los tribunales ordinarios, de acuerdo con el principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional y, sobre todo, la de evitar injustificadas mutaciones del objeto procesal como consecuencia de la entrada de nuevas partes en el proceso⁹⁵⁵.

En cuanto a la legitimación institucional, el art. 162.1.b de la Constitución otorga legitimación activa para interponer el recurso de amparo también al Ministerio Fiscal y al Defensor del Pueblo, legitimación que viene por tanto reconocida también en el art. 46.1.a y b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en relación al Defensor del Pueblo, y 3.12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre y modificado por la Ley 14/2003, de 26 de mayo (que ha refundido los apartados 10 y 11 del art. 3 en su originaria redacción) en relación al Ministerio Fiscal. Tal legitimación no está condicionada a que dichos órganos públicos hayan sido parte en el proceso previo ante la jurisdicción ordinaria (STC 86/1985, de 10 de julio, f.j. 1º).

Aunque para algún autor se trataría de un supuesto de sustitución procesal en el que el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo actúan, de una parte, en nombre del titular del derecho fundamental vulnerado (así habría ocurrido, por ejemplo, en el caso resuelto por la STC 81/1990, de 4 de mayo) y, de otra, de la sociedad cuyo ordenamiento jurídico impone a los poderes públicos el respeto y la promoción de los derechos fundamentales⁹⁵⁶, otros admiten únicamente esta segunda fundamentación a tal legitimación, por cuanto que incluso en el caso de que el titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado –y en cuya defensa recurre en amparo el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo– se oponga a tal protección, no puede objetarse tal legitimación institucional (como sucedió en los casos resueltos por las SSTC 11/1991, de 17 de enero, y 67/1991, de 22 de marzo, respecto de las

⁹⁵⁵ Vicente GIMENO SENDRA, “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 122.

⁹⁵⁶ Vicente GIMENO SENDRA, *op. cit.*, pág. 111.

resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que acordaron que los internos del GRAPO no recibiesen asistencia médica ni fuesen alimentados forzosamente hasta que perdiesen la conciencia o tomaran una decisión contraria a la que en ese momento mantenían)⁹⁵⁷, sin perjuicio de que en estos casos el art. 46.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional imponga la comunicación de la interposición del recurso, una vez admitido a trámite, a los posibles agraviados que fueran conocidos, y el anuncio en el B.O.E. a efectos de comparecencia de otros posibles interesados, para que puedan intervenir en el recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional, en la citada STC 86/1985, de 10 de julio, fj. 1º, declara sobre el carácter de esta legitimación institucional:

“La legitimación para recurrir en amparo que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal en el apartado 1.b) de su art. 162 y que aparece igualmente recogida en el punto 1.b) del art. 46 de la LOTC, se configura como un ius agendi reconocido a este órgano en mérito a su específica posición institucional, funcionalmente delimitada en el art. 124.1 de la norma fundamental. Promoviendo el amparo constitucional, el Ministerio Fiscal, defiende, ciertamente, derechos fundamentales, pero lo hace, y en esto reside la peculiar naturaleza de su acción, no porque ostente su titularidad, sino como portador del interés público en la integridad y efectividad de tales derechos”.

En estos casos de legitimación institucional, aunque el recurso de amparo mantiene su naturaleza subsidiaria, en el sentido de que debe haber un previo pronunciamiento del juez ordinario, no puede exigirse que el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo hayan sido parte en el proceso judicial previo⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 240.

⁹⁵⁸ Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 178 y 180 y siguientes.

Además de la legitimación institucional del Ministerio Fiscal como recurrente en amparo, le corresponde un importante papel en el recurso de amparo constitucional al prever el art. 47.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

“El Ministerio Fiscal 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”.

En dos momentos fundamentales se produce la intervención: 1) en el trámite de admisión a trámite del recurso de amparo, puesto que conforme al art. 50.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la providencia de inadmisión se notifica al Ministerio Fiscal, único legitimado para recurrirla, y conforme al art. 50.3 hay que oírlo a efectos de dictar en su caso auto de inadmisión; y 2) una vez admitido a trámite el recurso, en el trámite de alegaciones del art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sean escritas (apartado 1º), sean orales (apartado 2º).

La legitimación pasiva en el recurso de amparo es más problemática, por cuanto que su regulación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es muy fragmentaria y no existe una previsión como la que el art. 162.1.b de la Constitución contiene respecto de la legitimación activa, que es de gran utilidad para interpretar el art. 46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Además, la propia naturaleza del recurso de amparo (o quizás pudiera hablarse más adecuadamente de los “recursos de amparo”, según se trate de las distintas modalidades que tienen cabida en los arts. 42 a 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) provoca dudas sobre quién ostenta la legitimación pasiva en este tipo de proceso.

Así por ejemplo, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁹⁵⁹ entiende que en los casos de recursos de amparo del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en los que realmente se imputa la vulneración del derecho fundamental a una acción u omisión de un órgano judicial (distintos de aquellos en los que la imputación al órgano judicial es un mero

⁹⁵⁹ “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *cit.*, pág. 22 y siguientes.

expediente técnico para permitir el acceso al amparo de violaciones de derechos fundamentales causados por particulares), no hay dualidad de posiciones, no es propiamente un proceso *inter partes*, sino una *querela nullitatis* (como el recurso de casación por quebrantamiento de forma): no es demandado el Ministerio Fiscal, que defiende en el amparo el interés general y puede interesar incluso la estimación de la demanda, habiendo atribuido el Tribunal Constitucional, en el ATC 63/1997, de 6 de marzo, f. 3º, al Ministerio Fiscal la “cualidad de «parte imparcial», de auténtico *amicus curiae* de este Tribunal”; no es tampoco demandado la parte contraria en el proceso *a quo*, cuya presencia en el proceso es contingente y además no se le imputa la violación del derecho fundamental; y en cuanto al Abogado del Estado, que conforme al art. 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional interviene cuando está interesada una Administración Pública, entiende este autor que tampoco interviene propiamente como parte demandada⁹⁶⁰, por lo que puede afirmarse que se trata de recursos de amparo que carecen de parte demandada, sin que ninguna administración o poder público se vea constreñido a defender el acto impugnado, sin perjuicio de la eventual defensa que del mismo pueda hacer el Ministerio Fiscal si entiende que no existe lesión de derechos fundamentales⁹⁶¹.

En todo caso, las anteriores apreciaciones no son de aplicación a los recursos de amparo de los arts. 42 y 43, ni a los del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional cuando la imputación de la vulneración del derecho fundamental al órgano judicial sirve para dar acceso al amparo a una vulneración causada originariamente por un particular y a la que el órgano judicial no puso remedio.

A este respecto, el art. 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su apartado primero, establece:

⁹⁶⁰ Lo que sí parece claro es la diferencia de la actuación entre el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado: mientras que éste defiende a la Administración, hasta el punto de que su Reglamento de 1943, no derogado en este extremo, le obliga a recurrir todas las resoluciones judiciales que sean contrarias a los intereses de la Administración, independientemente de que las entienda ajustadas o no a Derecho, el Ministerio Fiscal actúa “en defensa objetiva de la legalidad”.

⁹⁶¹ Cfr. Pablo PÉREZ TREMPES, “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 183.

“Podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso o que ostenten un interés legítimo en el mismo”.

Se trata de una norma que, sin hacer referencia directa a la legitimación pasiva, reconoce a determinadas personas la posibilidad de comparecer, con el carácter de demandado o de coadyuvante, en el recurso de amparo.

Pero la previsión, contenida en el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, del recurso de amparo como protección “frente a las violaciones de los derechos y libertades (...) originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes” implica que siempre y en todo caso el recurso de amparo haya de dirigirse frente al acto de un poder público y que, por tanto, tal poder público haya de ostentar, de un modo u otro, legitimación pasiva en el recurso de amparo. El problema es que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional carece de una regulación específica sobre la legitimación pasiva de los poderes públicos en el recurso de amparo constitucional.

Ante esta laguna, la doctrina, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pone en primer lugar de relieve la amplitud del concepto de poder público, comprensivo de los tres poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y, dentro del primero, de la Administración del Estado, de las Comunidades Autónomas y Administración local, así como las corporativas y organismos autónomos (v.g., colegios profesionales, delegado del Gobierno en RENFE, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Televisión Española, etc.⁹⁶²).

El art. 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que “los órganos ejecutivos, tanto del Estado como de las Comunidades autónomas, serán representados y defendidos por sus Abogados. Por los órganos ejecutivos del Estado actuará el Abogado del

⁹⁶² Ver *infra* epígrafe IX-D-b-1-a, “la ampliación del concepto de poder público”.

Estado”. Y el art. 52.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé que se dé intervención en el recurso de amparo al Abogado del Estado si estuviera interesada la Administración Pública. No obstante, cuando el acto impugnado en amparo proceda del poder legislativo (*interna corporis acta*, art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) parece lógico que la cámara legislativa sea defendida en amparo por el correspondiente Letrado de la cámara legislativa en cuestión, y cuando provenga de una administración distinta a la del Estado, por el correspondiente Letrado de la respectiva Administración. Cuando se trata de un amparo del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dirigido frente a acciones u omisiones judiciales que se reputan lesivas de un derecho fundamental, es pacífico que el órgano judicial no puede intervenir en el proceso y emitir su opinión en defensa de su modo de actuar, y que ha de ser el Abogado del Estado quien intervenga⁹⁶³.

La falta de una regulación clara plantea la cuestión de si los particulares a los que el art. 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite intervenir como demandados en el recurso de amparo constituyen una parte principal o, pese a la utilización de la expresión “demandado”, se trata de otra forma de intervención. Vicente GIMENO SENDRA⁹⁶⁴ entiende que dado que conforme al art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el recurso de amparo sólo es procedente contra los actos de los poderes públicos, y aun en el caso de violaciones cometidas por particulares, la asunción de dicha violación por el órgano judicial que no la remedió implica que la legitimación pasiva como parte principal demandada ha de corresponder siempre al poder público. Y que el particular al que el art. 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite intervenir como demandado es un interviniente litisconsorcial que, al no ser parte principal, no podrá modificar el objeto procesal delimitado por el recurrente en amparo y el poder público demandado, ni podrá por sí mismo, sin el consentimiento de la parte principal demandada, producir alguna crisis procesal a través de algún medio anormal de finalización de la instancia, aunque, como cualquier interviniente, puede ejercitar todas las posibilidades y

⁹⁶³ José ALMAGRO NOSETE, “Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 340 y siguientes, Mercé BARCELÓ I SERRAMALERA, “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 767.

⁹⁶⁴ “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 133 y siguientes.

cargas procesales, medios de ataque, defensa e impugnación que coadyuven al triunfo de la tesis del poder público demandado.

El Tribunal Constitucional ha declarado que dichas personas a las que se permite, como demandados o coadyuvantes, la posibilidad de personarse en el proceso de amparo, no pueden deducir pretensiones propias que modifiquen el objeto del proceso de amparo fijado por el demandante de amparo en su recurso, quedando limitada su actuación a formular alegaciones respecto de las pretensiones deducidas por el recurrente en amparo (STC 66/1989, de 17 de abril, fj. 1º), que además sólo podrán ser tenidas en cuenta si la personación lo ha sido en tiempo y forma, pues la personación extemporánea no permite retrotraer ni interrumpir el curso del proceso de amparo.

La mención del “coadyuvante” contenida en dicho precepto ha de entenderse siempre referida al coadyuvante del demandado, no del demandante, figura que no es admitida por el Tribunal Constitucional más que en el caso de recursos de amparo promovidos por el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo (ATC 103 bis/1981, de 23 de octubre), aunque posteriormente se ha matizado esta postura admitiendo en ciertos casos coadyuvantes del demandante (ATC 146/1996, de 10 de junio, fj. único, STC 164/2000, de 12 de junio, fj. 2º).

La distinción entre demandado y coadyuvante del demandado contenida en el art. 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional genera problemas. La distinción parece reflejo de la que se contenía en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente cuando se promulgó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que era la de 1956. Esta distinción ha desaparecido en la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ha eliminado la figura del coadyuvante, equiparándolo al demandado y unificando las posturas procesales de quienes pueden intervenir en el proceso contencioso-administrativo como parte pasiva.

De la dicción del art. 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional parece desprenderse que como demandados podrán comparecer las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso, y que como coadyuvantes del demandado podrán comparecer las personas que ostenten un interés legítimo en el recurso de

amparo. Parece que se está introduciendo una gradación en el interés legítimo para ser parte en el proceso: de un lado, un interés cualificado, consistente en el mantenimiento de la decisión, acto o hecho objeto del recurso de amparo por quien ha sido favorecido por tal decisión, acto o hecho, y de otro lado, un interés menos cualificado, consistente en tener un interés legítimo en el propio recurso de amparo.

La cuestión se complica porque algunas resoluciones del Tribunal Constitucional (AATC 125/1981, de 19 de noviembre, fj. 1º, y 188/1996, de 8 de julio, fj. 3º) parecen negar la posibilidad de comparecer como parte pasiva del recurso de amparo a quienes tengan meramente interés en la decisión que recaiga en el recurso de amparo. Se trata de resoluciones aisladas, de sentido no muy claro. En todo caso, entiendo que habría que distinguir entre quien tenga un interés legítimo en el recurso por su relación directa con los hechos objeto del recurso y quien tenga solamente un interés en que la posición que el Tribunal Constitucional adopte respecto de una determinada cuestión jurídica debatida en el recurso sea de un determinado signo, a la vista de la trascendencia que la doctrina sentada en la resolución puede tener respecto de la jurisdicción ordinaria (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Por poner un ejemplo en relación a casos reales que han sido objeto de recursos de amparo, en supuestos como los que fueron objeto de los AATC 382/1996, de 18 de diciembre, y 333/1997, de 13 de octubre (recursos de amparo contra las sentencias que desestimaron la impugnación de los padres de sendos alumnos contra la decisión de los colegios en que estudiaban de expulsarlos por razones disciplinarias), no es lo mismo el interés que pudieran haber tenido las respectivas Asociaciones de Padres de Alumnos de los citados centros en el recurso de amparo, en el sentido de que no se considerara una vulneración del derecho fundamental a la educación una expulsión necesaria para el mantenimiento de un razonable orden y disciplina en el centro educativo, que el interés que pudiera haber mostrado un determinado sindicato de profesores o de estudiantes en que en supuestos como los que fueron objeto de tales recursos de amparo se considerara por el Tribunal Constitucional la existencia o inexistencia de una vulneración *iusfundamental*. Entiendo que al menos en supuestos como el primero de los enunciados, aun no habiendo sido “parte favorecida” en el proceso ante la jurisdicción ordinaria cuya sentencia fue impugnada en amparo, es difícil negar la existencia de un interés legítimo en el recurso a las referidas Asociaciones de Padres de Alumnos que les habría permitido, de haberlo

pretendido, intervenir como coadyuvantes de los demandados (los titulares de los centros escolares) en el recurso de amparo. Negar en tales casos la posibilidad de personarse como coadyuvante del demandado supondría, entiendo, vaciar de contenido normativo el último inciso del art. 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Esta cuestión de la legitimación pasiva de particulares en el recurso de amparo, concretamente en el caso de amparos frente a acciones u omisiones judiciales encuadrados en el art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es especialmente relevante en lo relativo a vulneraciones de derechos fundamentales producidas en el seno de relaciones entre particulares. Y ello porque en tales casos, en virtud de lo previsto en el art. 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la posición de demandado podrá ser ocupada por la persona que ha sido originariamente causante de la lesión del derecho fundamental. Dicha persona habría resultado absuelta en la sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria, razón por la cual se entendería que dicha resolución judicial, al no remediar la lesión del derecho fundamental, habría vulnerado el mismo, abriendo así la puerta al recurso de amparo conforme al art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como se examinará detalladamente más adelante (es el caso, por ejemplo, del demandado por intromisión ilegítima en el derecho al honor o a la intimidad que resulta absuelto de la demanda). O bien tal posición de demandado puede ser ocupada por la persona que solicitó la protección de su derecho fundamental vulnerado en una relación jurídico-privada ante la jurisdicción ordinaria y obtuvo una sentencia reconocedora y protectora de tal derecho, pero que quien ha sido condenado como vulnerador de un derecho fundamental considera que, a su vez, lesiona un derecho fundamental diferente, del que es titular y que ha invocado en el proceso en justificación de su conducta (como es el caso del demandante por intromisión en el derecho al honor o a la intimidad que obtuvo una sentencia estimatoria de la demanda, frente a la cual el condenado interpone recurso de amparo por vulneración de las libertades de expresión o información que invocó como justificadoras de su acción).

Así pues, si bien la posibilidad de que el particular interponga un recurso de amparo por la violación de un derecho fundamental causada por otro particular exige realizar una interpretación muy flexible del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como se verá más adelante, por el contrario la intervención del particular como parte pasiva en el

recurso de amparo relativo a la violación de un derecho fundamental producida en el ámbito de una relación jurídico-privada no requiere esfuerzo interpretativo alguno, pues está expresamente prevista en el art. 47.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Se trata, pues, de supuestos en los que se vuelven a situar como partes actoras y demandadas del proceso a los particulares incurso en la relación jurídico-privada en la que supuestamente se produjo la vulneración del derecho fundamental, bien manteniéndose la misma posición en el proceso ante la jurisdicción ordinaria y en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (caso de que la demanda ante la jurisdicción ordinaria hubiera sido desestimada y el actor interponga recurso de amparo contra la sentencia desestimatoria), bien invirtiéndose las posiciones (caso de que la demanda ante la jurisdicción ordinaria hubiera sido estimada y el demandado interponga recurso de amparo contra la sentencia estimatoria, por entender que ésta vulnera un derecho fundamental cuyo ejercicio legítimo habría justificado su conducta). El recurso de amparo en estos casos sigue planteándose fundamentalmente entre dos partes “privadas”, sobre las que planea la correspondiente actuación judicial⁹⁶⁵.

Ahora bien, lo anteriormente expuesto no permite que formalmente pueda dirigirse el recurso de amparo exclusivamente contra un particular a quien se impute la vulneración de un derecho fundamental, dado que, conforme al art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el recurso de amparo protege a los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos. Por tal motivo, la STC 24/1980, de 30 de septiembre, desestimó un recurso de amparo dirigido contra un grupo de particulares, integrantes de una “clase privilegiada”. El Tribunal Constitucional afirmó que “por muy intensa que pueda ser la relación entre clases privilegiadas y los poderes públicos, es evidente que aquéllas nunca pueden estar pasivamente legitimadas en un proceso constitucional”⁹⁶⁶.

⁹⁶⁵ Joaquín GARCÍA MURCIA, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, coord. Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *cit.*, pág. 733.

⁹⁶⁶ En este sentido, Vicente GIMENO SENDRA en “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 129.

4) Objeto del recurso de amparo

En cuanto al objeto de recurso de amparo, ha de ser siempre una pretensión de protección de un derecho fundamental frente a una vulneración concreta y efectiva del mismo (STC 83/2000, de 22 de abril, fj. 2º). Como se veía al analizar la protección de los derechos fundamentales por los jueces ordinarios, al contrario de lo que sucede en el proceso ordinario, en el que la cuestión constitucional relativa a la eficacia y protección del derecho fundamental puede ser introducida no en la demanda por el actor, sino en la contestación a la demanda por el demandado, tanto en el proceso especial ante la jurisdicción ordinaria como en el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional la pretensión de protección del derecho fundamental ha de ser siempre el objeto de la demanda de amparo.

En el modelo concentrado de justicia constitucional puro o típico, el kelseniano, la Constitución sólo es justiciable en cuanto canon de validez de las normas con fuerza de ley, para lo que existen cauces procesales específicos (recurso y cuestión de inconstitucionalidad). La supremacía constitucional no se manifiesta como prioridad aplicativa de la Constitución en cualesquiera procesos, sino como límite frente al legislador que ciertos órganos del Estado pueden hacer valer ante el Tribunal Constitucional, por lo que los derechos fundamentales ven neutralizada su condición de derechos subjetivos para transformarse en valores objetivos que circunscriben las posibles opciones legislativas. Sin embargo, en el modelo diseñado por nuestra Constitución, el recurso de amparo es un mecanismo del sistema de justicia constitucional ante el Tribunal Constitucional que permite que el carácter normativo de la Constitución se traduzca en la existencia de genuinos derechos subjetivos accionables por los particulares sin necesidad de intermediación alguna⁹⁶⁷. De este modo, las normas constitucionales reguladoras de los

⁹⁶⁷ Luis María Díez-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 34. Este autor refiere esta potencialidad de hacer efectivo el carácter normativo de la Constitución en cuanto a los derechos fundamentales únicamente al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero en realidad tal afirmación ha de referirse a todo el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, no sólo el amparo ante el Tribunal Constitucional, sino también el amparo ordinario, tanto a través de procesos especiales como en cualquier proceso o recurso ordinario.

derechos fundamentales no vinculan exclusivamente al legislador, a efectos de su desarrollo respetando su contenido esencial, sino que vinculan también directamente a los jueces ordinarios y al Tribunal Constitucional en cuanto que reconocen derechos directamente accionables.

Una primera puntualización que ha de hacerse es que no todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución pueden ser objeto del recurso de amparo. Mientras que la tutela judicial ordinaria es una característica esencial de todos los derechos fundamentales, por cuanto que si carecieran de la misma no se trataría de “derechos” fundamentales, sino de meras normas objetivas o principios programáticos, de carácter constitucional por encontrarse recogidos en la Constitución, pero sin el carácter de “derechos” subjetivos que sólo tienen los dotados de tutela judicial efectiva, la tutela constitucional mediante el recurso de amparo sólo puede considerarse como una característica accesoria: ni la tienen todos los derechos fundamentales, ni, como se ha visto, los que la tienen gozan de dicha tutela en todo caso y circunstancia.

Si bien el Tribunal Constitucional, en ocasiones, ha parecido confundir la noción de derechos fundamentales con la de aquellos que gozan de tutela constitucional mediante el recurso de amparo, es mayoritaria la opinión que entiende que son derechos fundamentales todos aquellos dotados de un contenido esencial resistente al legislador y de tutela judicial efectiva. Y esas dos características no sólo las tienen los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución y en el art. 14 de la Constitución más la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución, únicos a los que se reconoce la protección mediante el recurso de amparo en el art. 53.2 de la Constitución, sino que las tienen todos los derechos reconocidos en el Capítulo II de la Constitución⁹⁶⁸.

Esta exclusión de los derechos fundamentales de la Sección 2ª del Capítulo II de la Constitución (salvo la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución) del acceso al recurso de amparo trae consigo algunas consecuencias indeseables. Como indica Pedro CRUZ VILLALÓN, no es lógico que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entienda

⁹⁶⁸ Me remito a tal efecto a lo expuesto *supra*, epígrafe III-B, “¿qué derechos reconocidos en la Constitución española son derechos fundamentales?”.

de vulneraciones de derechos producidas en España respecto de las cuales el Tribunal Constitucional no ha podido entender⁹⁶⁹. Efectivamente, en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales se consagran algunos derechos y libertades que no se corresponden con ninguno de los reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de nuestra Constitución y sí, por el contrario, con algunos de los reconocidos en los demás preceptos de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, que no tienen acceso al recurso de amparo.

Por tanto, el recurso de amparo supone un “plus” de protección de determinados derechos fundamentales, pero no es una característica esencial de los mismos.

Se plantea también si existen derechos no expresamente previstos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución que, no obstante, resulten susceptibles de tutela a través del recurso de amparo. La cuestión se plantea, en primer lugar, respecto de los derechos fundamentales *per relationem*⁹⁷⁰, es decir, cuando el Tribunal Constitucional estima que determinadas normas constitucionales recogidas fuera de los citados preceptos complementan alguno de los derechos reconocidos en los mismos y merecen ser protegidas mediante el recurso de amparo, lo que sucede, por ejemplo, con el “enriquecimiento” del contenido del art. 24 de la Constitución con normas y principios procedentes del Título VI de la Constitución (justicia gratuita, publicidad del proceso, motivación de las sentencias, acción popular, etc.) o con el principio-derecho de igualdad y no discriminación del art. 14 en relación a otros derechos de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I o incluso a principios rectores del Capítulo III de dicho Título I de la Constitución, dado que el derecho

⁹⁶⁹ “Pero nuestro amparo constitucional no sólo requiere, seguramente, lo que podríamos llamar un mayor rigor en el régimen de admisión a trámite. También está abierto a un horizonte de ampliaciones posibles. Hoy día, por ejemplo, no parece haber razón alguna de peso para que, una vez implantado el amparo constitucional, éste no se extienda a los derechos fundamentales de la Sección 2ª del Capítulo II; por lo demás, no tiene mucho sentido el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos esté recibiendo demandas individuales frente a España por vulneración del derecho de propiedad, con base en el primer Protocolo adicional, sin que dichas demandas, por imperativo de lo dispuesto en el art. 53.2 de la Constitución, hayan podido ser previamente examinadas por este Tribunal Constitucional”. “Las tareas del Tribunal Constitucional”, Memoria del Tribunal Constitucional del año 1999, que puede consultarse en el sitio web del Tribunal Constitucional, <http://www.tribunalconstitucional.es/MEMORIAS.htm>.

⁹⁷⁰ Luis María Díez-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 20. A esta “ampliación” del objeto del recurso de amparo a través de los arts. 14 y 24 de la Constitución se refiere también Francisco RUBIO LLORENTE, “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 147 y siguientes.

reconocido en el art. 14 de la Constitución podría considerarse que tiene un contenido instrumental referido siempre a otros bienes jurídicos o derechos, fundamentales o no, en relación a los cuales ha de darse la igualdad o no discriminación⁹⁷¹. En estos casos, ha de tenerse siempre muy claro que lo que se ampara es el derecho fundamental a no ser discriminado o a la tutela judicial efectiva, por referirme a los dos supuestos antes comentados, y no otros derechos o bienes de protección constitucional, sin perjuicio de tener siempre presente que la Constitución no está formada por compartimentos estancos y que sus preceptos han de ser interpretados e integrados de un modo sistemático, por referencia a los demás preceptos constitucionales. Pero la lesión directa ha de ser no de estos otros derechos o principios constitucionales, sino de alguno de los derechos fundamentales incluidos en el ámbito del art. 53.2 de la Constitución⁹⁷².

Además de estos supuestos referidos a los arts. 14 y 24 de la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado susceptibles de amparo determinados derechos a los que se refieren preceptos de la Constitución situados fuera de los arts. 14 a 29 y 30.2 dada su imbricación e indisociabilidad con otros derechos que sí están regulados en tales artículos. Tal es el caso del derecho a crear partidos políticos, que pese a la mención específica a tal institución contenida en el art. 6 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha declarado que es susceptible de amparo constitucional a través de la invocación del art. 22 (derecho de asociación), como declaró la STC 3/1981, de 2 de febrero, f.j. 1º.

Otro tanto sucede con el derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en la STC 184/1991, de 30 de septiembre, lo ha vinculado al derecho de sindicación del art. 28.1 de la Constitución, extendiéndole así la protección a través del recurso de amparo. O con el derecho al ejercicio de la iniciativa legislativa popular el art. 87.3 de la Constitución, al que el Tribunal

⁹⁷¹ Así por ejemplo, en la STC 80/1982, de 20 de diciembre, se resolvió sobre la eficacia en un litigio sobre reconocimiento de filiación, del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de filiación (art. 14, en relación al art. 39.2 de la Constitución), pero en todo momento la resolución sobre la demanda de amparo planteada contempló si existía una violación del derecho a no ser discriminado del art. 14 de la Constitución, no sobre si existía una vulneración del art. 39 de la Constitución.

⁹⁷² En este sentido, Luis GÓMEZ AMIGO, “La sentencia estimatoria del recurso de amparo”, *cit.*, págs. 56 y siguientes.

Constitucional ha extendido la protección del recurso de amparo por su vinculación con el art. 23.1 de la Constitución, que protege el derecho a la participación en los asuntos públicos (ATC 428/1989, de 21 de julio).

También se plantea la cuestión de si todas las declaraciones constitucionales contenidas en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución están protegidas por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Se trata del problema que se examinó anteriormente⁹⁷³, en relación a las inciertas fronteras existentes a veces entre derechos fundamentales, garantías institucionales y mandatos al legislador.

Parece evidente que el problema habrá de resolverse en cuanto a la cuestión sustantiva, y una vez decidido lo que es derecho fundamental, será susceptible de amparo. Porque lo que parece evidente es que, con independencia de lo fluidos que puedan considerarse los límites entre garantías institucionales y mandatos al legislador, de un lado, y derechos fundamentales, de otro, sólo éstos podrán ser objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en el ATC 360/1990, de 5 de octubre, fj. 4º, al afirmar:

“Por un lado, el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas; algunos principios se han insertado en ese apartado constitucional por distintas razones, entre otras, la simple conexión temática. Lo importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es solo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posea el enunciado. Por otro lado, el mandato garantista del art. 53.2 C.E. no desvirtúa lo dicho dado que, como el mismo reza, lo que ha de protegerse a través de procedimiento preferente y sumario,

⁹⁷³ Ver *supra* epígrafe III-D, “derechos fundamentales, garantías institucionales y mandatos o habilitaciones al legislador”.

y del amparo, en su caso, son las «libertades y derechos», no cualquier enunciado encuadrado en los arts. 14 a 30 de la Constitución”.

Y así, si el Tribunal Constitucional ha considerado que los arts. 18.4 y 27.10, por ejemplo, de la Constitución, puede servir para fundar un recurso de amparo constitucional, ello se debe a que ha considerado que el primero de los preceptos contiene, además de un mandato al legislador, un derecho fundamental, el de autodeterminación informativa (por todas, STC 292/2000, de 20 de noviembre, fj. 5º), y porque ha considerado también que la autonomía universitaria del segundo de los citados preceptos es también un derecho fundamental (STC 26/1987, de 27 de febrero, fj. 4º). Pero en otros casos el Tribunal Constitucional ha declarado que determinados incisos contenidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución no regulan derechos fundamentales y por tanto no son susceptibles de amparo constitucional, como son los supuestos del art. 27.8, sobre inspección y homologación del sistema educativo por los poderes públicos (SSTC 86/1985, de 10 de julio y 26/1987, de 27 de febrero), del art. 16.3 de la Constitución, sobre relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones religiosas (STC 93/1983, de 8 de noviembre) o los principios del sistema punitivo y penitenciario del art. 25.2 de la Constitución (STC 28/1988, de 23 de febrero). Como dice Luis María DÍEZ-PICAZO⁹⁷⁴, el Tribunal Constitucional no ha tenido un enfoque meramente “geográfico” del ámbito de protección del recurso de amparo, nunca ha entendido que todas las normas que se hallan dentro de los arts. 14 a 29 más el 30.2 declaran derechos fundamentales, y por consiguiente, pueden ser hechas valer a través del recurso de amparo.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha declarado que no cabe fundamentar el recurso de amparo exclusivamente en la vulneración de derechos reconocidos en Tratados Internacionales (STC 84/1989, de 10 de mayo, fj. 5º) o en el Derecho comunitario europeo (STC 64/1991, de 22 de marzo, fj. 4º).

Ahora bien, también parece claro que no puede restringirse el objeto del recurso de amparo constitucional privando de protección en dicha vía a aquellos preceptos de los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución que puedan considerarse como derechos fundamentales.

⁹⁷⁴ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 80.

Como se ha dicho antes, aunque la utilización en la regulación del recurso de amparo por la Constitución de las expresiones “en su caso” (art. 53.2) y “en los casos y formas que la ley establezca” (art. 161.1.b) otorga al legislador un amplio margen para configurar el recurso de amparo, hay sin embargo dos límites infranqueables derivados de la propia Constitución: además del relativo a la legitimación activa, antes examinado, la imposibilidad de que los derechos fundamentales a los que se refiere el art. 53.2 de la Constitución no puedan acceder al recurso de amparo. Aunque en algunos momentos, especialmente con motivo de las fricciones surgidas entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a causa de la anulación por aquél de algunas resoluciones de éste⁹⁷⁵, se han alzado voces que han propugnado la conveniencia de sustraer algunos derechos fundamentales, fundamentalmente el de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, de la posibilidad de acceder al amparo ante el Tribunal Constitucional, la mayoría de la doctrina rechaza tal posibilidad, que privaría de contenido normativo a la mención contenida en el art. 53.2 de la Constitución sobre los derechos fundamentales protegibles en amparo⁹⁷⁶.

Otra cuestión relacionada con el objeto del recurso de amparo es la exclusión de las cuestiones de legalidad ordinaria. Como ya vimos al analizar la atenuación de las diferencias entre la función de los jueces ordinarios y del Tribunal Constitucional en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales⁹⁷⁷, aunque en principio ha de entenderse que la intervención del Tribunal Constitucional debe circunscribirse a las cuestiones de trascendencia constitucional, y no a las de mera legalidad ordinaria, difícilmente puede fijarse el contenido de los derechos fundamentales a partir sólo de la Constitución sin acudir a otras normas, en especial a los tratados internacionales (art. 10.2 de la Constitución) y a las leyes de desarrollo, por lo que el Tribunal Constitucional ha de aplicar inevitablemente la legalidad infraconstitucional cuando tal desarrollo legislativo ha tenido lugar, sobre todo en los llamados derechos fundamentales de configuración legal, y ha de tomar en consideración al realizar su enjuiciamiento los referidos tratados

⁹⁷⁵ Concretamente a raíz de la STC 7/1994, de 17 de enero

⁹⁷⁶ Cfr. “El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma”, *cit.*, pág. 16. Me remito a lo expuesto *supra* en el epígrafe IX-B-f, “carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”, sobre el carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁹⁷⁷ *Supra* epígrafe IX-B-c-2, “la limitación del objeto del recurso de amparo: la distinción entre constitucionalidad y mera legalidad”.

internacionales⁹⁷⁸. Pero pese a esta flexibilización de la diferencia entre el plano de la constitucionalidad y el de la legalidad ordinaria, es claro que el recurso de amparo no puede tener por objeto cuestiones de legalidad ordinaria, aun relacionados de algún modo con un derecho fundamental, y no puede identificarse toda infracción de ley como infracción constitucional.

Ahora bien, lo anterior no significa que el recurso de amparo proteja solamente el contenido esencial del derecho fundamental⁹⁷⁹. En la visión especial o topográfica utilizada normalmente por el Tribunal Constitucional⁹⁸⁰, junto al contenido esencial o núcleo indisponible del derecho fundamental deducible directamente de la Constitución, existe una zona adicional que puede ser ampliada en menor o mayor medida por el legislador infraconstitucional, atribuyendo facultades o derechos adicionales que pasan a integrar el contenido del derecho (STC 51/1988, de 22 de marzo, fj. 5º, entre otras). El Tribunal Constitucional ha considerado que frente a la vulneración de estas facultades adicionales cabe también el recurso de amparo.

Así, en la STC 18/2003, de 30 de enero, fj. 3º, declara el Tribunal Constitucional:

“...el contenido adicional, y no sólo el esencial es también tutelable en amparo, según nuestra jurisprudencia (por todas, STC 13/1994, de 23 de marzo, F. 3). Y el hecho de que la regulación del mismo corresponda al ámbito de disponibilidad del legislador ordinario no supone que, una vez establecida, tal regulación pueda ser inaplicada o aplicada en términos incompatibles con el sentido del derecho legal, so pena de que la eventual

⁹⁷⁸ Víctor FERRERES COMELLA (“Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial”, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política [SELA] organizado por la Universidad de Yale en 2004 sobre “Los límites de la Democracia”, celebrado en Oaxaca, Méjico, disponible en <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pdf>, pág. 14) hace una interesante reflexión sobre el riesgo de “sobreconstitucionalización” del Derecho cuando el Tribunal Constitucional aumenta en demasía su capacidad de revisar las resoluciones judiciales y se produce una excesiva constitucionalización de los problemas jurídicos, entendiendo que ello impacta además en el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

⁹⁷⁹ Cfr. Pablo PEREZ TREMPES, “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 58.

⁹⁸⁰ *Infra* epígrafe XI-G, “la resistencia de los derechos fundamentales a la inacción del legislador. El “contenido esencial” del derecho fundamental, ¿“contenido mínimo” aplicable por el juez ordinario?”.

vulneración producida en la aplicación del mismo trascienda al derecho fundamental”⁹⁸¹.

Por último, no puede ser objeto del recurso de amparo el “exceso de amparo” concedido por los tribunales ordinarios. El recurso de amparo no es un medio para la conformación de una situación de hecho de acuerdo con las exigencias del conjunto de normas del ordenamiento jurídico aplicables para la regulación de aquélla, sino un instrumento encaminado a la restauración de intereses subjetivos ínsitos en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales que integran su ámbito de protección, y esta finalidad se encuentra en la base de todas las actuaciones realizadas en el recurso de amparo⁹⁸². El recurso de amparo no existe para preservar la pureza y correcta aplicación del sistema normativo, ni la corrección de la jurisprudencia, sino para proteger los derechos fundamentales de los particulares, y si éstos obtienen más de lo que por sus derechos fundamentales debería corresponderles, no es misión del recurso de amparo restablecer el equilibrio perdido⁹⁸³. Por eso la STC 86/1985, de 10 de julio, fj. 2º, ha declarado:

“Es obvio que esta última petición [la petición de aclaraciones e ilustración frente a una “interpretación inadecuada de la Constitución”] no puede ser atendida, pues si bien “la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de

⁹⁸¹ En relación concretamente al derecho de libertad sindical del art. 28.1 de la Constitución, la STC 13/1997, de 27 de enero, fj. 3º, declara:

“Los Sindicatos, junto a los medios de acción que configuran el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de las funciones que constitucionalmente les corresponden (art. 7 de la CE), pueden ostentar otras facultades o derechos adicionales atribuidos por normas legales o reglamentarias que pasan a engrosar el contenido del derecho, siendo, por tanto, los actos contrarios a tales facultades susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo por incidir en el contenido de ese derecho (SSTC 39/1986 y 184/1987, entre otras)”

⁹⁸² Manuel CARRASCO DURÁN, “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 50 y siguientes.

⁹⁸³ Luis María DÍEZ-PICAZO, “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *cit.*, pág.29 y siguientes.

inconstitucionalidad" (art. 40.2 LOTC) esa corrección no puede ser objeto de la pretensión y, desde luego, no cabe en modo alguno como objeto específico de un recurso de amparo”.

De ahí que sólo quepa interponer recurso de amparo frente a la sentencia que estima que no ha existido vulneración de derecho fundamental y por tanto no adopta la medida de protección del derecho fundamental solicitada, no contra la sentencia que ha otorgado protección al derecho fundamental, aunque haya sido indebidamente, a juicio de la parte que ha perdido el litigio, salvo que ello implique a su vez la vulneración del derecho fundamental de otra parte del proceso. No es posible, en nuestro sistema de garantías constitucionales, el “contra-amparo”, como ha dejado claro el Tribunal Constitucional. En la STC 114/1995, de 6 de julio, f.j. 2º, ha declarado al respecto:

“La demanda confunde, en este extremo, la naturaleza y el sentido, y por consiguiente el ámbito, de la jurisdicción de amparo de derechos fundamentales que a este Tribunal corresponde en virtud de lo previsto en los arts. 53,2 («tutela de las libertades y derechos») y 161,1 b) CE («violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53,2 CE»), de donde resulta que la alegación, precisamente, de la violación de uno de estos derechos y la consiguiente petición de su tutela resultan presupuestos inexcusables de esta jurisdicción de amparo. Tal como se encuentra, pues, configurada dicha jurisdicción, no basta la alegación de que los preceptos constitucionales en los que los diversos derechos fundamentales se proclaman han sido erróneamente interpretados o aplicados, pues el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas respecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales, sino sólo y exclusivamente sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos (SSTC 52/92, f. j. 1º y 167/86, f. j. 4º). De ahí que la cuestión, a nuestros efectos, no sea la de si, como entiende el recurrente, el art. 14 CE, en sí mismo, resulta infringido «tanto no

teniéndolo en cuenta» como aplicándolo indebidamente. Pues la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos; de aquellos derechos fundamentales, se entiende, aludidos en el art. 53,2 CE. La infracción del precepto constitucional es, desde luego, condición necesaria, pero no condición suficiente. En pocas palabras, si se prefiere, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley”.

Lo anteriormente expuesto ha llevado a algún autor⁹⁸⁴ a calificar al recurso de amparo como “unidireccional”, utilizable por sólo una de las partes, la que considera que su derecho fundamental no ha sido amparado por el juez ordinario, pero no por la otra parte, la que considera que el amparo del derecho fundamental ha ido demasiado lejos (salvo que, naturalmente, considere que ese exceso de amparo ha supuesto, a su vez, la vulneración de otro derecho fundamental del que es titular).

Es esa una de las razones por las que la tesis expresada por Mariano BACIGALUPO SAGESSE de que el juez ordinario puede ir más allá que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales puede plantear graves distorsiones⁹⁸⁵. Al no ser posible en algunos casos el acceso al Tribunal Constitucional de los asuntos en los que el juez ordinario vaya “más allá” que el Tribunal Constitucional en el amparo de los derechos fundamentales, este exceso de amparo quedará sin fiscalización por el órgano que constituye la instancia superior en materias de garantías constitucionales.

b. La protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo

Análisis especial merece el problema del acceso al recurso de amparo de aquellas pretensiones de protección o reparación del derecho fundamental frente a vulneraciones

⁹⁸⁴ Ignacio Díez-Picazo Giménez, “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *cit.*, pág. 20.

⁹⁸⁵ Ver *supra* epígrafe IX-B-d, “¿puede ir el juez ordinario más lejos que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales?”.

producidas en el seno de las relaciones entre particulares, que, como ha podido verse en lo expuesto hasta ahora, plantean, además de los problemas generales referidos cualquier modalidad de recurso de amparo, una problemática específica.

1) Art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: el requisito del origen público de la lesión del derecho fundamental

La Constitución no regula con precisión qué casos pueden llegar en amparo al Tribunal Constitucional o contra qué actos cabe el recurso de amparo.

El legislador, al desarrollar los preceptos constitucionales relativos al recurso de amparo en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, estableció, entre otros, un precepto, el art. 41.2, que parece limitar los actos susceptibles de recurso de amparo. Dice el citado precepto:

“El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes”.

¿Trata el legislador con este precepto de excluir del recurso de amparo las violaciones de derechos fundamentales provocadas por actos de particulares y restringirlo sólo a las violaciones de derechos fundamentales originadas en relaciones jurídico-públicas, mantenidas por los ciudadanos con los distintos poderes públicos?.

Una primera lectura del mencionado precepto, potenciada, como se verá, por una interpretación restrictiva del art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, podría llevar a esta conclusión⁹⁸⁶. Pero el análisis sosegado de la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y de las opiniones que al respecto se han vertido por la doctrina introduce importantes objeciones a esta primera impresión. El Tribunal Constitucional ha seguido una línea que, a través de una ampliación del concepto de “poderes públicos” contenido en el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a través de una consideración “dual” del valor de la sentencia judicial en relación al acto público que debe ser impugnado, según el origen de la vulneración iusfundamental se ubique en una relación jurídica pública o privada, y mediante una interpretación extensiva del art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que imputa a la resolución judicial el origen inmediato y directo de la lesión del derecho fundamental cuando el litigio resuelto tiene por objeto un supuesto de vulneración de derechos fundamentales en relaciones entre particulares, permite el acceso al recurso de amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales producidas por la actuación de particulares.

a) La ampliación del concepto de poder público

En primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho una interpretación extensiva del concepto de “poderes públicos” contenido en dicho precepto⁹⁸⁷.

⁹⁸⁶ En este sentido, Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 14.

⁹⁸⁷ Esta técnica de la ampliación de la noción del poder público ha sido utilizada en otros campos para ampliar a su vez la eficacia de derechos que, en principio, sólo podían ser efectivos en relaciones verticales, entre ciudadano y poder público, como es el caso de los dimanantes de Directivas comunitarias europeas no transpuestas en tiempo y forma. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo ha establecido una interpretación favorable a la máxima eficacia de las Directivas no transpuestas, al establecer una noción amplia del concepto Estado en varios supuestos. Así hizo, por ejemplo, en la sentencia de 26 de febrero de 1986, caso *Marshall*, en relación con los servicios de salud públicos. El caso objeto de esta sentencia era el de una empleada de los servicios de salud británicos que alegaba la violación de la Directiva 76/207 sobre el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo al aplicársele unas normas británicas en materia de jubilación. Ante la defensa del Gobierno británico de que actuaba en los servicios de salud en calidad de empresario, como cualquier otro particular, y por tanto no se reunía la exigencia de la invocabilidad frente al Estado para producir el efecto directo vertical, el TJCE rechazó esa disociación afirmando que cuando los particulares “pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que sea la calidad en que éste actúe”, por lo que, ya actúe en su calidad de autoridad pública, ya actúe de forma análoga a un empresario, “el Estado no puede sacar ventajas de haber ignorado el Derecho Comunitario”. Y también en la sentencia de 12 de julio de 1990, caso *Foster*, en relación con empresas concesionarias de servicios públicos. El caso objeto de esta sentencia enfrentaba a unas trabajadoras de la Corporación Británica de Gas con esta empresa estatal y después privatizada, en relación con la aplicación de

En el ATC 93/1980, de 12 de noviembre, consideró susceptibles de recurso de amparo determinados actos de los Colegios Profesionales, en cuanto que entes públicos de carácter corporativo. Pero si bien la anterior declaración puede considerarse acorde con el carácter de administración corporativa que tienen dichas entidades, el Tribunal Constitucional ha ido más allá en su línea de extensión del concepto de poder público a efectos de los actos susceptibles de recurso de amparo.

Así, en la STC 35/1983, de 11 de mayo, pese a una afirmación inicial de que la noción de “poderes públicos” incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado, admite que también toda entidad que presta un servicio público se coloca en una especial relación de dependencia respecto de los “poderes públicos”, más o menos intensa en función del control ejercido por éstos. Y así, respecto del ente “Televisión Española”, entendió que “cuando el servicio queda reservado en monopolio a un establecimiento cuya creación, organización y dirección son determinadas exclusivamente por el poder público, no cabe duda de que es éste el que actúa, a través de persona interpuesta, pero en modo alguno independiente”, por lo que rechazó la excepción de inadmisibilidad planteada por el Abogado del Estado en base al supuesto carácter privado del ente responsable del acto jurídico impugnado en amparo.

En otras resoluciones, el Tribunal Constitucional ha considerado como actos de los poderes públicos, a efectos de justificar la interposición de recursos de amparo, las disposiciones de régimen interior dictadas por el Delegado del Gobierno en RENFE (STC 26/1981, de 17 de julio). Sin embargo, esta extensión del concepto de poder público no ha

la Directiva 76/207 sobre igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. El TJCE consideró que las disposiciones de una Directiva susceptible de tener efectos directos se pueden invocar ante "un organismo que, cualquiera que sea su forma jurídica, haya sido encargado en virtud de un acto de autoridad pública de cumplir, bajo el control de ésta última, un servicio de interés público y que disponga, a ese fin, de poderes exorbitantes en relación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares". Como dice la profesora Araceli MANGAS MARTÍN (“Las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno de los Estados Miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, dirigido por Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Granada, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 72.), «... el Tribunal va ampliando como una mancha de aceite la noción de Estado, lo que sin duda es plausible, con la finalidad de proteger los derechos de los particulares, pero también puede originar nuevas dudas y obligar a los jueces a hacer indagaciones inciertas sobre el control que ejerce la Administración sobre ciertas empresas».

sido ilimitada, y así el Tribunal Constitucional ha denegado la procedencia del recurso de amparo contra actos de los partidos políticos (STC 10/1983, de 21 de febrero y 85/1986, de 25 de junio), federaciones deportivas (67/1985, de 24 de mayo) o cajas de ahorro (SSTC 18/1984, de 7 de febrero, 49/1988, de 22 de marzo, 133/1989, de 19 de julio y 160/1990, de 18 de octubre).

b) Diferente valor de la sentencia en relación al acto público objeto de impugnación según que la vulneración de derechos fundamentales se produzca en relaciones jurídico-públicas o jurídico-privadas

Además de esta ampliación del concepto de “poderes públicos”, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación del art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distinguiendo según se trate de violaciones de derechos fundamentales en el seno de las relaciones jurídico-públicas o en el de las jurídico-privadas.

En el primer caso, cuando el derecho fundamental se ha vulnerado en una relación jurídico-pública, el Tribunal Constitucional ha entendido que debe impugnarse directamente el acto del poder público lesivo para el derecho fundamental, no la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acto de la Administración y que no anuló tal acto, la cual tendría solamente el valor de resolución judicial que “agota la vía judicial precedente”, en dicción del art. 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, en la temprana STC 6/1981, de 16 de marzo, el Tribunal Constitucional declaró:

“Aunque este precepto [el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional] exige, en efecto, que antes de intentar ante este Tribunal el recurso de amparo contra disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, etc., se ha de agotar la vía judicial precedente, las decisiones producidas en esta vía judicial no han de ser objeto de impugnación por la sola razón de no haber estimado la pretensión deducida por el recurrente. Estas decisiones desestimatorias no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administración

presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son, por tanto, en sí mismas causas de lesión. Otra interpretación llevaría a entender, en definitiva, que no hay más actos u omisiones atacables en vía de amparo constitucional que los actos u omisiones de los órganos judiciales.”

Efectivamente, como afirma el Tribunal Constitucional, una interpretación distinta, que entendiera que lo susceptible de recurso de amparo había de ser siempre la sentencia del órgano judicial contencioso-administrativo resolutoria del recurso judicial contra el acto administrativo, supondría que, salvo en los excepcionales supuestos de actos no susceptibles de impugnación en vía judicial (fundamentalmente los *interna corporis acta* del art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y en excepcionales ocasiones actos políticos del poder ejecutivo no susceptibles de control judicial), sólo cabría recurso de amparo frente a las sentencias judiciales, lo que evidentemente no concuerda con la regulación contenida en el art. 41 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que prevé el recurso de amparo contra sentencias judiciales como una de las varias posibilidades existentes de recurso de amparo contra las actuaciones de los poderes públicos, puesto que en el art. 42 prevé el recurso de amparo contra los actos sin valor de ley emanados del parlamento nacional o de los autonómicos y en el art. 43, contra los actos de los gobiernos y las administraciones públicas, central o autonómicas.

En el segundo caso, el de las violaciones de derechos fundamentales producidas en el seno de una relación jurídico-privada, lo que debe impugnarse en el recurso de amparo será la sentencia del juez, no el acto del particular ratificado o confirmado (en cuanto que no anulado) por el juez. En la STC 6/1988, de 21 de enero, en la que el objeto de litigio del que derivó el recurso de amparo era un despido disciplinario, en el que la Administración había actuado como empresario, es decir, desvestida de *imperium*, el Tribunal Constitucional declaró:

“El acto público aquí impugnado es la sentencia dictada en casación por la Sala 6ª del Tribunal Supremo, resolución judicial a la que, de ser cierto lo aducido en la demanda, se habría de imputar la desprotección de los derechos fundamentales del recurrente, inicialmente vulnerados, en esta

hipótesis, en el curso del expediente disciplinario laboral y en la decisión de despido a la que a su término se llegó, ello con independencia de que, según también se ha expuesto en los Antecedentes, a la misma Sala 6ª del Tribunal Supremo se le reprocha en la demanda unas pretendidas vulneraciones (del principio constitucional de igualdad y de lo que el recurrente llama «principio de proporcionalidad») que no serían ya reiterativas de las que se dicen sufridas extrajudicialmente. En cuanto a estas últimas, se debe recordar y aplicar al presente caso lo que ya dijera este Tribunal en su STC 47/85 de 27 marzo (f. j. 5º), esto es, que los órganos judiciales vienen obligados por el art. 53.2 CE a tutelar los derechos y libertades en dicha disposición reseñados, garantía jurisdiccional ésta que, a falta de regulación procesal específica, se ha de dispensar, en asuntos como el actual, a través del procedimiento laboral y que, caso de denegarse indebidamente, puede dar lugar a la correspondiente acción de amparo constitucional.

Se debe entender encauzada esta acción, en suma, por la vía del art. 44, no por la del art. 43 Ley Orgánica de este Tribunal...”

En consecuencia, el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional precisa los actos susceptibles de amparo en base a un criterio subjetivo, determina que han de ser actos de un poder público. Pero no prohíbe el recurso de amparo frente a violaciones producidas en las relaciones jurídico-privadas, sólo indica la vía a través de la cual ha de realizarse: por medio de la impugnación de la sentencia judicial, en cuanto acto de poder público⁹⁸⁸.

Así pues, el recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales originadas en relaciones jurídico-privadas ha de articularse siempre a través de la sentencia del juez ordinario que conoció de la impugnación del acto del particular, por exigencias del art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁹⁸⁸ En este sentido, Javier BALLARÍN IRIBARREN, en la recensión del libro “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 306.

Se produce de este modo una consideración divergente de la sentencia judicial según cual sea su objeto: si la violación del derecho fundamental tiene su origen en un acto del poder público, la sentencia judicial actúa sólo a efectos procedimentales, como agotamiento de la vía judicial previa, dimanante del carácter subsidiario del recurso de amparo (la existencia de una sentencia judicial no convierte el amparo frente a actuaciones administrativas, art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en amparo frente a jueces, art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, según ha declarado el Tribunal Constitucional en SSTC 6 y 15/1981, 28/1982, 21 y 112/1983, 112/1984, 72/1986, 217/1988, 216/1991, 217/1992). Pero si la vulneración del derecho fundamental se produce originariamente como consecuencia del acto de un particular (un despido discriminatorio, una información de prensa difamatoria, etc.), la sentencia judicial actúa a efectos sustantivos, constituyéndose en el acto del poder público que el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige que exista para que pueda ser objeto del recurso de amparo.

En alguna ocasión, al resolver recursos de amparo respecto de vulneraciones de derechos fundamentales producidas en las relaciones entre particulares, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la “subsidiariedad” del recurso de amparo, pero refiriéndose al deber de protección que tienen los poderes públicos respecto de los derechos fundamentales, concretamente a los jueces y tribunales respecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y al recurso de amparo como remedio “subsidiario” de protección de tales derechos por el Tribunal Constitucional cuando los poderes públicos, y en este caso los jueces y tribunales ordinarios, no han cumplido con tal deber. Así, la STC 18/1984, de 7 de febrero, cuyo FJ 6º declara:

“De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales, a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (artículo 41.1 de la LOTC). En este sentido, debe recordarse que el Tribunal

ha dictado ya sentencias en que ha admitido y fallado recursos de amparo contra resoluciones de órganos judiciales, cuando los actos sujetos al enjuiciamiento de los mismos provenían de particulares,...”

Pero no es esa la “subsidiariedad” a la que nos estamos refiriendo como característica del recurso de amparo, puesto que en tal caso la vulneración del derecho fundamental por parte de la resolución judicial que no lo protege sería el acto del poder público objeto del recurso de amparo, y esta resolución no actuaría a los solos efectos de agotar la vía judicial previa al amparo. En este sentido, por ejemplo, la STC 55/1983, de 22 de junio, fj. 5º, afirmaba:

“Pero por otra parte surge la pregunta de si es posible declarar a pesar de ello la violación también del art. 28.1. Suscita ciertamente el Ministerio Fiscal la cuestión de si, cuando las presuntas violaciones de derechos fundamentales son debidas, como en el presente caso, a un particular, cabe recurso de amparo para su protección. Entiende esta Sala que cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de los efectos de una lesión de tales derechos y la sentencia no ha entrado a conocerla, tras la correspondiente averiguación de su existencia previo el análisis de los hechos denunciados, es la sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión...”

Cuando el origen de la violación es una actuación del poder público, el juez ordinario sólo puede violar por lo general, cara al recurso de amparo, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución o, en todo caso, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 de la Constitución, y en tal caso habrá un recurso de amparo “mixto”, contra el acto de la Administración por violación de otros derechos fundamentales sustantivos y contra la actuación del juez por violación del art. 24 o del 14 en este aspecto de igualdad en la aplicación de la ley. Pero cuando el origen de la violación es un acto privado, sólo el juez, a los efectos del recurso de amparo, viola el derecho fundamental sustantivo, en realidad por omisión del deber de reparar la vulneración de tal derecho producida originariamente por la actuación del particular, y puede añadir además una violación de los

derechos fundamentales del art. 24 ó 14 de la Constitución (en su aspecto de igualdad en la aplicación de la ley) producido *in procedendo*.

c) El requisito del origen inmediato y directo de la vulneración del derecho fundamental en la actuación judicial y de la independencia de los hechos origen del proceso

Afirma Pedro CRUZ VILLALÓN⁹⁸⁹ que “no es una de las menores paradojas de la garantía de los derechos que el órgano que está llamado a asumirla sea al mismo tiempo quien con más frecuencia resulte acusado de la violación de un derecho fundamental, normalmente de estos derechos del art. 24 de la Constitución en sus dos apartados”.

Para este autor, el examen de los sistemas jurídicos donde existe recurso de amparo, y de la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, revela que se trata de un fenómeno que está en la naturaleza de las cosas. El poder judicial es el poder del Estado que con mayor intensidad se encuentra configurado en términos de derechos fundamentales, en el que antes, y con mucha diferencia, las cuestiones de legalidad se convierten en cuestiones de constitucionalidad; o en el que la proporción relativa de legalidad y de constitucionalidad más claramente se vence a favor de esta última. De este modo resulta una característica bifacialidad en la posición del juez en relación con los derechos, hasta tal punto que la línea divisoria entre una posible garantía y una posible vulneración del derecho es en ocasiones extremadamente tenue. ¿En cuántas ocasiones no se convierte la voluntad de amparar a una de las partes en el desamparo de la otra? Desde el momento en que el material con el que el juez se maneja es todo el derecho fundamental, un porcentaje muy alto de su actividad se mueve en el plano de la constitucionalidad, cabría añadir, para bien y para mal.

El recurso de amparo frente a actos u omisiones de los jueces ordinarios (fundamentalmente frente a sus resoluciones) está regulado por el art. 44 de la Ley Orgánica

⁹⁸⁹ “El juez como garante de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 33 y siguientes.

del Tribunal Constitucional. En lo que ahora interesa, este precepto dispone en su apartado 1.b:

“1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: (...)

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.”

Esta exigencia de “origen inmediato y directo” en el acto u omisión del órgano judicial “con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso” que se contiene de modo tan rotundo en este precepto de la ley orgánica podría entenderse como un obstáculo que dificulta notablemente el acceso al amparo de las violaciones de derechos fundamentales producidas en el seno de relaciones jurídico-privadas.

Examinando los términos de dicho art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece, de modo reiterativo, la exigencia de origen inmediato y directo de la violación del derecho fundamental en la actuación judicial, y la independencia de la misma respecto de los hechos objeto del proceso, podría entenderse que la violación de los derechos fundamentales producida en la sentencia judicial que resolvió el litigio sobre vulneración de derechos fundamentales en relaciones entre particulares y que no tuteló el derecho fundamental violado por un particular, no es independiente de los hechos origen del proceso, puesto que no puede determinarse la existencia de tal vulneración sin examinar la controversia de fondo objeto del litigio, y que, por tanto, tal lesión no es imputable de forma “directa” e “inmediata” al juez que dicta la sentencia, sino al particular implicado en la relación jurídico-privada, por lo que en tales casos no se tendría acceso al amparo⁹⁹⁰.

⁹⁹⁰ En este sentido se pronunciaron algunos de los autores que examinaron la cuestión en un primer momento, como Francisco RUBIO LLORENTE y Manuel ARAGÓN REYES, en su trabajo “La jurisdicción

Ahora bien, si, como se ha expresado antes, cuando la violación del derecho fundamental proviene de una actuación de la Administración, la exigencia de agotamiento de la vía judicial previa (el recurso contencioso-administrativo contra dicha actuación administrativa) no supone que el recurso de amparo haya de interponerse contra la sentencia judicial, y si en el caso de recursos de amparo contra resoluciones judiciales se extrema la exigencia de su origen inmediato y directo en la actuación judicial y la independencia de los hechos objeto de tal actuación judicial, el resultado será que sólo cabe recurso de amparo contra actuaciones judiciales por vicios *in procedendo*, que afecten a los derechos fundamentales que podrían denominarse “de contenido procesal”, porque intentan dar una determinada orientación a la actuación de los jueces, es decir, por violación del art. 24 de la Constitución en el proceso judicial o, en todo caso, del art. 14 de la Constitución en su aspecto de igualdad en la aplicación de la ley, pero no cabría el recurso de amparo contra actuaciones judiciales por violaciones de derechos fundamentales “de contenido sustantivo”, es decir, los que persiguen una determinada configuración de las relaciones sociales, con lo que ninguna violación de derechos fundamentales en el seno de las relaciones entre particulares podría tener acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Ello enlazaría con la tesis más radical en la exigencia de “independencia” de la vulneración del derecho fundamental respecto a los hechos del proceso, según la cual la lesión de un derecho fundamental por un órgano judicial sólo tiene relevancia a efectos del amparo constitucional cuando se funde en hechos originados *ex novo* durante el proceso jurisdiccional, esto es, en hechos atinentes a infracciones procesales⁹⁹¹.

Tal conclusión no parece que pueda aceptarse. Apunta un sector significativo de la doctrina que si bien una primera lectura del precepto comentado podría llevar a esta

constitucional”, *cit.*, pág. 876, que entendieron que “aunque el texto constitucional no lo precise, el recurso sólo cabe contra los «actos del poder» que lo conculquen (como expresamente dice el art. 53.2) los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución...”.

⁹⁹¹ Luis GÓMEZ AMIGO, “La sentencia estimatoria del recurso de amparo”, *cit.*, pág. 170. Según este autor, esta tesis se apoyaba en la redacción que el actual art. 54 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional tenía en el proyecto remitido por el Gobierno, mucho más tajante en cuanto a la prohibición al Tribunal Constitucional de revisar o fiscalizar los aspectos jurisdiccionales de las decisiones judiciales objeto de amparo, tanto en cuanto a la fijación de los hechos como a la interpretación y aplicación del derecho al caso concreto.

interpretación estricta y restrictiva para el recurso de amparo por vulneraciones causadas por acciones u omisiones de los jueces, entendiendo que tal recurso de amparo sólo podría tener por objeto las lesiones que, originadas en la actividad jurisdiccional, afectaran a los derechos fundamentales de protección procesal (art. 24 y 14 en su aspecto de igualdad en la aplicación judicial de la ley), si se profundiza en la cuestión, tal interpretación se revela como problemática. El art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no distingue entre uno y otro tipo de derechos fundamentales, y concretamente, no limita el ámbito del recurso de amparo regulado en tal precepto a la protección de los de carácter “procesal”. Por el contrario, se refiere, en términos significativamente genéricos, a la violación de “derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”.

Para estos autores, no parece aceptable una reducción tan drástica del ámbito del recurso de amparo contra actuaciones judiciales sin que la misma aparezca recogida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que, efectivamente, no limita el recurso de amparo contra actos u omisiones de los jueces ordinarios a la protección de los derechos consagrados en el art. 24 de la Constitución o del art. 14 de la Constitución en su aspecto de igualdad en la aplicación de la ley. El deslinde entre los arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha de hacerse en base a la naturaleza del poder público al que se imputa la acción u omisión presuntamente lesiva del derecho fundamental, no en atención a los derechos fundamentales susceptibles de amparo, que en ambos casos son los mismos⁹⁹².

Sin embargo, se trata de un argumento discutible. En primer lugar, porque el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que regula el amparo frente a “decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos...” también se refiere a que los mismos “...violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional...” y sin embargo se trata de un amparo que no puede referirse prácticamente más que al derecho fundamental de acceso a los cargos públicos del art. 23 de la Constitución, sin que ello se haya revelado problemático; en segundo lugar, porque el juez puede violar en sus resoluciones y demás actuaciones otros derechos fundamentales distintos

⁹⁹² En este sentido, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 158.

de los del art. 24 y de la igualdad en la aplicación de la ley del art. 14: puede violar el derecho al honor si insulta en sus resoluciones o al guardar orden en sala; el derecho a la intimidad si desvela en sus resoluciones datos de la vida privada del justiciable cuya revelación no era necesaria para resolver el litigio; el derecho a la inviolabilidad del domicilio si autoriza una entrada en el mismo de modo injustificado, etc.

En todo caso el Tribunal Constitucional, desde el comienzo de su actuación, ha entendido que el recurso de amparo puede interponerse contra actuaciones judiciales, por infringir derechos fundamentales “sustantivos” en relación a las cuestiones de fondo objeto de los litigios sometidos al enjuiciamiento de los jueces y tribunales ordinarios. En la STC 2/1982, de 29 de enero, el Tribunal Constitucional declara:

“1. Nos encontramos, pues, ante un supuesto en el que se atribuye a tales actos de modo directo e inmediato la violación del derecho o libertad sustantivo susceptible de amparo, lo que suscita la cuestión de determinar si entran en el ámbito de tal recurso las hipotéticas violaciones de derechos fundamentales no incluidos en los de carácter formal y procesal establecidos por el art. 24 CE, en cuanto puedan ser atribuidas a órganos judiciales.

2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional desarrolla en sus arts. 41 y siguientes lo dispuesto por la Constitución en relación al recurso de amparo (arts. 53.2 y 161.1.b), especialmente) y establece su ámbito de modo que comprende los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sin limitación alguna a los de carácter formal, siempre que la violación tuviere su origen directo e inmediato en un acto u omisión de un órgano judicial, y que se cumplan los demás requisitos que establece el art. 44 LOTC.(...)

3. (...) Dado que ambas sentencias vienen a penar actuaciones desarrolladas con ocasión del ejercicio de los derechos de reunión y manifestación, no cabe duda de que -en hipótesis- podían ser origen directo e inmediato de la vulneración de tales derechos en la medida en que determinan si la actuación

*de los solicitantes del amparo puede o no incluirse en su contenido y, en consecuencia, ha de calificarse o no de legítima*⁹⁹³.

Este entendimiento de que el ámbito de los derechos fundamentales amparables por la vía del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no se reduce a los derechos “formales” vulnerables *in procedendo* por los órganos judiciales, sino también a los derechos “sustantivos”, que se vulnerarían *in iudicando*⁹⁹⁴, es fundamental a la hora de posibilitar el recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales que tienen su origen en actos de particulares, en lo que respecta a considerar que se cumple el requisito exigido por el art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del origen inmediato y directo de la vulneración del derecho fundamental en la actuación u omisión judicial. En la STC 231/1988, de 2 de diciembre (en la línea de lo afirmado en la STC 55/1983, de 22 de junio, fj. 5º, antes transcrito⁹⁹⁵), el Tribunal Constitucional afirma con toda claridad que la sentencia de la jurisdicción ordinaria, dictada en un litigio en que se dilucida una supuesta vulneración iusfundamental producida entre particulares, puede ser origen inmediato y directo de la vulneración de los derechos fundamentales, al afirmar en su fj. 1º:

“Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, aun cuando la alegada lesión de derechos se originó por la actuación de terceros particulares, se pretendió, por la parte afectada, la corrección de los efectos de esa lesión acudiendo a los órganos jurisdiccionales; y si bien se obtuvo inicialmente de ellos el remedio solicitado, el curso de las diversas alzas y recursos

⁹⁹³ En parecidos términos se pronuncia la posterior STC 62/1982, de 15 de octubre, fj. 3º.c.

⁹⁹⁴ Declara al respecto la STC 186/2001, de 17 de septiembre, fj. 3º:

“Debemos señalar, de entrada, que, respecto al recurso de amparo contra violaciones de derechos fundamentales procedentes de órganos judiciales, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional desarrolla en sus arts. 41 y siguientes lo dispuesto por la Constitución en relación al recurso de amparo [arts. 53.2 y 161.1 b), especialmente] y establece su ámbito de modo que comprende los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sin limitación alguna a los de carácter formal, siempre que la violación tuviere su origen directo e inmediato en un acto u omisión de un órgano judicial, y que se cumplan los demás requisitos que establece el art. 44 LOTC (SSTC 2/1982, de 29 de enero, F. 2; 119/1993, de 19 de abril, F. 3). La violación del órgano judicial puede proceder tanto de su actividad «in procedendo» como de sus pronunciamientos «in iudicando»...”

⁹⁹⁵ *Supra* epígrafe IX-D-b-1-b “diferente valor de la sentencia en relación al acto público objeto de impugnación según que la vulneración de derechos fundamentales se produzca en relaciones jurídico-públicas o jurídico-privadas”.

posibles en la vía judicial (en este caso, los recursos de apelación y casación) condujo a que los Tribunales ordinarios concluyeran por desestimar la pretensión ante ellos deducida para que se remediara la lesión alegada, y en consecuencia, por mantener desprotegidos los derechos fundamentales que la parte recurrente estimaba violados.

La sentencia del Tribunal Supremo que ahora se impugna aparece pues como directamente relacionada (al restablecerla y mantener sus efectos) con una situación que la recurrente estima atentatoria a sus derechos; y por ello, y en cuanto los Jueces y Tribunales ordinarios están obligados por el art. 53.2 CE a la tutela de los derechos y libertades de los arts. 14 a 29, así como del 30.2 CE, procede considerar que la sentencia atacada en amparo ha dado lugar, en forma «inmediata y directa», como exige el art. 44.1 LOTC, a la situación que la recurrente mantiene que vulnera derechos fundamentales. Por tanto lo que procede examinar, como objeto del presente amparo, es si la sentencia mencionada efectivamente atenta a los derechos fundamentales que se alegan”.

Por lo expuesto, el juez ordinario puede infringir los derechos fundamentales no sólo *in procedendo*, y por tanto circunscrita tal posibilidad de vulneración a los derechos fundamentales de contenido “procesal” de los art. 24 y 14 (igualdad en la aplicación judicial de la ley) de la Constitución. También puede, al enjuiciar conductas, violar otros derechos fundamentales, los de contenido “sustantivo”. Así, en la STC 237/1993, de 12 de julio, fj. 3º, reiterando lo expuesto en la STC 119/1993, de 19 de abril, fj 3º, se dice:

“...la interpretación y aplicación judicial de la legalidad ordinaria tan sólo puede ser objeto de recurso de amparo cuando se produzca directamente una vulneración de los derechos fundamentales de contenido sustantivo consagrados en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, o cuando se conculque directamente alguno de los derechos procesales constitucionalmente garantizados por el art. 24 CE, como el acceso a la jurisdicción, las garantías procesales, la obtención de una resolución fundada en Derecho, la ejecución de lo resuelto”.

En cuanto a la otra exigencia contenida en el art. 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la de “independencia de los hechos que dieron lugar al proceso” habrá de entenderse cumplida cuando la lesión del derecho fundamental pueda quedar establecida dejando inalterados los hechos en los que la resolución judicial se basa “acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”. Pero no puede interpretarse como una prohibición al Tribunal Constitucional que le impida entrar a valorar los hechos objeto del litigio planteado ante la jurisdicción ordinaria en el que se alega se produjo la vulneración del derecho fundamental, puesto que ello también supondría en definitiva limitar la posibilidad de amparo contra acciones u omisiones judiciales a la vulneración de los derechos fundamentales que hemos llamado “formales” o “procesales”, los del art. 24 de la Constitución (sería dudoso que pudiera incluso entrarse a valorar si ha existido infracción del art. 14 de la Constitución en su aspecto de igualdad en la aplicación de la ley, pues para ello sería preciso entrar a conocer de los hechos objeto del proceso, a fin de realizar el juicio de igualdad respecto a resoluciones dictadas en otros litigios con identidad de base fáctica).

Cuando el Tribunal Constitucional ampara derechos fundamentales sustantivos, ha de entrar a conocer de los hechos sobre los que se aplicó incorrectamente la norma material (la norma constitucional reguladora del derecho fundamental). En este sentido, la STC 59/1990, de 29 de marzo, f.j. 2º, declara:

“Por esta razón, y porque es misión de este Tribunal restablecer las violaciones de los derechos fundamentales que pudieran cometer todos los poderes públicos, se hace obligado concluir que está autorizado por la Constitución -art. 161.1.b)- y por su Ley Orgánica (arts. 41, 54 y 55.1) a entrar a conocer de los hechos presuntamente causantes de dicha violación, partiendo de los declarados probados por el Tribunal de instancia, puesto que, tal y como este Tribunal tiene afirmado, ni el recurso de amparo es un recurso de apelación ni este Tribunal constituye una 2ª instancia (SSTC 2/1982, 36/1983, 73/1983 y 107/1983, 17/1984...).”

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, en el recurso de amparo, puede entrar a conocer de los hechos objeto del litigio para decidir si la valoración jurídica de los mismos ha sido adecuada a la regulación constitucional de los derechos fundamentales y, consecuentemente, si el derecho fundamental ha sido debidamente protegido, pero sin poder modificar los hechos que el juez ordinario ha tomado como base para realizar tal valoración. A tal efecto, la STC 171/1990, de 12 de noviembre, f.j. 4º, afirma:

“Cuando se ejerce una acción civil para protección del bien jurídico, honor o intimidad frente al ejercicio del derecho reconocido en el art. 20 CE la decisión judicial ha de fundarse necesariamente en una determinada concepción de estos bienes y derechos y de su recíproca relación. Si esta concepción no es la constitucionalmente adecuada, la decisión judicial, como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva de uno u otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y la Ley, debería otorgarle.

En supuestos de este género este Tribunal ha de llevar a cabo también la ponderación de los derechos en presencia, ponderación que ha de efectuarse a partir de los hechos enjuiciados y declarados probados en la decisión impugnada, acerca de los cuales el Tribunal Constitucional, según su propia Ley Orgánica art. 44.1.b), en ningún caso entrará a conocer.(...) Esta delimitación de los hechos y de sus efectos es el punto de partida para el juicio de este Tribunal”

Se trataría, pues de que el Tribunal Constitucional sólo pueda conocer de cuestiones de derecho, de interpretaciones judiciales con incidencia en derechos fundamentales, en definitiva, de cuestiones constitucionales, evitando que el recurso de amparo sea otra instancia más, pero no que para ello prescinda de valorar, desde un punto de vista estrictamente constitucional, los hechos objeto del litigio. Recurriendo a la ya rancia figura del silogismo judicial, podrá admitirse el recurso de amparo contra resoluciones judiciales dictadas en relación con violaciones de derechos fundamentales producidas entre

particulares cuando pueda dejarse inalterada la premisa menor del silogismo (los hechos) y examinar la conexión de la premisa menor con la premisa mayor (el enjuiciamiento).

Aunque pueda confundirse con el requisito contenido en el art. 44.1.c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (“que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”), entiendo que también tiene relación con el requisito del origen inmediato y directo de la vulneración del derecho fundamental en la resolución judicial la exigencia explicitada por el Tribunal Constitucional en el ATC 1074/1988, de 26 de septiembre, fj 2º: es necesario que el lesionado haya alegado directamente ante el juez ordinario correspondiente la vulneración del derecho fundamental en la relación entre particulares, dando así la posibilidad de que pueda repararse la lesión. Si no se ha hecho la alegación, “difícilmente el órgano judicial puede considerarse partícipe de la infracción o vulneración, quedando ésta única y exclusivamente referida a la acción del particular”, sin que sea imputable al juez, por lo que el recurso de amparo no es admisible por no cumplirse la exigencia del art. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Esto ha de enlazarse con la tesis mantenida por Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO⁹⁹⁶, de que “esa exigencia de que haya una imputación inmediata y directa significa, por tanto, que la resolución del Tribunal ordinario debe haber tenido por objeto directo un derecho fundamental; en definitiva, que el pronunciamiento y el juicio del Tribunal se haya emitido teniendo por objeto la declaración, determinación o interpretación de un derecho fundamental”. Se trataría de evitar que pudieran ser recurridas en amparo las resoluciones judiciales que resuelvan litigios entre particulares y que sólo tangencial o indirectamente afecten al ejercicio de un derecho fundamental⁹⁹⁷, porque, en

⁹⁹⁶ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 99.

⁹⁹⁷ Pone como ejemplo Tomás QUADRA-SALCEDO en la citada obra el caso de una demanda contra una sociedad titular de una emisora de radio o de un periódico, en reclamación de una deuda, en la que se estime la demanda y en ejecución de la sentencia se embargue la emisora o la cabecera del periódico. Aunque de dicho litigio pudieran resultar consecuencias lesivas para la libertad de información, el hecho de que el juez ordinario hubiera sufrido un error al aplicar las reglas legales sobre obligaciones y contratos no supone que se haya vulnerado de manera directa e inmediata la libertad de información. El proceso no tenía como objeto directo e inmediato un derecho fundamental, sino una cuestión de legalidad ordinaria, aunque indirectamente pudiera resultar afectado un derecho fundamental. Por tanto, dicho supuesto no tendría acceso al recurso de amparo (*op. cit.*, pág. 98 y siguientes).

caso de no evitarse, el recurso de amparo quedaría convertido en una instancia más cuando se trata de litigios sobre relaciones jurídico-privadas: si en esos casos el recurso de amparo se interpone no contra el acto del particular sino contra la sentencia judicial, y si se considera que ésta puede ser el origen inmediato y directo de una lesión del derecho fundamental cuando trata de modo tangencial o indirecto cualquier derecho fundamental, raro será el caso en el que no quepa un recurso de amparo, desvirtuando totalmente el sentido del mismo. Por ello, el Tribunal Constitucional, pese a realizar una interpretación de los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que permite el acceso al amparo a aquellas violaciones originadas en el seno de relaciones entre particulares, evita tergiversar el sentido de la institución del recurso de amparo al exigir que el requisito de la relación directa e inmediata entre la sentencia judicial y la violación del derecho fundamental consista en que el objeto principal de la sentencia haya sido resolver sobre la alegada violación del derecho fundamental en la relación jurídico-privada.

Por tanto, el Tribunal Constitucional, en estos recursos de amparo, realiza una interpretación reductiva del requisito del origen “inmediato y directo” que permite determinar si la resolución judicial ha de considerarse como fuente de la lesión (lo que ocurrirá en el caso de violaciones de derechos fundamentales en el seno de relaciones entre particulares) o desde el punto de vista de la exigencia de agotar la vía judicial procedente (lo que ocurrirá en el caso de violaciones de derechos fundamentales por el poder ejecutivo y las distintas administraciones). Y tiene, en la práctica, la función de deslindar cuándo un determinado caso ha de encauzarse por la vía del art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (violaciones de derechos fundamentales en el seno de relaciones jurídico-públicas) o por la del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (violaciones de derechos fundamentales en el seno de relaciones jurídico-privadas)⁹⁹⁸.

⁹⁹⁸ En este sentido, Javier BALLARÍN IRIBARREN, en la recensión del libro “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 301 y 305 y siguientes.

2) Recurso de amparo por vulneraciones en relaciones jurídico-privadas y sentido del fallo del juez ordinario

De no aceptarse la visión flexible de los requisitos establecidos por el art. 41.2 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional antes expuesta, resultaría también que el acceso al recurso de amparo de las cuestiones relativas a la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares dependería del sentido del fallo del juez ordinario. Sólo si la sentencia del juez ordinario fuera condenatoria para uno de los particulares, y éste entendiera que esa condena suponía la violación de un derecho fundamental del que es titular, podría admitirse el recurso de amparo contra la sentencia judicial que no había valorado y aplicado debidamente la norma de derecho fundamental, por considerar que dicha sentencia era la causa inmediata y directa de la vulneración del derecho fundamental. Por ejemplo, en el caso frecuente de conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, si la sentencia del juez ordinario es condenatoria por entender que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del art. 18 de la Constitución, al no estar amparada la conducta del demandado por la libertad de expresión o de información del art. 20 de la Constitución, el condenado podría interponer recurso de amparo por entender que la condena judicial supone una violación de su derecho fundamental a la libertad de expresión o de información. En este caso, a los efectos del recurso de amparo, no habría otra violación del derecho fundamental cuyo amparo se solicita que la causada por la sentencia judicial condenatoria.

Pero si la sentencia judicial fuera absolutoria, no podría interponerse recurso de amparo porque, de acuerdo con esa visión reduccionista, la sentencia judicial no es fuente directa e inmediata de lesión alguna de un derecho fundamental. Por ejemplo, en el caso anteriormente citado, si la sentencia fuera absolutoria, el particular que invocaba la intromisión en su derecho al honor no podría recurrir en amparo la sentencia judicial por cuanto que la misma no podría considerarse como origen “inmediato y directo” de la infracción del derecho fundamental, pues tal consideración sólo correspondería a la actuación del particular que fue objeto del proceso judicial, y contra la actuación del particular no cabe recurso de amparo (art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Se trataría de una situación paradójica, como ya puso de manifiesto en su día Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO⁹⁹⁹, puesto que los conflictos de derechos fundamentales entre particulares tendrían acceso al amparo constitucional dependiendo del sentido del fallo del juez ordinario, de que su resolución modifique o no (según se condene o absuelva) la situación creada por la violación del derecho fundamental.

No parece razonable hacer depender la posibilidad de que el conflicto de naturaleza iusfundamental producido entre particulares tenga acceso al recurso de amparo del sentido de la resolución judicial, puesto que en tal caso habría derechos fundamentales que no tendrían nunca acceso al recurso de amparo, como serían, por ejemplo, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, dado que la sentencia judicial condenatoria podrá serlo contra quien haya invocado la libertad de expresión o información para fundamentar su defensa, pero no es fácilmente imaginable la condena de quien haya alegado en su defensa los citados derechos de la personalidad del art. 18.1 de la Constitución.

Sobre este particular, pueden distinguirse tres clases de violaciones de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas producidas por la sentencia del juez ordinario que resuelve la demanda interpuesta con relación a tal conflicto:

1) Falta de protección judicial de un derecho fundamental, violado por la actuación de un particular, por la interpretación y aplicación de normas de derechos fundamentales en su incidencia en relaciones particulares lesiva de derechos fundamentales. Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia del juez ordinario que absuelve al demandado por la intromisión en el derecho fundamental al honor, bien por realizar el juez ordinario una interpretación errónea por indebidamente restrictiva del ámbito protegido por tal derecho fundamental, bien por realizar una interpretación errónea por indebidamente extensa de la libertad de expresión o información como legitimadora de la intromisión en el derecho al honor, bien por una ponderación incorrecta de los derechos fundamentales en conflicto, de las circunstancias en

⁹⁹⁹ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 92.

que la intromisión en el derecho al honor puede estar legitimada por el ejercicio de las libertades de expresión o información.

Joaquín GARCÍA MURCIA¹⁰⁰⁰ opina que en este caso cabría considerar que concurre el requisito del art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que otorga a la “omisión” judicial la condición de acto lesivo revisable en amparo, pues ha existido una actuación omisiva del juez en su función de “guardián” del derecho fundamental, es decir, ha mediado un acto judicial “no reparador” del derecho fundamental que puede considerarse como origen inmediato y directo de la vulneración del mismo. Así se desprende de resoluciones como el ATC 1074/1988, de 26 de septiembre, f.j. 2º, en el que el Tribunal Constitucional declara:

“Como es bien notorio, el recurso de amparo ha sido diseñado como garantía frente a infracciones imputables a actos u omisiones de los poderes públicos (arts. 53.2 de la Constitución y 43 y 44 de la L.O.T.C.), por lo que, en principio, y a sensu contrario, queda excluida esa garantía procesal frente a los actos, hechos y omisiones imputables exclusivamente a particulares. No obstante, este Tribunal Constitucional, en una interpretación flexible del art. 44.1 [inciso inicial y apartado b), de la L.O.T.C.], ha atribuido la vulneración constitucional del derecho a la omisión de Jueces y Tribunales consistente en no corregir debidamente, restableciendo los derechos conculcados, la vulneración imputable originariamente a simples particulares...”¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ En el comentario del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en la obra “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, coord. Juan Luis REQUEJO PAGÉS, *cit.*, pág. 730.

¹⁰⁰¹ En el mismo sentido se pronuncia el ATC 382/1996, de 18 de diciembre, f.j. 3º, cuando afirma:

“Consiguientemente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Sólo así, en verdad, resulta en estos supuestos transitable esa vía del amparo constitucional, toda vez que la Ley Orgánica de este Tribunal exige que la lesión del derecho tenga «su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44.1). En definitiva, lo que se recurre en amparo y, en consecuencia, lo que debe ser objeto de control no es, genuinamente, sino la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas (por todas, SSTC 47/1985, fundamento jurídico 5.º; 88/1985, fundamento jurídico 4.º; 6/1988, fundamento jurídico 1.º, y 231/1988, fundamento jurídico 1.º)”.

En la República Federal de Alemania, un supuesto de este tipo, en que la jurisdicción ordinaria no estimó que se hubiera producido vulneración de un derecho fundamental en una relación entre particulares, es por ejemplo el que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional Federal del caso *Blinkfüer*. En este caso, un pequeño semanario izquierdista reclamó ante la jurisdicción ordinaria una indemnización por los daños que le había causado la campaña de boicot lanzada por el poderoso grupo editorial *Springer*, que había “invitado” a los distribuidores de prensa a no vender las publicaciones que incluyeran información sobre los programas de radio y televisión de la República Democrática Alemana, advirtiéndoles que el grupo editorial podría romper sus relaciones comerciales con quien no siguiera esta “invitación”. La jurisdicción ordinaria desestimó la reclamación del particular, pero el Tribunal Constitucional Federal, en su sentencia de 26 de febrero de 1969¹⁰⁰², dio amparo al semanario, al entender que debido a la capacidad de presión del grupo *Springer*, su posición de supremacía en el mercado, su extraordinario poder social, la libertad que resultaba amenazada era la del semanario. Por la doctrina de la “asunción judicial”, la infracción del derecho fundamental se imputó a la sentencia de la jurisdicción ordinaria que había desestimado la reclamación del semanario, omitiendo de este modo la debida protección del derecho fundamental (o más exactamente, dado el no reconocimiento por el Tribunal Constitucional Federal de la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, el juez ordinario había omitido interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico privado teniendo en cuenta las exigencias que resultaban del reconocimiento de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn).

También el ATC 128/1987, de 4 de febrero, fj. 3º, se pronuncia en similares términos, al declarar:

“Ahora bien, dejando de lado el complejo tema de la eficacia respecto de los particulares de los derechos fundamentales lo cierto es que el recurso de amparo no podría existir si no estuviera involucrado, además del empleador y el trabajador, «algún poder público al cual se le pudiera atribuir la violación del derecho fundamental invocado» [STC 47/1985, de 27 de marzo, fj. 5º]. En este caso, ese poder público es la Magistratura de trabajo, pues «cuando se ha pretendido judicialmente la corrección de una lesión» de un derecho fundamental, y tal corrección no se produce, «es la Sentencia la que entonces vulnera el derecho fundamental en cuestión» [STC 53/1983, de 22 de junio, fj. 5º]. La única forma en que el Juzgador puede violar la Constitución es no corrigiendo la conducta empresarial antisindical, absteniéndose de eliminarla y de restablecer al recurrente en la plenitud de su derecho”.

¹⁰⁰² BVerfGE 25, 256

2) Condena del juez ordinario lesiva de un derecho fundamental en el seno de las relaciones jurídico-privadas por cuanto que entendió que la conducta del particular demandado no estaba amparada por el legítimo ejercicio de un derecho fundamental y, en consecuencia, al considerar que su acción u omisión carecía de cobertura en el ordenamiento jurídico, estimó la demanda y condenó al demandado que invocaba en su defensa el ejercicio de un derecho fundamental.

Tales son los supuestos, por ejemplo, de las sentencias que condenan a un informador por intromisión ilegítima en el derecho al honor o a la intimidad, bien por una interpretación errónea, por indebidamente extensa, del ámbito protegido por tales derechos de la personalidad, bien por una interpretación errónea, por indebidamente restrictiva, de las libertades de expresión o información que, a juicio del órgano judicial, no justificarían tal intromisión en el derecho al honor, bien por una ponderación incorrecta de los derechos fundamentales en conflicto, de las circunstancias en que la afectación del derecho al honor puede estar legitimada por el ejercicio de las libertades de expresión o información. Es decir, se trata justamente del supuesto contrario al analizado anteriormente.

Este tipo de violación por la sentencia del juez ordinario del derecho fundamental ha sido objeto de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, como por ejemplo la STC 171/1990, de 12 de noviembre, en la que el Tribunal Constitucional estimó el recurso de amparo interpuesto por los informadores que habían sido condenados por intromisión en el derecho al honor del piloto de un avión que había sufrido un accidente, por entender que su conducta estaba amparada por las libertades de información y expresión del art. 20 de la Constitución¹⁰⁰³. En el f.j. 11º declara el Tribunal Constitucional que “el Tribunal Supremo, al confirmar las sentencias del Juzgado de 1ª instancia y de la Sala 2ª de la Audiencia Territorial, no ha ponderado adecuadamente los derechos constitucionales en juego y ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la comunicación libre de información del art. 20.1.d) C.E.”. Por tanto, también en este caso la infracción del derecho fundamental se

¹⁰⁰³ Al contrario que en la STC 172/1990, de 12 de noviembre, interpuesta por los informadores de otro periódico por la condena que les había sido impuesta por la información dada sobre el mismo accidente, en la que el Tribunal Constitucional entendió que la ponderación de la jurisdicción ordinaria fue correcta y que la condena a los informadores no había infringido sus libertades de expresión e información.

imputa directamente por el Tribunal Constitucional al órgano judicial que dirimió el conflicto entre derechos fundamentales surgido en el seno de relaciones entre particulares.

En la República Federal de Alemania, un supuesto de este tipo fue el que dio lugar a la sentencia del caso *Lüth*, que supone, de acuerdo con la doctrina, la primera sentencia en la que el Tribunal Constitucional Federal utiliza la tesis de la asunción o imputación judicial, la “finta alemana” a que hacen alusión Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO¹⁰⁰⁴. En este caso, un particular pidió el boicot de una película, y el Tribunal Constitucional Federal le dio amparo frente a la sentencia de la jurisdicción ordinaria que lo había condenado por considerar que había causado un daño por una conducta contraria a las buenas costumbres (parágrafo 826 del BGB). El Tribunal Constitucional Federal, en su sentencia de 15 de enero de 1958¹⁰⁰⁵, consideró que el juez civil está vinculado a los derechos fundamentales. Si no observa esa vinculación y basa su sentencia en el olvido de la influencia de la Constitución sobre las normas civiles, no sólo actúa contra el Derecho constitucional, sino que como poder público viola mediante su sentencia el derecho fundamental a cuyo respeto también por el poder judicial tiene el particular un derecho jurídico-constitucional.

3) Falta de protección judicial del derecho fundamental que deriva de la falta de observancia de la obligación que, formando parte del contenido del derecho fundamental, pesa específicamente sobre el órgano judicial en su labor de enjuiciamiento del conflicto sobre tal lesión, obligación que tiene a los jueces como únicos destinatarios en el ejercicio de la función judicial. Este tipo de violación de derechos fundamentales aplicables respecto de relaciones jurídico-privadas ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en diversos supuestos, como son:

¹⁰⁰⁴ “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 71. De acuerdo con Juan María BILBAO UBILLOS (“Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado...”, *cit.*, pág. XVIII y 88), no sería una técnica de origen alemán, sino que se trata de una doctrina utilizada también en la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo en la decisión del Tribunal Supremo en el caso *Shelley v. Kraemer*, 1948, de acuerdo con la cual se hace responsable de la eventual conculcación del derecho fundamental a los órganos jurisdiccionales del Estado que no tomaron las medidas adecuadas para repararla cuando fue requerida su intervención, ampliando de este modo la noción de *state action* que permite al particular obtener tutela de sus derechos fundamentales. También Jesús ALFARO AGUILA-REAL, al comentar esta sentencia (“Autonomía Privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 119, pie de página 193), califica de “finta” la solución dada por el Tribunal Supremo norteamericano en este caso.

¹⁰⁰⁵ BVerfGE 7, 198.

- SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 78/1982, de 20 de diciembre y 38/1986, de 21 de marzo, en las que la violación del derecho fundamental deriva de la incorrecta aplicación por el juez de las reglas de la carga de la prueba en despidos discriminatorios. Mientras que, según entiende el Tribunal Constitucional, el juez debió trasladar al empresario la carga de la alegación y prueba de un motivo razonable del despido de apariencia discriminatoria, el juez ordinario entendió que era el despedido quien debía probar plenamente el carácter discriminatorio del despido. En este caso, el origen “inmediato y directo” de la violación del derecho fundamental se encuentra en la inobservancia de la obligación judicial de aplicar determinadas reglas de carga de la prueba exigidas por el derecho fundamental.
- STC 47/1985, de 27 de marzo: necesidad de prueba de una actividad contraria al ideario del centro, y no sólo de la disconformidad ideológica, en el caso de despidos de docentes por contradicción con el ideario del centro privado en el que trabajan. Si el juez ordinario declaró procedente el despido con la sola prueba de la disconformidad ideológica, como era el caso objeto del recurso de amparo, se infringió el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16 de la Constitución) del docente.
- SSTC 7/1983, de 14 de febrero, y 8/1883, de 18 de febrero: obligación que para el órgano judicial resulta en cuanto al cómputo del plazo de prescripción de la acción de nulidad de despido discriminatorio, cuya infracción es considerada por el Tribunal Constitucional origen directo e inmediato de la violación del derecho fundamental a la no discriminación del art. 14 de la Constitución.

En puridad, sólo en los supuestos de los apartados 2º y 3º podría verse una vulneración directa del derecho fundamental por el juez ordinario (aunque su “independencia” de los hechos que dieron lugar al proceso, exigida por el art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, es discutible). Pero en los supuestos englobados en el apartado 1º, si bien la imputación directa de la lesión del derecho fundamental al juez

que omite poner remedio a la cometida por un particular no aparece tan clara como en los supuestos de los apartados 2º y 3º, no puede olvidarse la función que tiene el juez ordinario de proteger los derechos fundamentales, por lo que una infracción de tal obligación puede considerarse como una vulneración del derecho fundamental, al menos en su aspecto de deber o mandato de protección por parte de los poderes públicos¹⁰⁰⁶.

En todo caso, para evitar las consecuencias injustas de hacer depender del sentido del fallo judicial el acceso al recurso de amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales producidas en el seno de relaciones jurídico-privadas, el Tribunal Constitucional ha mantenido desde el principio una interpretación de los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que ha permitido el acceso de estos casos al recurso de amparo, con independencia del sentido del fallo judicial, al entender que tanto cuando el fallo es condenatorio de quien invoca un derecho fundamental en su defensa como cuando es absolutorio porque se ha omitido el deber de proteger el derecho fundamental vulnerado en la relación jurídico-privada, existe una vulneración del derecho fundamental directamente imputable al juez ordinario.

3) La línea seguida por el Tribunal Constitucional respecto al amparo en las vulneraciones de derechos fundamentales en el seno de las relaciones jurídico-privadas

Al inicio de la actividad del Tribunal Constitucional, en el voto particular que el Magistrado Francisco TOMÁS Y VALIENTE formuló, y que varios Magistrados más suscribieron, a la STC 5/1981, de 13 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional declinaba fijar una doctrina general apriorística sobre los conflictos que pueden surgir entre el titular de un centro educativo privado y los docentes, y remitía a futuros recursos de amparo para el caso de que surgiera este conflicto y se considerara violado un derecho

¹⁰⁰⁶ En este aspecto abunda Jesús ALFARO AGUILA-REAL (“Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 80 y siguientes) para justificar que se entienda cumplido el requisito del origen inmediato y directo de la vulneración de los derechos fundamentales por la sentencia judicial y se permita de ese modo el acceso al recurso de amparo de aquellos supuestos en los que la vulneración se produjo originariamente en el seno de relaciones jurídico-privadas. También Manuel MEDINA GUERRERO (“La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 107 y siguientes), entiende que lo controlado en estos casos por el Tribunal Constitucional es “la violación del deber de protección de los

fundamental por alguno de los implicados en el mismo, se planteaba por el Magistrado discrepante lo problemático de la solución apuntada, puesto que se trataba de formular recurso de amparo frente a actos de particulares. Dice el voto particular:

“Por otra parte, conviene tener en cuenta, en contra de la opinión del representante del Gobierno sobre la labor de este Tribunal en relación con futuros recursos de amparo promovidos a propósito de la aplicación de la LOECE, que a mi juicio la admisibilidad de tales recursos podría plantear serias dudas, sin que ello suponga en absoluto un intento de prejuzgar la futura doctrina del Tribunal a este respecto.

En ocasiones, el miembro de la comunidad escolar que considere violado alguno de sus derechos fundamentales o libertades públicas en materia educativa cuando se trate de centros privados, podrá encontrar notables dificultades para que aquella presunta violación originada, por ejemplo, en un acto del titular o director del centro que obviamente no son poderes públicos, se plasme en un acto de los poderes públicos, contra el cual tendría ya abierto, previo agotamiento de la vía judicial procedente, el cauce de los recursos de amparo. Ante este problema la mayoría de los miembros de este Tribunal no se ha pronunciado en el cuerpo de la sentencia presente en términos inequívocamente afirmativos de la admisibilidad de tales recursos de amparo y no ha expresado su interpretación al respecto en torno al art. 44.1 de nuestra Ley Orgánica.

Por consiguiente, la simple afirmación de que el Tribunal debe esperar al planteamiento de casos concretos de amparo para perfilar los límites de las libertades públicas y los derechos fundamentales del art. 27 de la Constitución en concurrencia con alguno de los derechos reconocidos por la LOECE no es atendible ni puede ser considerada convincente como base para excluir una sentencia interpretativa en el motivo 1º de la demanda, ni ofrece a los ciudadanos las debidas garantías al respecto, pues bien podría suceder que esos recursos no fuesen admisibles, quedando entre tanto las normas cuyo control abstracto se nos pide ahora sumidas en unos márgenes

de ambigüedad sin duda inconvenientes, y los ciudadanos afectados por ellas faltos de la seguridad jurídica que la Constitución (art. 9.3) postula”

El problema que planteaba esta sentencia, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad, al declinar el Tribunal Constitucional sentar una doctrina general para resolver el conflicto entre el centro educativo privado, en el ejercicio de la libertad de educación, y el profesor del mismo, en el ejercicio de su libertad de cátedra, y remitir la solución a los supuestos concretos que se fueran planteando a través del recurso de amparo, no pasó desapercibido para la doctrina. Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO¹⁰⁰⁷ examinó la cuestión planteada tanto en la sentencia como en el voto particular y propuso una solución, una lectura no “temporal” sino “causal” del art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, donde lo relevante fuera no que el origen de la vulneración del derecho fundamental se hubiera producido primeramente en una relación jurídico-privada, en cuyo caso una lectura “temporal” rechazaría ver en la sentencia judicial la causa inmediata y directa de la vulneración del derecho fundamental, sino que la resolución judicial tuvo como objeto directo la cuestión relativa al derecho fundamental, pues así la actuación judicial podría considerarse ya como causa directa de la vulneración.

El Tribunal Constitucional, en la primera sentencia en que tuvo ocasión de hacerlo, la STC 38/1981, de 23 de noviembre, despejó las dudas suscitadas en su anterior sentencia y abrió el camino al recurso de amparo por violaciones de derechos fundamentales cometidas en el seno de las relaciones entre particulares, al declarar la nulidad radical de los despidos discriminatorios y la procedencia, por razones constitucionales, de invertir o modular la carga de la prueba cuando hay indicios suficientes de discriminación. En esta sentencia, si bien no se razona sobre la trascendencia de los arts. 41.2 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se resuelve de modo que se superan los obstáculos que tales preceptos pueden suponer para el conocimiento por el Tribunal Constitucional de recursos de amparo sobre la violación de derechos fundamentales producidas en relaciones jurídico-privadas. Pese a la previsión contenida en el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de que el recurso de amparo sólo cabe contra los actos u omisiones de los

¹⁰⁰⁷ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 87 y siguientes.

poderes públicos, el Tribunal Constitucional no declaró la nulidad de las sentencias de la jurisdicción laboral, sino que en el fallo de la sentencia de amparo se limitó a declarar la nulidad radical del despido, esto es, de un acto de un particular, por infringir el derecho fundamental a no sufrir discriminación, y a imponer al empresario la readmisión de los trabajadores despedidos¹⁰⁰⁸.

En la STC 78/1982, de 20 de diciembre, no sólo se ratifica esta línea, sino que se entra ya a razonar la trascendencia de los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con la admisibilidad de recursos de amparo por violación de derechos fundamentales producidas en el seno de relaciones entre particulares. Declara el Tribunal Constitucional en el f.j. 1º de esta sentencia:

“El primer punto que debemos abordar es el planteado por la empresa «Ford España, S.A.», en orden a determinar si la cuestión suscitada excede o no del ámbito del recurso, por entender que el amparo no se solicita respecto de una resolución judicial sino frente a actos de un particular (antecedente 7º); actos que -como tales- no son susceptibles de amparo, dado que este recurso limita su ámbito a la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos o libertades originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos, y no por actuaciones de los particulares.

¹⁰⁰⁸ El literal del fallo de la sentencia es el siguiente:

“En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Otorgar el amparo solicitado por X. Y. Z. en cuanto:

a) Declarar que los despidos de que fueron objeto los demandantes por parte de la empresa X. Y. Z. son nulos, con nulidad radical;

b) Reconocer el derecho de los demandantes a no sufrir discriminación por razón de su pertenencia a un sindicato y de presentarse como candidatos para cubrir puesto de representación obrera en la empresa;

c) Restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho o libertad, para lo cual deberán ser admitidos en la empresa, con todo lo demás que procede en los casos de despido nulo, con nulidad radical”.

Sobre la perplejidad que el contenido del fallo provocó en su día en la doctrina, Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 141 y siguientes.

La Sala no puede compartir la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público. Basta leer la demanda, y su suplico, para poder afirmar que el objeto del recurso es la S 30 enero 1982 del Tribunal Central de Trabajo, en cuanto revoca la de Magistratura y con ello infringe, a juicio del actor, el derecho de representación sindical. Problema distinto, del que trataremos más adelante, es que al concretar su pretensión el actor solicite en alguna de sus peticiones (antecedente 1º) que el Tribunal haga declaraciones relativas a la nulidad de la actuación de la empresa, lo que como veremos sí puede exceder del ámbito del recurso de amparo, tal y como aparece delimitado por el art. 41 LOTC.”

Y en el f.º 6º, el Tribunal Constitucional declara:

“Pues bien, para decidir el contenido del fallo hemos de tener en cuenta diversos extremos, como son los siguientes: en primer lugar, que el objeto del recurso es la sentencia impugnada por lo que hemos de decidir sobre su constitucionalidad, y no sobre la validez o nulidad de la actuación de la empresa como pretende el recurrente (antecedente 1º.A); en segundo término, que en el proceso laboral se ha discutido y decidido única y exclusivamente acerca del derecho del actor a ejercitar sus funciones de representante de los trabajadores, por lo que la sentencia aquí impugnada únicamente habrá podido vulnerar de modo directo e inmediato el art. 28.1 CE en cuanto revoca la sentencia de Magistratura que declaró el derecho del actor a ejercitar tales funciones, sin que, por tanto, nuestra sentencia, de acuerdo con el art. 44.1.b) LOTC, pueda contener un pronunciamiento de carácter más amplio en torno a los derechos de D. Vicente...”

El Tribunal Constitucional analiza ya expresamente los obstáculos que el art. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pueden suponer para la admisión de recursos de amparo en los casos de violaciones de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas, entiende que en tales casos el recurso puede admitirse porque la violación del derecho fundamental ha de imputarse al órgano judicial. Y, pese al reconocimiento de las

limitaciones que para el alcance del fallo de su sentencia supone el hecho de que el objeto del recurso de amparo sea la sentencia judicial y no el acto del particular, el Tribunal Constitucional no sólo anula la sentencia que, a efectos del recurso de amparo, ha de considerarse como origen inmediato y directo de la violación del derecho fundamental, sino que también viene a reponer directamente al particular en el derecho fundamental que fue violado, con efectos directos para el otro particular afectado por la relación jurídico-privada, como, por otra parte, hacía también en el fallo de la STC 38/1981, de 23 de noviembre. Esta línea es reafirmada en la STC 55/1983, de 22 de junio¹⁰⁰⁹.

La doctrina del Tribunal Constitucional se consolida a través de sucesivas sentencias, en las que ya se resuelve, de modo no problemático, que el Tribunal Constitucional puede conocer a través del recurso de amparo de las violaciones de derechos fundamentales producidas en relaciones jurídico-privadas, afirmando que es la sentencia del juez ordinario que resolvió el conflicto en la vía judicial precedente la que ha violado el derecho fundamental, considerándola como origen inmediato y directo de la violación, y entendiendo que es independiente de los hechos objeto del proceso judicial. Hasta tal punto es así, que en posteriores sentencias el Tribunal Constitucional no se molesta en forzar la argumentación para solventar el obstáculo que ciertamente suponen estos artículos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para el acceso al amparo de este tipo de violaciones de derechos fundamentales, y reconoce que se trata de una mera solución técnica para posibilitar este acceso al recurso de amparo. Es muy significativa de esta postura la STC 51/1988, de 22 de marzo, que en su f.j. 1º declara:

“El entendimiento correcto de la acción de amparo formulada debe ser, sin embargo, el de que no son tales actos previos al proceso laboral, sino la resolución judicial luego recaída, el acto aquí impugnado. Aquellos actos no son expresión del ejercicio de potestad pública alguna en el sentido aquí relevante, pues no parece que tales mesas electorales en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas sean

¹⁰⁰⁹ Su f.j. 5º se transcribe parcialmente *supra*, epígrafe IX-D-b-1-b, “diferente valor de la sentencia en relación al acto público objeto de impugnación según que la vulneración de derechos fundamentales se produzca en relaciones jurídico-públicas o jurídico-privadas”.

incluirse entre los poderes públicos a que el art. 41.2 LOTC se refiere. Debe, pues, estimarse impugnada aquí la resolución judicial, la sentencia de la Magistratura de Trabajo, a la que habrá que imputar, en su caso, las vulneraciones pretendidas, en concreto, la desprotección de los derechos fundamentales de la entidad recurrente frente a actos de lesión de los mismos sufrida extrajudicialmente.

La construcción técnico-procesal del amparo en los arts. 41 a 43 LOTC obliga, pues, a incluir este proceso en el marco del art. 44, excluidos, como están, directamente del recurso de amparo los actos que no proceden de poderes públicos; ello no impide hablar de que estos actos de «particulares» puedan suponer lesión de derechos fundamentales como los aquí aducidos, pues tal es una forma de expresión que el propio legislador orgánico ha empleado a propósito de la libertad sindical, concretamente en el art. 13 LOLS; pero, por las exigencias técnico-procesales referidas, el recurso de amparo sólo es viable si, en caso de lesión de la libertad sindical por persona o entidad privada, media un acto judicial que no repare las lesiones supuestamente verificadas (o si media acto de cualquier otro poder público reiterativo o no reparador de la lesión previa, si tal hipótesis de intervención de otro poder público que no sea el judicial se diera)”.

El Tribunal Constitucional no realiza ya especiales consideraciones sobre el significado y alcance de los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sino que se limita a afirmar que la imputación de la lesión iusfundamental a la sentencia del juez ordinario es una exigencia técnico-procesal derivada de dichos preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, alusión a su carácter de exigencia técnico-procesal que se repetirá en ocasiones posteriores (por ejemplo, STC 171/1989, de 19 de octubre).

Esta relajación del razonamiento justificativo del origen inmediato y directo de la violación del derecho fundamental por el órgano judicial, el reconocimiento de que la imputación judicial de la vulneración del derecho fundamental que tiene su origen en una relación jurídico-privada es un mero expediente técnico para permitir que el Tribunal

Constitucional conozca las vulneraciones de derechos fundamentales cualquiera sea su origen y el sector de las relaciones jurídicas en que se produzca, se consuma en la STC 129/1989, de 17 de julio, en cuyo fj. 2º el Tribunal Constitucional declara:

“La atribución a los Tribunales de Justicia de la tutela general de los derechos fundamentales (art. 41.1 LOTC y 7.1 LOPJ) y el propósito de asegurar, frente a eventuales vulneraciones, la efectividad de los medios de reacción puestos por el ordenamiento a disposición de sus titulares, han conducido a este Tribunal, a través de una interpretación sistemática del art. 44.1 de su Ley Orgánica, a considerar abierta la vía del amparo constitucional para quienes no hayan obtenido de los órganos de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales frente a lesiones padecidas en el ámbito de relaciones jurídicas constituidas en los distintos órdenes de la vida social, y, entre ellos, en el orden de las relaciones laborales, en el que también la omisión de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del trabajador puede ser impugnada a través del proceso constitucional de amparo, como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquéllos (STC 55/1983 de 22 junio, f. j. 5º)”.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha considerado que en todos estos supuestos de violaciones de derechos fundamentales en el seno de relaciones jurídico-privadas, la vulneración del derecho fundamental es imputable de modo inmediato y directo a la sentencia del juez ordinario que o bien no remedió la infracción del derecho fundamental y dictó sentencia absolutoria cuando se accionó ante él para remediar la violación, o bien condenó al particular sin tomar en consideración que la actuación de éste estaba amparada por el ejercicio de un derecho fundamental conforme a los parámetros constitucionales, o bien desconoció las exigencias que para el enjuiciamiento del litigio derivan directamente para el juez del reconocimiento constitucional del derecho fundamental (los tres distintos sentidos de fallo judicial vulnerador de derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas que se vieron anteriormente). Y que dicha violación imputable al juez es independiente de los hechos objeto del proceso. Aunque la imputación a la resolución judicial de la violación del derecho fundamental originada en el seno de la relación jurídico-

privada sea, en definitiva, un mero expediente técnico-procesal para sortear el obstáculo que suponen los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, recurriendo en ocasiones a una ficción, “como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquéllos [los derechos fundamentales]”.

4) Alcance del fallo de las sentencias de amparo en estos supuestos

Como se vio al comentar la STC 38/1981, de 23 de noviembre, una cuestión controvertida es la del contenido del fallo de las sentencias de amparo cuando el recurso versa sobre una vulneración de derechos fundamentales originada en relaciones jurídico-privadas.

Pese a que en estos supuestos el recurso de amparo se interpone contra la sentencia del juez ordinario por imperativo del art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en numerosas ocasiones el fallo de la sentencia en la que el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo no se limita a anular la sentencia del juez ordinario (a menudo del Tribunal Supremo que ha conocido del recurso de casación), de modo que haya de dictarse nueva sentencia respetando el derecho fundamental, sino que el Tribunal Constitucional repone directamente al particular en su derecho fundamental lesionado, declarando, por ejemplo, la nulidad del despido, o declarando la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial o del Juzgado de Primera Instancia que amparó adecuadamente el derecho fundamental mediante la concesión, por ejemplo, de una indemnización reparatoria por la vulneración del mismo, y que había sido revocada por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional se ampara en la dicción del art. 55.1.a) y c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece:

“La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos...()

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación”.

Pero la solución no es muy coherente con la construcción hecha por el Tribunal Constitucional para salvar el escollo del art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en el sentido de considerar que el objeto del recurso de amparo en estos casos es la sentencia judicial que puso fin a la vía judicial ordinaria y no el acto del particular contrario al derecho fundamental.

Quizás la explicación de ese proceder del Tribunal Constitucional haya que buscarla en razones de eficacia. En algún caso en que ha utilizado la técnica del “reenvío” al órgano judicial ordinario, anulando su sentencia y reenviándole el caso para que, con retroacción de las actuaciones, dictara sentencia respetuosa con el derecho fundamental, ha habido problemas para la protección adecuada del derecho fundamental del particular, como por ejemplo en el caso ya analizado de la STC 115/2000, de 5 de mayo, en que, considerando infringido el derecho a la intimidad de la recurrente en amparo, anuló una Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que desestimaba una demanda de protección de la intimidad promovida por una “famosa” asidua de las revistas del corazón, pero no declaraba firme la sentencia de la Audiencia Provincial que había sido casada por el Tribunal Supremo. Éste dictó una nueva sentencia, de 20 de julio de 2000, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional (es decir, estimando vulnerado su derecho a la intimidad), pero fijó una indemnización muy escasa en favor de la demandante, que volvió a recurrir en amparo, dictándose una nueva sentencia por el Tribunal Constitucional, la STC 186/2001, de 17 de septiembre, en la que volvía a anular la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, pero esta vez no utilizaba la técnica del reenvío, sino que dejaba subsistente, a efectos de la determinación de la cuantía indemnizatoria, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, es decir, reponía directamente a la perjudicada en su derecho fundamental, fijando la indemnización por la vulneración sufrida, por remisión a la cuantía fijada por la Sentencia de la Audiencia Provincial. Esta solución podía haber sido adoptada en la primera sentencia del Tribunal Constitucional, pero al actuar constreñido de un modo estricto a la consideración de que el objeto del amparo era la sentencia del Tribunal Supremo que ponía fin a la vía

ordinaria, limitándose a anularla, dio lugar a que la nueva sentencia del Tribunal Supremo tampoco amparara adecuadamente el derecho fundamental infringido, por lo que finalmente el Tribunal Constitucional, además de anular la sentencia del Tribunal Supremo, fijó de hecho la indemnización por la vulneración del derecho fundamental causada por el particular al declarar firme la sentencia de la Audiencia Provincial que había fijado tal indemnización, en vez de dar lugar a que el Tribunal Supremo volviera a dictar una nueva sentencia que sustituyera a la nuevamente anulada¹⁰¹⁰.

Se ve también en esta cuestión que el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para permitir el acceso al recurso de amparo de este tipo de violaciones de derechos fundamentales es un mero “expediente técnico” que, bajo la consideración de la sentencia del juez ordinario como origen inmediato y directo de la violación del derecho fundamental y, por tanto, objeto del recurso de amparo, encubre una situación en la que la violación original del derecho fundamental tiene por origen la actuación de un particular, y es esa actuación la que ha de anularse o compensarse mediante la fijación de una indemnización.

Una muestra clara de lo anteriormente expuesto se ve en las sentencias del Tribunal Constitucional que tienen por objeto decisiones empresariales vulneradoras de derechos fundamentales, en las que el Tribunal Constitucional declara la nulidad de dicha actuación empresarial, reponiendo al trabajador en sus derechos (ya sea la readmisión en la empresa, por ser nulo el despido, ya sea la reintegración en sus derechos sindicales)¹⁰¹¹.

¹⁰¹⁰ El asunto ha llegado hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el recurso interpuesto por el director y la editora de la publicación, que en la Sentencia de 13 de mayo de 2003 entendió que la manera en que el Tribunal Constitucional interpretó y aplicó la legislación interna aplicable, al fijar el *quantum* de la indemnización por remisión a la sentencia de la Audiencia Provincial no revela ninguna apariencia de iniquidad o de arbitrariedad flagrantes que puedan plantear un problema en el terreno del artículo 6.1 del Convenio y que tampoco hubo infracción la libertad de expresión y de información protegida en el artículo 10 del Convenio.

¹⁰¹¹ Algunos ejemplos de lo expuesto son:

- la STC 38/1981, de 23 de noviembre, en cuyo fallo se acuerda:

“a) Declarar que los despidos de que fueron objeto los demandantes por parte de la empresa X. Y. Z. son nulos, con nulidad radical;

b) Reconocer el derecho de los demandantes a no sufrir discriminación por razón de su pertenencia a un sindicato y de presentarse como candidatos para cubrir puesto de representación obrera en la empresa;

Como se vio anteriormente¹⁰¹², Luis María DÍEZ-PICAZO entiende que de las soluciones alternativas que el Tribunal Constitucional puede adoptar al dictar una sentencia estimatoria del recurso de amparo, esta última (devolver la causa al tribunal *a quo* para que dicte nueva sentencia) sólo debería existir cuando, junto a la invocada violación de un derecho fundamental, hay pretensiones conexas de legalidad ordinaria.

c) Restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho o libertad, para lo cual deberán ser admitidos en la empresa, con todo lo demás que procede en los casos de despido nulo, con nulidad radical”.

- la STC 78/1982, de 20 de diciembre, cuyo fallo dispone :

“a) Declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal Central de Trabajo impugnada, de 30 de enero de 1982, recaída en el recurso de suplicación número 198/1980, con los efectos precisados en el último Fundamento Jurídico de esta sentencia.

B) Reconocer que don Vicente Barber Delgado tiene derecho a ejercitar sus funciones de representante de los trabajadores mientras se sustancia el recurso de casación interpuesto por la empresa «Ford España, S. A.» contra la sentencia de la Magistratura número 5 de Valencia de 12 de diciembre de 1978, por la que se declara improcedente su despido; todo ello en los mismos términos contenidos en el fallo de la sentencia número 576, de 13 de diciembre de 1979, de la Magistratura de Trabajo número 1 de Valencia, y con el alcance que precisa el último Fundamento Jurídico de la presente sentencia”;

- la STC 99/1994, de 11 de abril, cuyo fallo acuerda:

“1.º Reconocer a don Juan Antonio Fernández Solís el derecho a la propia imagen del art. 18.1 CE.

2.º Anular las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz, de 20 de septiembre de 1989, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 12 de febrero de 1990.

3.º Declarar radicalmente nulo y sin efectos el despido del recurrente, en los términos establecidos en el fundamento jurídico 8.º de esta sentencia [declaración de la nulidad radical del despido por contrario al art. 18.1 de la Constitución, pero con limitación de los efectos económicos de la reanudación retroactiva de la relación laboral, excluyendo de su cómputo el tiempo transcurrido durante la tramitación del recurso de amparo]”.

O la STC 169/1999, de 27 de septiembre, cuyo fallo establece:

“1º Reconocer que se ha vulnerado el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva.

2º Restablecerles en su derecho y, a este fin, anular la Sentencia de 13 de abril de 1994 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Oviedo, dictada en los autos de núm. 547/93, y la Sentencia de 17 de febrero de 1995, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, recaída en el recurso núm. 1736/94.

3º Declarar la nulidad del despido de los recurrentes, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración”.

¹⁰¹² Ver *supra* epígrafe IX-B-c, “diferencias y semejanzas entre la actuación del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo constitucional y la actuación de los tribunales ordinarios en su función de protección de los derechos fundamentales”.

Sin embargo, aunque en las vulneraciones de derechos fundamentales producidas en las relaciones entre particulares suelen suscitarse cuestiones conexas de legalidad ordinaria (entidad de los daños y perjuicios a indemnizar, consecuencias de la nulidad radical del despido vulnerador de derechos fundamentales, etc.), vemos que en ocasiones el Tribunal Constitucional ha optado por no devolver la causa al tribunal ordinario y resuelve directamente la cuestión (o buena parte de ella) objeto del litigio en relación al cual se planteó el recurso de amparo, bien declarando en su fallo las medidas para la protección del derecho fundamental (reintegración en el puesto de trabajo, pago de salarios de tramitación en determinados términos, etc.), bien declarando la firmeza de la sentencia de un tribunal inferior que había sido revocada por la sentencia que fue objeto del recurso de amparo y en la que se fijaba una indemnización, se determinaban los términos de la reintegración a su puesto laboral del trabajador despedido, etc.

5) La cuestión procesal y la cuestión sustantiva

En nuestro país, sobre todo en los inicios de la discusión sobre esta materia, ha existido una cierta confusión entre la cuestión procesal relativa al recurso de amparo, esto es, si las violaciones de derechos fundamentales producidas en relaciones entre particulares pueden tener acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y la cuestión sustantiva, esto es, si los derechos fundamentales son eficaces no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a particulares.

El problema es que el propio Tribunal Constitucional confunde a veces ambos planos, y dado que para que la vulneración del derecho fundamental tenga acceso al recurso de amparo es preciso que sea imputable a un poder público, entiende que la única eficacia del derecho fundamental en las relaciones jurídico-privadas es la de vincular al juez que ha de resolver sobre las mismas, y que por tanto sólo el juez puede vulnerar el derecho fundamental, construcción ésta que permite el acceso de la vulneración al recurso de amparo, en cuanto que imputable a un poder público.

En este tipo de resoluciones un sector de la doctrina busca base de apoyo para la teoría de que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas es

la derivada de su dimensión objetiva y, por tanto, de su carácter de mandatos o deberes de protección a los poderes públicos. Un claro ejemplo de lo expuesto puede encontrarse en resoluciones como los AATC 382/1996, de 18 de diciembre, y 333/1997, de 13 de octubre: los derechos fundamentales han de ser contemplados no sólo como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino además, por su dimensión objetiva, como mandatos de protección dirigidos al Estado, que también se imponen a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva. Por ello, siguen afirmando estas resoluciones (ATC 333/1997, fj. único, repitiendo casi textualmente los términos del ATC 382/1996, fj. 3º), que

“Por consiguiente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en juego cuando se aprecie que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Sólo así, en verdad, resulta en estos supuestos accesible la vía del amparo constitucional, toda vez que la LOTC exige que la lesión del derecho tenga «su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44.1)”.

El Tribunal Constitucional, en estas resoluciones, confunde el plano procesal con el sustantivo. Extiende los efectos de la técnica de la “asunción” o “imputación judicial” desde el campo de lo procesal, donde le sirve para permitir el acceso al recurso de amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales originadas en relaciones entre particulares, al campo de lo sustantivo, donde convierte el conflicto de derechos fundamentales entre particulares en un conflicto entre el agraviado y el juez que resolvió el litigio judicial. Pero el carácter instrumental de esa técnica (pese a que en resoluciones como las transcritas no se deslinde claramente su aspecto instrumental del sustantivo) se descubre claramente cuando el Tribunal Constitucional, tras considerar que el objeto del amparo es la resolución judicial, no se limita a anular ésta (o ni siquiera la anule, como hemos visto) sino que anula la actuación del particular que violó el derecho fundamental (por ejemplo, declarando la nulidad del despido discriminatorio realizado por el empresario) o compense los efectos de la vulneración del derecho fundamental imponiendo al particular una indemnización (que es

lo que ocurre cuando anula la sentencia del Tribunal Supremo y declara la firmeza de la sentencia del juzgado o de la audiencia que fijaba tal indemnización).

Es evidente, por otra parte, que al menos en los casos de sentencias absolutorias por parte de la jurisdicción ordinaria, no fue el órgano judicial quien originariamente violó el derecho fundamental, sino el particular que realizó la conducta vulneradora del derecho fundamental que es amparado por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional admita el recurso de amparo en el supuesto de vulneraciones de derechos fundamentales surgidas en el seno de relaciones jurídico-privadas tiene cierta trascendencia en el plano sustantivo, puesto que supone, de algún modo, que se reconoce que los derechos fundamentales son también eficaces entre particulares. Para llegar a la conclusión de que el juez vulneró *in iudicando* los derechos fundamentales cuando conoció un litigio relativo a relaciones jurídico-privadas ha de partirse de que también dichas relaciones, y no sólo las jurídico-públicas, están regidas por los derechos fundamentales¹⁰¹³. Aunque deba hacer necesaria mención a la resolución judicial que puso fin a la vía judicial ordinaria, por imperativos del art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Tribunal Constitucional tiene que examinar la cuestión de fondo, el litigio entre particulares que fue resuelto por la jurisdicción ordinaria, y dentro del mismo, el alcance que el derecho fundamental tenía en la relación jurídico-privada en cuestión y si se produjo en consecuencia una vulneración del derecho fundamental del que era titular un particular por parte de otro de los particulares incurso en tal relación jurídica (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, fj. 3º, 171/1989, de 19 de octubre, fj. 1º, 177/1993, de 31 de mayo, fj. 2º).

Como afirma Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN¹⁰¹⁴ “la jurisprudencia [constitucional] española recurrió (AROSAMENA lo ha llamado un expediente técnico) a la

¹⁰¹³ En este sentido, Javier BALLARÍN IRIBARREN, Recensión del libro “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 314.

¹⁰¹⁴ “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, dir. Antonio LÓPEZ PINA, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas, 1ª ed., 1991, pág. 293.

tesis de que el Juez que no reconoce un derecho fundamental en la sentencia es un poder público que viola el derecho fundamental, pero es extraordinariamente difícil saber por qué el Juez viola un derecho fundamental si éste no existía previamente entre aquellos que le han sometido al litigio”.

6) Similitudes y diferencias con el caso alemán

Por imputarse la vulneración del derecho fundamental a la resolución judicial y no al acto del particular, se ha denominado la doctrina del Tribunal Constitucional que permite el acceso al recurso de amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales producidas en relaciones entre particulares como de “imputación” o “asunción judicial”. Otros, señaladamente Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO¹⁰¹⁵, califican la línea seguida por el Tribunal Constitucional para permitir el acceso al recurso de amparo de las violaciones de derechos fundamentales entre particulares como “finta alemana”, por entender que se trata de una transposición a nuestro sistema jurídico de la técnica utilizada por el Tribunal Constitucional alemán, por ejemplo en la sentencia del caso *Lüth*, para permitir el enjuiciamiento constitucional de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas.

Pero, entiendo, existe una diferencia fundamental entre el ordenamiento jurídico español y el alemán en este punto. En el ordenamiento jurídico alemán, el obstáculo para el acceso al recurso de amparo de las violaciones de derechos fundamentales producidas en relaciones jurídico-privadas no procede de la regulación procesal del recurso de amparo. Es cierto que el art. 90.1 de la Ley del Tribunal Constitucional (BverfGG), de modo similar a la regulación contenida en el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, establece:

“Aquel que afirme que el poder público ha violado uno de sus derechos fundamentales o uno de sus derechos comprendidos en los artículos 20.4, 33,

¹⁰¹⁵ “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 71 y siguientes.

38, 101, 103 y 104 puede interponer la reclamación constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal”

Pero esta limitación para acceder al recurso de amparo frente a violaciones de derechos fundamentales por parte de particulares no se recoge exclusivamente en la regulación procesal del recurso de amparo, sino en la propia Constitución alemana, la Ley Fundamental de Bonn, cuyo art. 93.1.1.4-a establece la competencia del Tribunal Constitucional Federal para conocer:

“De recursos de amparo [*Verfassungsbeschwerden*] que pueden ser interpuestos por cualquiera que se crea lesionado por los poderes públicos en alguno de sus derechos fundamentales o de sus derechos contenidos en los arts. 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104”.

Esta limitación constitucional es, por otra parte, acorde con la previsión existente en el art. 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn, que sólo prevé la tutela judicial de los derechos fundamentales frente a las vulneraciones procedentes de los poderes públicos, lo cual tiene implicaciones sustantivas, hasta el punto de condicionar gravemente la atribución de eficacia horizontal a los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico alemán, puesto que un derecho fundamental que, en un determinado sector de las relaciones jurídicas, como puede ser el de las relaciones entre particulares, carece de tutela judicial efectiva, podrá ser considerado como una norma objetiva o un principio iusfundamental, pero no como un derecho propiamente dicho¹⁰¹⁶.

Por tanto, no puede hacerse un paralelismo absoluto en este extremo entre el ordenamiento jurídico español y el alemán. Mientras que en éste existen problemas sustantivos relativos a la vigencia en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales y es la propia norma constitucional la que limita la tutela judicial efectiva y la tutela constitucional, a través del equivalente a nuestro recurso de amparo, a la vulneración de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos, nada hay en nuestra

¹⁰¹⁶ Ver *infra* epígrafe XI-D “la aplicabilidad directa por los jueces es consecuencia del carácter de «derechos» que tienen los derechos fundamentales”.

Constitución que limite la tutela judicial en vía ordinaria de los derechos fundamentales a las vulneraciones procedentes de los poderes públicos, ni que restrinja el recurso de amparo a tales vulneraciones. Se trata exclusivamente de una cuestión atinente a la ordenación procesal que el legislador orgánico ha hecho del recurso de amparo, utilizando el margen de libertad de configuración previsto en la propia Constitución con el empleo de la expresión “en su caso” o “en los casos y formas que la ley establezca” (arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución).

Por otra parte, tampoco puede entenderse de exclusivo origen alemán esta técnica destinada a permitir el acceso al máximo órgano de control constitucional de conflictos entre derechos fundamentales surgidos en las relaciones jurídico-privadas. Para Juan María BILBAO UBILLOS¹⁰¹⁷, no sería una técnica de origen alemán, sino que se trata de una doctrina utilizada también en la jurisprudencia norteamericana, v.g. decisión del Tribunal Supremo en el caso *Shelley v. Kraemer*, del año 1948¹⁰¹⁸, de acuerdo con la cual se hace responsable de la eventual conculcación del derecho fundamental a los órganos jurisdiccionales del Estado que no tomaron las medidas adecuadas para repararla cuando fue requerida su intervención, ampliando de este modo la noción de *state action* que permite al particular obtener tutela de sus derechos fundamentales. También Jesús ALFARO AGUILA-REAL, al comentar esta sentencia¹⁰¹⁹, califica de “finta” la solución dada por el Tribunal Supremo norteamericano.

7) Críticas de la doctrina

Algunos autores, como Jesús GARCÍA-TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO¹⁰²⁰ consideran que no está justificado el forzamiento que el Tribunal Constitucional ha hecho de los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, utilizando el segundo como norma de cobertura para eludir el primero, atribuyéndose en definitiva facultades de revisión de la interpretación y aplicación que los jueces ordinarios hacen de los derechos

¹⁰¹⁷ “Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado”, *cit.*, págs. XVIII y 88.

¹⁰¹⁸ 334 US 1 (1948)

¹⁰¹⁹ “Autonomía Privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 119, nota al pie de página 193.

¹⁰²⁰ “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 83 y siguientes.

fundamentales en las relaciones entre particulares que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le ha negado. En la posición contraria, Javier BALLARÍN IRIBARREN¹⁰²¹ no considera que el Tribunal Constitucional haya forzado la legislación, concretamente los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para conocer los supuestos de vulneración de derechos fundamentales surgidos en el seno de relaciones jurídico-privadas.

Francisco RUBIO LLORENTE¹⁰²² entiende que se ha tenido que forzar en alguna manera la letra del art. 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁰²³. Para Juan María BILBAO UBILLOS¹⁰²⁴, se trata de una “argucia, sin duda ingeniosa”, que evita la exclusión del ámbito de protección constitucional de las violaciones de derechos fundamentales susceptibles de amparo causadas por particulares. Germán FERNÁNDEZ FARRERES¹⁰²⁵ considera también que la imputación al órgano judicial de la vulneración del derecho fundamental que trae causa de la actuación de simples particulares es un artificio o ficción que permite superar el escollo resultante de que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional haya limitado el recurso de amparo a los supuestos de violaciones imputables en exclusiva a los poderes públicos, si bien esa superación no deja de presentar ribetes polémicos por cuanto se asienta en una interpretación del requisito de que la vulneración tenga un origen “directo e inmediato” en un acto u omisión judicial tan amplia y expansiva que prácticamente lo hace superfluo.

Para evitar estos problemas se ha propugnado en ocasiones la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de modo que se regule de manera clara la posibilidad

¹⁰²¹ En la recensión de la obra de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, *cit.*, págs. 304 y siguientes.

¹⁰²² “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 141.

¹⁰²³ Pero para este autor, este “forzamiento” no se ha realizado para permitir el acceso al amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales acaecidas entre particulares (puesto que entiende que tales derechos sólo vinculan inmediatamente a los poderes públicos, aunque mediatamente, a través de la ley y muy especialmente a través de las cláusulas generales lo hagan también a los particulares), sino para permitir imputar a los jueces violaciones de derechos fundamentales que resultan del hecho de que los jueces hayan aplicado leyes inconstitucionales o hayan aplicado de un modo inconstitucionalmente incorrecto normas que en sí mismas no son contrarias a la Constitución al dirimir conflictos entre particulares.

¹⁰²⁴ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 169

¹⁰²⁵ “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, *cit.*, pág. 167.

de interponer recursos de amparo respecto de vulneraciones causadas en relaciones entre particulares, sin tener que acudir a construcciones artificiosas, ficciones ni “expedientes técnicos” como los de atribuir a la actuación del juez ordinario el origen directo e inmediato de la vulneración del derecho fundamental causada en las relaciones entre particulares¹⁰²⁶. De este modo, al igual que en el caso de vulneraciones causadas por la Administración la sentencia judicial tiene la virtualidad de agotar el proceso judicial previo, requisito derivado del carácter subsidiario del recurso de amparo, también en estos casos de vulneraciones causadas por particulares en relaciones jurídico-privadas la sentencia serviría de agotamiento del proceso judicial exigible antes de acudir en amparo al Tribunal Constitucional. Que el juez haya incumplido su obligación de proteger el derecho fundamental no significa que sea la causa directa e inmediata de la vulneración. Se evitarían de este modo las distorsiones que en el análisis de la cuestión sustantiva, cómo son eficaces los derechos fundamentales en las distintas relaciones jurídico-privadas, provoca la cuestión procesal que exige que en todo caso la causa directa e inmediata de la vulneración sea un poder público.

Para algunos autores, dado que el gozar de protección a través del recurso de amparo es un atributo accesorio y no imprescindible del derecho fundamental, el Tribunal Constitucional podía haber optado por declarar la inadmisibilidad del recurso de amparo frente a las vulneraciones de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sin que ello supusiera negar eficacia a los derechos fundamentales en tales relaciones jurídico-privadas, por cuanto que lo definitorio es que frente a las vulneraciones producidas en esas relaciones, el titular del derecho fundamental goce de tutela judicial efectiva por la jurisdicción ordinaria. No obstante, suele considerarse acertada la línea del Tribunal Constitucional al permitir, mediante esta interpretación flexible de los arts. 41.2 y 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el acceso al recurso de amparo de las violaciones de derechos fundamentales con origen en las relaciones entre particulares, puesto que, como afirma Pedro CRUZ VILLALÓN¹⁰²⁷, “mientras el contenido y alcance de la «Drittwirkung» deba ser de creación predominantemente jurisprudencial, no parece coherente excluir al Tribunal Constitucional de esta labor, dejando a la jurisdicción ordinaria

¹⁰²⁶ Así lo hacen, por ejemplo, Pedro CRUZ VILLALÓN, “El juez como garante de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 35, e Ignacio Díez-Picazo Giménez, “El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, *cit.*, pág. 201 y siguientes.

¹⁰²⁷ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, pág. 113 y siguientes.

como última y definitiva instancia en esta materia en la que tan directamente se halla concernida la eficacia normativa de la Constitución”. Apunta también este autor¹⁰²⁸ que otra de las razones por las que el Tribunal Constitucional no aceptó desde principio que la garantía judicial –*stricto sensu*- frente a las violaciones procedentes de particulares fuera la única existente en el Derecho interno pudo ser la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir, el temor a que ante la imposibilidad de amparo ante el Tribunal Constitucional, los asuntos fueran directamente al Tribunal de Estrasburgo sin el previo filtro que supone el Tribunal Constitucional. Parece clara la conveniencia de “lavar la ropa en casa” y evitar en lo posible que sean instancias externas las que hayan de declarar la infracción por el Estado español de los derechos reconocidos en el Tratado de Roma. Pero entiende que es una construcción demasiado artificiosa y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional está necesitada de una modificación en este extremo.

Sin embargo, entiendo que no es tan claro que el Tribunal Constitucional pudiera haber declarado la improcedencia del recurso de amparo frente a las vulneraciones de derechos fundamentales atribuibles a particulares en el seno de relaciones jurídico-privadas, realizando una interpretación restrictiva del art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, reforzando la exigencia de que la acción u omisión judicial fuera el origen inmediato de la vulneración y que la misma pudiera determinarse con independencia de los hechos objeto del proceso, de tal modo que se hubiera impedido en la práctica el acceso de estos casos al recurso de amparo. No se trata ya de que el recurso de amparo sea o no un atributo inherente a la cualidad de derecho fundamental, o de que permitir el acceso al recurso de amparo a las vulneraciones producidas en las relaciones jurídico-públicas y negarlo a las producidas en las relaciones jurídico-privadas sea contrario al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución¹⁰²⁹, sino del papel que la propia Constitución (art. 123.1º en relación al 53.2 y 161.1.b) atribuye al Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales, lo cual es difícilmente compatible con la exclusión “en bloque” de una determinada materia relativa a tales

¹⁰²⁸ “El juez como garante de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 35.

¹⁰²⁹ Así lo entiende Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 82.

garantías constitucionales (como sería la de su vigencia en las relaciones entre particulares) del conocimiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

En este sentido, como ya se comentó¹⁰³⁰, Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ¹⁰³¹ entiende que ciertamente el recurso de amparo es “eventual”, que los arts. 53.2, 161.1.b y 123.1 de la Constitución no exigen que todo acto vulnerador de derechos fundamentales sea susceptible en último extremo de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y que el recurso de amparo no ha de ser necesariamente “universal”. Lo que sucede es que el ámbito de lo que puede llegar o no llegar al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo no puede plantearse sobre la base de excluir de raíz determinados derechos fundamentales o el conjunto de los actos de uno de los poderes del Estado o de un tipo de sujetos u órganos. Ahí no hay disponibilidad del legislador y hacerlo podría ser inconstitucional, porque con ello se impediría al Tribunal Constitucional ser el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 de la Constitución) en ese concreto aspecto excluido de su conocimiento.

Según este autor, lo que debe asegurar la regulación del recurso de amparo es que, a través de los recursos que resuelva, el Tribunal Constitucional pueda ejercer la supremacía jurisdiccional que le corresponde sobre todos los derechos y libertades mencionados en el art. 53.2 de la Constitución. Naturalmente, de la regulación legal puede derivar que no todos los supuestos encuadrables en la materia amparable sean recurribles en amparo, pero el legislador debe asegurar que la regulación de la procedencia del recurso de amparo permita en hipótesis al Tribunal Constitucional pronunciarse sobre vulneraciones de todos los derechos enunciados en el art. 53.2 causadas por todo tipo de sujetos o poderes.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, entiendo difícilmente compatible con la regulación constitucional del Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales excluir de modo total del acceso al recurso de amparo las vulneraciones de derechos fundamentales originadas en las relaciones entre

¹⁰³⁰ *Supra* epígrafe IX-B-f, “carácter eventual y extraordinario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

¹⁰³¹ “El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, *cit.*, pág. 197 y siguientes.

particulares. Las expresiones “en su caso” o “en las formas y casos” que los arts. 53.2 y 161.1.b de la Constitución utilizan en relación al recurso de amparo pueden justificar que para que dicho tipo de vulneraciones accedan al recurso de amparo exista antes una resolución del juez ordinario que no haya remediado o que haya concurrido a la producción de la vulneración, pero no es claro que puedan justificar la exclusión completa de este tipo de vulneraciones de su acceso al amparo constitucional, relegándolas exclusivamente al amparo judicial ordinario.

CAPÍTULO X

CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LAS RELACIONES LEGISLADOR- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL-JUEZ ORDINARIO. EL RIESGO DEL “JUEZ DESVINCULADO”

Es llamativo que en casi todos los trabajos que en nuestra mejor doctrina y en la de otros países, tanto europeos como americanos, se han escrito sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, se expliciten de modo recurrente las mismas preocupaciones, especialmente las que se refieren a los riesgos que el reconocimiento de esta eficacia supone para el equilibrio tradicional de los poderes, y el riesgo de generar un modelo de juez arbitrario y “desvinculado” de la ley.

A) LOS RIESGOS PARA EL EQUILIBRIO ENTRE EL LEGISLADOR, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL JUEZ ORDINARIO

Se advierte por buena parte de la doctrina que la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales fuera del ámbito en el que tradicionalmente operaban, que era el de las relaciones jurídico-públicas, entre el ciudadano y el Estado, puede provocar cambios estructurales en la relación entre los poderes del Estado. Es lugar común entre las críticas que se han hecho a la doctrina de la *Drittwirkung* que la misma potencia el papel del juez a costa del legislador democrático, pues otorga una especial relevancia al Tribunal Constitucional y, sobre todo, al juez ordinario, ante el carácter concentrado y fragmentario de la regulación constitucional, la falta de una legislación completa de desarrollo de tales derechos fundamentales en relación al Derecho privado y a las relaciones entre particulares, y la importancia del momento aplicativo del Derecho en la solución de los problemas derivados de tal eficacia, que son básicamente problemas de colisión entre derechos y bienes jurídicos titularidad de los sujetos implicados en la relación jurídico-privada.

No obstante, este fenómeno ha de enlazarse con el de alcance más general referido al valor normativo de la Constitución y a la naturaleza y estructura de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Pedro CRUZ VILLALON¹⁰³² afirma que el hecho de que el lenguaje constitucional recurra sistemáticamente a la utilización, dentro de la tipología de las normas constitucionales, de principios, es decir, de reglas esencialmente necesitadas de interpretación, hace que la Constitución como fuente del Derecho “no venga sola” al ordenamiento jurídico, sino que lo hace “acompañada” de la jurisdicción constitucional, y de ahí la importancia del Tribunal Constitucional y de su jurisprudencia.

Con carácter general, entiende Luis María DÍEZ-PICAZO¹⁰³³ que la trascendencia de la jurisprudencia en el campo de los derechos fundamentales deriva de la estructura de principio de las normas sobre derechos fundamentales (es decir, que tales normas son, por lo general, “normas-principio” y no “normas-regla”). La jurisprudencia iría rellenando los huecos de textura abierta de las normas de derechos fundamentales, completando el enunciado, a menudo lapidario, de las declaraciones de derechos, dotándolas de concreción y certidumbre. Por su parte, la teoría de la “interacción” o de “efecto recíproco” (*Wechselwirkung*)¹⁰³⁴, según la cual las leyes¹⁰³⁵ limitan los derechos fundamentales pero a su vez deben ser interpretadas a partir del reconocimiento que este derecho fundamental tiene para establecer los valores en el Estado democrático, por lo que la eficacia de las leyes para la delimitación de los derechos fundamentales se ve recortada, se resta eficacia al legislador y se aumenta la importancia del intérprete, el juez. Esta interacción o efecto recíproco consiste, pues, en que los límites que suponen las leyes para los derechos fundamentales han de ser interpretados conforme a los derechos fundamentales, luego las leyes promulgadas por el legislador, en cuanto que limitan derechos fundamentales, tienen

¹⁰³² “La Constitución y «el resto» del ordenamiento jurídico”, *cit.*, pág. 6370.

¹⁰³³ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 46.

¹⁰³⁴ Christian STARCK, “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, *cit.*, pág. 19 y siguientes.

¹⁰³⁵ Las leyes “generales” dice el Tribunal Constitucional Federal alemán, a la vista de la problemática específica que en el sistema constitucional alemán supone el art. 19.1 de la Ley Fundamental de Bonn, conforme a la cual las limitaciones a los derechos fundamentales sólo pueden realizarse por leyes “generales”, no por leyes que rijan exclusivamente para un caso singular.

un valor relativo pues han de ser interpretadas conforme a la exigencia de esos propios derechos fundamentales a los que restringen, y esa “interacción” es apreciada por el intérprete, sea el Tribunal Constitucional o incluso el juez ordinario.

Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE¹⁰³⁶ afirma que por la vía del desarrollo de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio y de la competencia del Tribunal Constitucional para su concretización (elementos característicos de la tesis predominante en la República Federal Alemana, que sostiene la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares) se produce un cambio en la ordenación de los poderes y una traslación del centro de gravedad entre ellos, un resbaladizo tránsito desde el Estado legislativo parlamentario hasta el Estado jurisdiccional de justicia constitucional. El concepto de división de poderes característico del Estado constitucional europeo-continental, que descansa en la clara distinción entre creación y aplicación del Derecho y en su disposición organizativo-constitucional, resulta un tanto descompuesto. Al aplicar los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales, que son por lo general “normas-principio”, necesitadas de concretización, el legislador y el Tribunal Constitucional ejercen de manera concurrente la construcción del Derecho en forma de concretización. En esta concurrencia el legislador tiene la preferencia, pero el Tribunal Constitucional tiene la supremacía, con la consecuencia de que el Tribunal Constitucional deviene un órgano político más fuerte, el extremo de la soberanía, al que corresponde decidir en último término con carácter vinculante, lo cual plantea el problema de la falta de legitimidad democrática directa del Tribunal Constitucional¹⁰³⁷.

Para BÖCKENFÖRDE, la expansión de la vigencia de los derechos fundamentales, a través de su concepción como normas objetivas de principio/decisiones axiológicas, no puede darse sin los cambios en la estructura constitucional que de ello resultan. Quien mantiene la función decisiva del Parlamento elegido por el pueblo para la creación del

¹⁰³⁶ “Sobre la situación de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *cit.*, pág. 130 y siguientes.

¹⁰³⁷ Sobre el aumento del poder político del Tribunal Constitucional, Peter HÄBERLE, “El Tribunal Constitucional como poder político”, en *Revista de estudios políticos*, núm. 125, 2004, págs. 9-38 (aunque el artículo original data del año 1979 y ha de contextualizarse en la situación política existente en la República Federal Alemana en aquella fecha).

Derecho y quiere evitar una reforma progresiva de la estructura constitucional en beneficio del Estado jurisdiccional de justicia constitucional debe también mantener que los derechos fundamentales –judicialmente exigibles- sólo son derechos subjetivos de libertad frente al Estado y no, al mismo tiempo, normas objetivas (vinculantes) de principio para todos los ámbitos del Derecho. Si los derechos fundamentales vuelven a ser considerados como derechos subjetivos de libertad en la relación directa Estado-ciudadano, sus determinados contenidos jurídico-objetivos no pierden globalmente toda eficacia de orientación para el legislador, pero quedan sin exigibilidad judicial y sin la fijación concretizadora con efecto vinculante para el legislador por el Tribunal Constitucional. La legislación conserva su función de transformación originaria de principios jurídicos en Derecho aplicable, susceptible de ejecución; la fuerza creadora de Derecho de la ley recupera su significado anterior (lo que conecta con el problema de la reacción frente a la “degradación” de la ley a que antes hemos hecho referencia¹⁰³⁸). Los derechos fundamentales reclamables judicialmente se refieren y limitan a la relación directa Estado-ciudadano y determinan como tales un ámbito parcial del ordenamiento jurídico, pero no el ordenamiento jurídico en su conjunto. Si por el contrario los derechos fundamentales se mantienen como normas (objetivas) de principio y se desarrollan como tales, es inevitable la progresión continua hacia el Estado jurisdiccional de justicia constitucional. El desarrollo de la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales conduce así a una creciente predeterminación de los contenidos normativos indeterminados y con forma de principios en la Constitución; aumenta progresivamente lo preestablecido normativamente en y a partir de la Constitución (en el sentido de menguar la libertad de elección del legislador en el desarrollo de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales). La red de lo preestablecido constitucionalmente se hace para el legislador no sólo más extensa sino también más tupida; el legislador –respecto a su poder de configuración del Derecho- decae cada vez más en el papel de un poder reglamentario. Hasta donde alcanza el contenido de los derechos fundamentales, la eficacia objetiva de principio de los derechos fundamentales que se irradia en todos los ámbitos del Derecho y que se hace cada vez más fecunda, ya no depende decisivamente del proceso político democrático, de las soluciones que en él hayan de encontrarse o estipularse; tal proceso puede ser eludido o sustituido.

¹⁰³⁸ *Supra* epígrafe VI-C, “la reacción frente a la degradación de la ley”

Entiende BÖCKENFÖRDE que, o la Constitución es un ordenamiento marco, en la medida en que organiza la vida político-estatal y regula la relación Estado-ciudadano, o la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad en su conjunto, en cuyo caso todos los principios del Derecho y todas las posibilidades de compromiso para la conformación del ordenamiento jurídico están ya *in nuce* contenidos en ella (lo que enlaza con la tesis del “huevo jurídico originario” de FORSTHOFF¹⁰³⁹). A esto último se corresponde un entendimiento de los derechos fundamentales como normas objetivas de principio que actúan en todos los ámbitos del Derecho.

Las consecuencias para el Tribunal Constitucional son: 1) si la Constitución se limita a establecer un marco, al Tribunal Constitucional le está vedada por principio la intervención en el proceso de llenado de dicho marco, especialmente la determinación de las posiciones jurídicas singulares¹⁰⁴⁰; 2) si la Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad, si tiene una función dirigente universal, entonces es también función del Tribunal Constitucional la determinación de las posiciones jurídicas singulares, en la medida en que se trate de contenidos jurídicos sustanciales; dado que los preestablecidos constitucionales son indeterminados, el Tribunal Constitucional se convierte, en su labor de concretización de su alcance, de modo específico, en señor de la Constitución. La cuestión decisiva de la que se trata consiste, en último término, en si bajo el punto de vista de la democracia y del Estado de Derecho debe corresponder a la libertad política y ciudadana el conformar el ordenamiento jurídico en lo que afecta a sus contenidos sustanciales. ¿Se confía para esto el ciudadano al legislador parlamentario elegido o se confía al Tribunal Constitucional?¹⁰⁴¹. De acuerdo con este autor, la dogmática de los derechos fundamentales decide, según el camino que ande, sobre esta cuestión.

¹⁰³⁹ *Infra* epígrafe XI-A-b, “fijación por la ley del nivel de eficacia de los derechos fundamentales”.

¹⁰⁴⁰ De llevar a su último extremo la tesis de BÖCKENFÖRDE entiendo que habría que eliminar el recurso de amparo, mediante el que el Tribunal Constitucional determina posiciones jurídicas singulares de los recurrentes en amparo en base directamente a la Constitución, esto es, reconoce concretas garantías, facultades e indemnidades a los ciudadanos aplicando directamente la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas contenida en la Constitución, sin perjuicio de que tales sentencias tengan además una eficacia objetiva de sentar, con carácter vinculante para los jueces y tribunales (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) la interpretación de las normas constitucionales de derechos fundamentales.

¹⁰⁴¹ Otto BACHOF, “Jueces y Constitución”, *cit.*, pág. 57 y siguientes, al analizar los pros y los contras de la justicia constitucional, se pregunta: “¿no es fundada la objeción de que tal poder judicial ha arrebatado el poder al pueblo y es *antidemocrático* porque, en última instancia, sobre el sistema de valores de la Constitución ya no decide el Parlamento, representante del pueblo, sino un pequeño gremio de unos cuantos

Como vemos, la tesis de BÖCKENFÖRDE sobre los cambios estructurales que motiva la atribución de eficacia a los derechos fundamentales fuera de las relaciones jurídico-públicas enlaza con cuestiones como las de la degradación de la ley o el carácter normativo o “marco” de la Constitución¹⁰⁴². Y si esos cambios estructurales se asocian a una tesis, como es la preponderante en Alemania y la mantenida concretamente por el Tribunal Constitucional Federal, que otorga solamente una eficacia mediata a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, es claro que si se sostiene una eficacia inmediata de tales derechos en las relaciones entre particulares el riesgo de tales cambios se acentúa.

Para muchos autores, pues, existe una conexión entre la eficacia que se reconozca a los derechos fundamentales y la estructura constitucional. Si se les reconoce una eficacia restringida, solamente como derechos subjetivos públicos, que delimitan parcelas de libertad e inmunidad frente al Estado en las relaciones de sujeción general, y que necesitan en todo caso de desarrollo legal para poder tener virtualidad en otros ámbitos jurídicos (de un modo claro en las relaciones jurídico-privadas y, de modo matizado, en las relaciones jurídico-públicas de sujeción especial), se estaría respetando la estructura tradicional de división de poderes, especialmente entre poder legislativo y poder judicial (en un sentido amplio, que incluiría al Tribunal Constitucional, pese a que el mismo, en nuestro sistema constitucional, no pueda considerarse propiamente como integrante del poder judicial), y se estaría evitando la degradación de la ley como instrumento clásico de expresión de la soberanía popular a través de la producción normativa del Parlamento. Pero si se reconoce a los derechos fundamentales una eficacia expansiva, de modo que sean también eficaces en las relaciones entre particulares, aunque carezcan del desarrollo legal adecuado, se corre el riesgo de hacer tambalear la clásica división de poderes de los Estados constitucionales del tipo europeo-continental, y de provocar un tránsito, en mayor o menor medida, al Estado jurisdiccional de justicia constitucional.

hombres y mujeres?”.

¹⁰⁴² Ver *supra* epígrafes VI-B, “críticas al carácter normativo de la Constitución”, y VI-C, “la reacción frente a la degradación de la ley”.

Para evitar este desplazamiento del centro de gravedad en lo relativo a los derechos fundamentales desde el legislativo al judicial, sería preciso que la tutela judicial de los derechos fundamentales se limitara a aquellos supuestos en que los mismos están regulados por “normas-regla”. Esto sucede de modo excepcional en su regulación constitucional (por ejemplo, previsión del plazo máximo de setenta y dos horas en que el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial, art. 17.2 de la Constitución), y de modo más frecuente cuando han sido objeto de desarrollo legal, aunque en muchas ocasiones, en la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales el legislador se limita a reiterar las normas-principio contenidas en la Constitución, refiriéndolas a concretos ámbitos jurídicos (por ejemplo, reiterando, sin concreciones apreciables, el derecho a la intimidad o a la libertad de expresión que tienen los trabajadores o sus representantes en el ámbito laboral, arts. 4.2.e y 68.d del Estatuto de los Trabajadores), o bien a establecer algunas “subnormas-principio”, desarrollo de las contenidas en la Constitución, pero que tampoco presentan una estructura de supuesto de hecho-consecuencia jurídica propia de las normas regla, sino principios, referidos a ámbitos o situaciones jurídicas más concretas, pero necesitadas igualmente de un juicio de ponderación, de una optimización, de una aplicación en “más o menos” y no de un juicio de subsunción, de una aplicación en “sí o no” (por ejemplo, la previsión de delimitación de la protección civil de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen por la ley y “los usos sociales” o la consideración como vulneración del derecho fundamental de la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que “lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, arts. 2.1 y 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).

De aceptar esta tesis, la mayoría de los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales se convertirían en meros principios programáticos, sin vinculación directa al juez y carentes de una efectiva relevancia en la esfera de la protección judicial de los derechos e intereses de los ciudadanos dada la referida imposibilidad de aplicación directa y asimismo la imposibilidad de que el juez que conoce del litigio plantee una cuestión de inconstitucionalidad en caso de falta del desarrollo legislativo necesario para que el derecho fundamental sea eficaz en relaciones jurídicas (al menos, en las relaciones jurídicas distintas

de la de sujeción general entre el Estado y el ciudadano)¹⁰⁴³. Como bajo la Constitución de Weimar, los derechos fundamentales valdrían lo que la ley que los desarrollara.

Pero si se admite que los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales tienen una normatividad y aplicabilidad directa, que son invocables por los ciudadanos y aplicables directamente por el juez aunque no exista una normativa legal de desarrollo, pese a que dichos preceptos constitucionales carezcan de la estructura tradicional de “normas-regla” que posibilita un juicio de subsunción, su aplicación habrá de realizarse mediante un juicio de ponderación, de optimización, en una labor de concretización en la que se corre el riesgo de que jueces ordinarios y Tribunal Constitucional ocupen parcelas que corresponden al legislador.

Ante estas advertencias sobre el posible riesgo de invasión por parte de los jueces del terreno de juego acotado para el legislador en el modelo de Estado de derecho europeo-continental han de realizarse algunas precisiones sobre concretos aspectos del modo de operar de la legislación y la práctica judicial, en un sentido amplio.

El Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios no pueden hacer una selección de los problemas que desean resolver, pues los problemas se les plantean vía recursos de amparo o litigios en los que se invocan los derechos fundamentales¹⁰⁴⁴. Además, la solución jurisdiccional a tales problemas viene condicionada por los términos en los que se plantean tales litigios (lo que en los de carácter civil y laboral en que está en juego la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se lleva a su último extremo merced a los principios de congruencia y aportación de parte que rigen plenamente en la mayoría de tales procesos) y, dado que no es admisible el *non liquet*, han de resolver optando entre la tesis que les niega la posibilidad de aplicar las normas de derechos fundamentales si no hay un desarrollo legislativo suficiente del precepto constitucional que

¹⁰⁴³ Ver *infra* epígrafe XI-F, “la falta de desarrollo legislativo del derecho fundamental y la inconstitucionalidad por omisión”.

¹⁰⁴⁴ En este sentido, Owen FISS (“The Supreme Court 1978 Term. Foreword: The Forms of Justice”, citado por Víctor FERRERES COMELLA en “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 174), afirma que los jueces no pueden controlar su agenda: están obligados a responder a quejas o demandas que quizás preferirían ignorar.

les permita aplicar la ley infraconstitucional y no la norma constitucional sobre el derecho fundamental, y la tesis que les permite aplicar dichas normas constitucionales directamente para amparar el derecho fundamental vulnerado, concretamente en una relación entre particulares cuando la conducta del particular que comete tal vulneración no está amparada por el legítimo ejercicio de otro derecho fundamental o por la eficacia de la protección constitucional de otro bien jurídico.

Por el contrario, el legislador puede realizar una selección de los problemas que quiere ir abordando, realizando una regulación legal sistemática que resuelva una generalidad de casos. Puede elegir el *tempo* e ir estableciendo, a determinado ritmo y con cierto orden de prioridades, el sistema legal destinado a ir resolviendo los problemas relacionados con la eficacia de los derechos fundamentales. Incluso el no legislar sobre determinadas materias es una manera de hacer política, admisible siempre que no tenga un resultado inconstitucional. Como afirma Francisco RUBIO LLORENTE¹⁰⁴⁵, el silencio del legislador sobre la fijación del óptimo posible en cada momento de los valores constitucionales “es simplemente otro modo de actuar sobre esos valores”. Como el grado de libertad, igualdad, etc., que en cada sociedad existe en un determinado instante es resultado no sólo del ordenamiento en su conjunto sino también de la estructura social y del libre juego de las fuerzas sociales, la omisión del legislador podrá ser motivo legítimo de polémica política, pero no podrá tacharse de inconstitucional en la medida en que la Constitución no precisa ese óptimo, cuya determinación deja al juego político que precede a la decisión legislativa de adoptar una u otra postura.

Así pues, mientras que a los jueces se les plantean primero los problemas y han de resolver escogiendo el sistema, caso de no existir una regulación legal detallada, para el legislador no existe esa premura, ni obligación alguna de exhaustividad en el contenido que se le dé a la ley elaborada por dicho legislador equiparable, siquiera sea por aproximación, a la prohibición de *non liquet* (en el sentido de no dejar cuestión alguna sin regulación), y tampoco puede el juez ordinario plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad por falta de legislación sobre una determinada faceta de los derechos

¹⁰⁴⁵ “Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)”, Ariel, Barcelona, 1995, pág. XI.

fundamentales¹⁰⁴⁶. Mientras que el legislador puede realizar la regulación legal del desarrollo de los derechos fundamentales seleccionando las cuestiones que considera prioritarias, al juez, tanto ordinario como constitucional, se le ofrecen los problemas de modo fragmentario, sin una escala de prioridades (puede que se le planteen en primer lugar cuestiones de importancia muy secundaria), y su respuesta ha de limitarse a resolver la concreta cuestión objeto del litigio sometido a su conocimiento en los términos en los que haya sido planteada, constreñido por las exigencias derivadas del principio de congruencia, sin que pueda establecer un sistema que, con carácter general y con vocación normativa, dé una solución estructurada a la eficacia del derecho fundamental en un ámbito jurídico determinado. En este sentido, Luis DÍEZ-PICAZO¹⁰⁴⁷ critica la extensión desorbitada de la técnica de aplicación directa de la Constitución, por suponer una potenciación extraordinaria del Derecho judicial, cuando se trata de pronunciamientos de los tribunales que no sólo resuelven en justicia los casos concretos, sino que establecen reglas o doctrinas con una pretensión de sobrevivir a ese caso concreto.

En definitiva, mientras que el legislador puede tener una “política” de derechos fundamentales, eligiendo los objetivos y los medios, dentro de los límites que le permite la Constitución, así como los plazos y los sectores del ordenamiento donde quiere actuar, el juez ordinario y el Tribunal Constitucional no pueden tener tal política¹⁰⁴⁸, y han de limitarse a resolver los litigios y recursos de amparo, respectivamente, en los que se invoque la vulneración de un derecho fundamental.

Del mismo modo, es claro que el hecho de que un tribunal ordinario, para resolver un litigio, haya realizado una determinada aplicación de la regulación constitucional del derecho fundamental no desarrollado legislativamente en el ámbito jurídico objeto del litigio, no cierra vías al legislador, no le impide realizar el desarrollo legislativo del derecho fundamental, o de su incidencia en determinado campo jurídico, apartándose de la línea seguida por la resolución judicial. En la línea apuntada por Luis DÍEZ-PICAZO, el juez ha

¹⁰⁴⁶ Ver *infra* epígrafe XI-F, “la falta de desarrollo legislativo del derecho fundamental y la inconstitucionalidad por omisión”.

¹⁰⁴⁷ “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 22.

¹⁰⁴⁸ En este sentido, Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 58.

de limitarse a resolver el caso objeto del litigio y abstenerse de intentar sentar reglas generales con pretensión de regular de modo general la materia, pues estaría infringiendo el principio de reserva de ley de la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales previsto en el art. 53.1 de la Constitución: la Constitución ha reservado al legislador, a través de la ley, el establecimiento de reglas generales que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales. Es cierto que esta previsión va dirigida inicialmente a delimitar el campo de actuación entre la ley, emanada del poder legislativo, y el reglamento, emanado del ejecutivo, atribuyendo a aquélla la competencia para regular el ejercicio de los derechos fundamentales y, consiguientemente, negando tal competencia al reglamento y al poder ejecutivo del que el mismo emana. Pero también ha de ser tomada en consideración a efectos de negar al poder judicial la competencia para realizar, a través de sus resoluciones, una regulación general, equiparable a la que puede realizar una norma escrita de carácter general como es la ley, del ejercicio del derecho fundamental¹⁰⁴⁹. El juez, al estar vinculado, como poder público, por los derechos fundamentales (art. 53.1 de la Constitución) ha de limitarse, caso de no existir desarrollo legislativo, a resolver el litigio respetando su vinculación a los derechos fundamentales, es decir, aplicando su contenido mínimo para resolver el litigio, pues aunque falte una ley de desarrollo no puede actuar como si no existiese regulación constitucional de los derechos fundamentales. Pero ni puede pretender regular con carácter general la eficacia que el derecho fundamental ha de tener en un determinado ámbito jurídico-privado, ni naturalmente la solución que el juez ordinario haya dado a un litigio en el que estaba en juego tal eficacia establece una especie de “reserva” de regulación para la jurisdicción que impida al legislador acometer la tarea de regular de modo general la eficacia del derecho fundamental en esa materia¹⁰⁵⁰.

La paradoja que se da en estos casos consiste en que la motivación de las sentencias, exigida por el art. 120.3 de la Constitución (que es un instrumento fundamental para que pueda “visualizarse” la sumisión del juez al imperio de la ley, art. 117, y de la Constitución y

¹⁰⁴⁹ En este sentido, Javier JIMÉNEZ CAMPO (“Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 46 y siguientes), que afirma que la garantía de reserva de ley en la regulación de ejercicio de derecho fundamental en art. 53.1 de la Constitución limita la libre creación de Derecho por los jueces en relación al ejercicio de derechos fundamentales.

¹⁰⁵⁰ Sobre esta cuestión, *infra* epígrafe XI-G, “la resistencia de los derechos fundamentales a la inacción del legislador...”.

del resto del ordenamiento jurídico, art. 9.1 de la Constitución), si es muy completa y exhaustiva, puede interpretarse como una cierta invasión de las facultades del legislador en cuanto implique la pretensión por parte del juez de establecer criterios generales de solución de conflictos en que esté en juego la eficacia del derecho fundamental. Por otra parte, es lógico que para resolver el caso concreto se intente partir de un cierto “sistema general” y si este no existe en la ley, intente extraerse por el juez de la regulación constitucional y de los demás “materiales” con que cuenta (tratados internacionales suscritos por España, jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales, doctrina, etc), lo que incide en el riesgo expresado de que parezca que se intenta establecer la regulación general que el legislador no ha hecho, cuando el art. 53.1 de la Constitución reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. En lo posible, deberá buscarse un término medio entre el decisionismo inmotivado y la pretensión de formular reglas de aplicación general. La motivación de la sentencia habrá de centrarse en las cuestiones concretas que se suscitan en el litigio, sin vocación de establecer reglas que trasciendan al mismo.

También ha de tomarse en consideración que es inusual que la solución concreta a las colisiones que se producen entre distintos bienes y derechos se encuentre recogida con cierta precisión en los preceptos legales, y mucho menos en los constitucionales. El legislador suele preferir apuntar criterios y dejar al juez la solución del conflicto, dado que normalmente son muchos los elementos a ponderar y la previsión de una solución concreta al conflicto en sede legislativa puede producir excesivas rigideces, tanto más si esa solución se contuviera en el texto constitucional (¿qué hubiera ocurrido si se hubiera establecido en la Constitución o al menos en una ley la solución precisa a los conflictos entre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, de un lado, y a la libertad de expresión e información, por otra?). No se trata, pues, de que el juez sea “libre” cuando el legislador no ha previsto la solución a estos conflictos, ni que pueda ocupar el espacio constitucionalmente reservado al legislador. Es que cada uno tiene su función, y en la del juez entra la de resolver los conflictos concretos planteados en los litigios, tomando en consideración los diversos elementos y matices que concurren, y que tiene que ponderar, y aplicando para su solución la normativa genérica emanada del legislador, pero siendo él quien dé la concreta solución al conflicto.

Más matices presenta la cuestión si esa aplicación de la regulación constitucional de un derecho fundamental falto de desarrollo legislativo es realizada por el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo. Luis AGUIAR DE LUQUE¹⁰⁵¹ entiende que existe “una cierta capacidad del Tribunal Constitucional para suplir al legislador en aquellos supuestos de inconstitucionalidad por omisión (relativa o absoluta) siempre que el mandato al legislador se conjugue con un derecho fundamental, innovación jurídica que cabría considerar como derecho transitorio, esto es, normación provisional que comprende las medidas estrictamente precisas para evitar una total negación del derecho fundamental en cuestión, en tanto se produce la intervención del legislador a quien genuinamente corresponde la potestad legislativa”. Personalmente no creo que nos encontremos ante una “normación provisional” que constituya un “derecho transitorio” propiamente dicho (lo que está relacionado con la problemática cuestión del lugar de la jurisprudencia, en este caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional dictada en recursos de amparo, entre las fuentes del Derecho), sino simple y puramente de jurisprudencia constitucional dictada en recursos de amparo a la que habrá que dar el valor que prevén la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Lo que sí es interesante de lo afirmado por dicho autor es la idea de que sea cual sea la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (se entiende que al resolver recursos de amparo, puesto que si hay una carencia de norma escrita no puede existir un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad), ello no cierra la vía al legislador para regular por ley el ejercicio del derecho fundamental como crea conveniente.

Efectivamente, no obstante ser el Tribunal Constitucional el intérprete supremo de la Constitución, entiendo que tampoco condiciona de modo absoluto al legislador la línea seguida por el Tribunal Constitucional al aplicar la regulación constitucional de un derecho fundamental en la resolución de un recurso de amparo. La línea jurisprudencial respecto a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sentada en las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en recursos de amparo vincula al juez ordinario (art. 5.1 *in fine* de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero no cierra necesariamente vías al legislador ordinario.

¹⁰⁵¹ “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 24, 1987, pág. 30.

En primer lugar, porque en la resolución del recurso de amparo el Tribunal Constitucional no realiza un juicio abstracto de constitucionalidad, propio del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad y que requiere una norma legal sobre la que proyectar tal juicio abstracto. El Tribunal Constitucional, al resolver el recurso de amparo, no realiza declaraciones sobre cuál es el desarrollo legal constitucionalmente correcto de un determinado precepto de la Constitución, sino que realiza un enjuiciamiento concreto de un supuesto de hecho dotado de determinadas características, en el que normalmente se ha producido un conflicto entre diversos derechos o bienes jurídicos, cuyos titulares se encuentran en una relación jurídica de determinada naturaleza, y en posiciones determinadas por condicionamientos fácticos concretos, todo lo cual ha podido pesar sobre el razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional al interpretar la Constitución y aplicar determinadas normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

En segundo lugar, porque el hecho de que el Tribunal Constitucional haya realizado tal enjuiciamiento en un recurso de amparo no supone, en nuestro sistema constitucional, erosión alguna del campo de competencias del legislador. Éste está plenamente legitimado para elaborar las leyes que tenga por convenientes (sin perjuicio de que por pura prudencia y por el papel constitucional que también desempeña el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución tomará en consideración, aunque no necesariamente para seguirlas, las resoluciones dictadas por éste sobre la materia) y en todo caso, si se plantea la inconstitucionalidad de la ley vía recurso o vía cuestión de inconstitucionalidad, será cuando el Tribunal Constitucional tendrá que resolver con plenitud de competencia sobre la validez o invalidez constitucional de la ley. La generalidad de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad prevista en los arts. 38 a 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contrasta con la mucho más limitada de la sentencia de amparo, art. 55 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, como se aprecia también en la previsión del art. 164 de la Constitución.

Por último, no puede olvidarse que también el Tribunal Constitucional es un órgano histórico, sin líneas o posiciones inamovibles, en el que el cambio en la composición que se va produciendo parcialmente cada tres años, y la propia evolución del ordenamiento jurídico,

hacen mella, y que puede por tanto variar en mayor o menor medida la postura que haya podido mantener anteriormente sobre una determinada materia, por lo que la labor del legislador no se encuentra atenazada de modo insuperable por lo que el Tribunal Constitucional haya podido decir en un momento más o menos lejano al resolver un recurso de amparo¹⁰⁵².

Así pues, en ocasiones el Tribunal Constitucional se ha apartado de la “doctrina constitucional” que él mismo ha elaborado, de modo consciente y razonado¹⁰⁵³. La propia regulación del funcionamiento del Tribunal Constitucional y de los procesos que ante él pueden seguirse permite este apartamiento. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé esta posibilidad y la regula expresamente en su art. 13¹⁰⁵⁴. Asimismo, la regulación contenida en los arts. 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y concretamente la previsión del art. 38.2 de dicha ley, permite el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad pese a la existencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que haya descartado, en un proceso anterior, la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, y hace posible que el Tribunal Constitucional, al resolver esa cuestión de inconstitucionalidad, declare la inconstitucionalidad del precepto legal que antes consideró constitucional¹⁰⁵⁵. Es lo que Javier JIMÉNEZ CAMPO¹⁰⁵⁶ denomina el “principio

¹⁰⁵² Víctor FERRERES COMELLA (“Justicia constitucional y democracia”, *cit.*, págs. 204 y siguientes) plantea la cuestión de si el legislador está vinculado por las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad (cuestión tratada en Alemania por Hans Peter SCHNEIDER en “Democracia y Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 55-56), a la que responde en el sentido de que el legislador tiene la posibilidad de volver a aprobar una norma igual o análoga a la que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional, con ciertas cautelas, entendiendo que ello posibilita que el Tribunal Constitucional reconsidere su anterior postura. Paradójicamente, FERRERES COMELLA entiende que la STC 126/1997, de 3 de julio, sobre discriminación en la sucesión en los títulos nobiliarios por razón de sexo, hace muy difícil que el Parlamento apruebe una Ley que suprima la desigualdad por razón de sexo en esta materia. Discrepo de esta opinión, puesto que lo que ha dicho el Tribunal Constitucional es que la discriminación establecida por la normativa histórica aplicada en esta materia no es inconstitucional, pero no que sea la única solución constitucional, por lo que el Parlamento podría legislar eliminando esta discriminación, lo que de hecho va a hacer, puesto que se ha presentado una proposición de ley en tal sentido (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 5 de septiembre de 2005).

¹⁰⁵³ Así ocurrió, por ejemplo, en la STC 160/1991, de 18 de julio, en la que el Tribunal Constitucional se apartó de la doctrina que había sentado en la STC 22/1984, de 17 de febrero. En este sentido, Francisco TOMÁS Y VALIENTE en “La Constitución y el Tribunal Constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, *cit.*, pág. 32.

¹⁰⁵⁴ “Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno”.

¹⁰⁵⁵ Así ha sido admitido por el Tribunal Constitucional de forma reiterada (SSTC 4/1981, de 2 de febrero, 20/1988, de 18 de febrero, y 319/1993, de 27 de octubre).

de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales”, explícito en el propio texto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional e implícito en el mecanismo de renovación periódica de los miembros del Tribunal Constitucional y en la previsión de la publicación de los votos particulares a sus resoluciones (arts. 159.3 y 164.1 de la Constitución)¹⁰⁵⁷.

El planteamiento de BÖCKENFÖRDE sobre la necesidad de optar por la tesis de la Constitución-marco para evitar el resquebrajamiento del esquema clásico de la división de poderes del modelo de Estado constitucional europeo-continental no puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico por cuanto que el Tribunal Constitucional ha optado, desde que se planteó la cuestión en los primeros tiempos de su funcionamiento, por la tesis de la Constitución normativa, vértice de todo el ordenamiento jurídico, y no solamente del Derecho Público (SSTC 16/1982, de 28 de abril, f.j. 1º, 80/1982, de 20 de diciembre, f.j. 1º, 76/1988, de 26 de abril, f.j. 3º, etc.). En este sentido, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO¹⁰⁵⁸ afirma que la Constitución española de 1978, al igual que la Ley Fundamental de Bonn, constituye un ordenamiento vinculado a los valores, en las antípodas de ordenamientos constitucionales supuestamente caracterizados por la neutralidad valorativa, como fue el caso de la Constitución de Weimar. “[L]os derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos, ratificados por España y que asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico” (STC 21/1981, de 15 de junio, f.j. 10º).

Ello no significa que el carácter normativo de la Constitución constituya necesariamente un riesgo para el pluralismo político, que reduzca al legislador al papel de mero poder reglamentario cuando se trata de desarrollar o regular el ejercicio de los derechos

¹⁰⁵⁶ “El control de constitucionalidad”, en *La jurisdicción constitucional en España*, *cit.*, pág. 82.

¹⁰⁵⁷ Por contra, la emisión de votos particulares puede suponer desventajas. Como apunta Víctor FERRERES COMELLA (“Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial”, *cit.*, pág. 23-24) si los miembros del Tribunal Constitucional no pueden formular votos particulares tendrán un incentivo para buscar el consenso con los demás integrantes del tribunal. El tribunal tenderá a ser “internamente deliberativo” si no puede publicar opiniones disidentes, mientras que será “externamente deliberativo” en caso contrario.

¹⁰⁵⁸ “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *cit.*, pág. 201.

fundamentales. Como indica Francisco RUBIO LLORENTE¹⁰⁵⁹, la incorporación a la Constitución de preceptos sustantivos [y, podría añadirse, su normatividad y aplicabilidad directa] ha de ser compatible con el pluralismo político, pues el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta, por lo que el enunciado de los preceptos constitucionales ha de permitir un ancho haz de interpretaciones diversas, no de interpretaciones jurídicas, sino de interpretaciones políticas. La judicialización [a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad de las que conoce el Tribunal Constitucional] de la sujeción del legislador a la Constitución implica, sin embargo, que esa libertad tiene límites, los establecidos por el juez a partir de la interpretación “jurídica” de los preceptos constitucionales.

Dice al respecto la STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 7º:

“La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo.(...)”

Corresponde, por ello, al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho, que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre que no pase más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del artículo 53”.

¹⁰⁵⁹ “La interpretación de la Constitución”, *cit.*, pág. 609 y siguientes.

El mayor grado de generalidad y abstracción que caracteriza la norma constitucional configura un poder libre, el legislativo, que no “ejecuta” la Constitución sino que actúa con libertad dentro de los límites establecidos por ésta, lo que supone un ámbito de discrecionalidad del legislador (las Constituciones democráticas están pensadas para sociedades pluralistas, en las que coexisten puntos de vista distintos), que lo diferencia claramente de la relación entre el poder ejecutivo y la ley en lo relativo al desarrollo reglamentario de la ley.

Alejandro NIETO¹⁰⁶⁰ afirma que la interpretación constitucional no puede seguir las mismas reglas que la de las normas ordinarias, no tanto por la brevedad y exacerbada abstracción de sus preceptos, sino por razones sustantivas de más peso. Las leyes y actuaciones administrativas no son un simple desarrollo de la Constitución, a diferencia de los reglamentos, que se limitan a desarrollar las leyes en que se basan¹⁰⁶¹. Por esta razón, los Tribunales contencioso-administrativos están acostumbrados a contrastar dos textos jerarquizados comprobando en qué medida el reglamento se ajusta positivamente a la ley. En cambio, la jurisdicción constitucional, al contrastar las leyes con la Constitución, ha de operar de forma muy distinta, puesto que la Constitución nunca señala al legislador el contenido de sus disposiciones. El legislador es libre con tal que no contradiga la Constitución. En este sentido, declara la STC 66/1985, de 23 de mayo, fj. 1º, que “no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquella en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley”.

Por otra parte, como recuerda Javier JIMÉNEZ CAMPO¹⁰⁶² no puede olvidarse que la Constitución no es un programa a desarrollar legislativamente, sino que junto con fines “necesarios”, el Tribunal Constitucional ha admitido a veces la existencia de fines simplemente “conformes” con la Constitución –no emanados necesariamente de ella- para delimitar los derechos (razones de interés público, v.g., SSTC 113/1989, de 22 de junio, fj.

¹⁰⁶⁰ “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *cit.*, pág. 410.

¹⁰⁶¹ La ley no es ejecución o desarrollo, en sentido sustantivo, de la Constitución, es decir, no tiene como cometido regular *in extenso* medidas y decisiones que ya han sido adoptadas por el constituyente (Luis María DÍEZ-PICAZO, “Concepto de ley y tipos de leyes”, *cit.*, pág. 73-74).

¹⁰⁶² “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, p. 75.

3º, y 169/1993, de 27 de mayo, f.º 3º, ambas resolviendo cuestiones de inconstitucionalidad sobre preceptos legales que declaran la inembargabilidad de determinados bienes o derechos), aunque a tales fines legales se les busque un entronque constitucional más o menos remoto, lo que no es difícil (por ejemplo, los “principios y valores asumidos constitucionalmente, como son la solidaridad, la igualdad real y efectiva y la participación de todos en la vida económica del país [artículo 9 de la Constitución]” como fundamento de la norma legal que estableció la jubilación del trabajador que supere los sesenta y nueve años de edad y reúna el período de carencia para la jubilación, STC 22/1981, de 2 de julio, f.º 9º).

No puede confundirse el carácter normativo de la Constitución, su consideración como el vértice de todo el ordenamiento jurídico, y no sólo del Derecho público, como orden jurídico fundamental de la comunidad y no sólo del Estado, con que se opte por un modelo de “Constitución-dirigente”¹⁰⁶³, que contiene un programa que debe ejecutar el legislador. Bien porque la opinión de las fuerzas políticas que intervinieron en el proceso constituyente no era unánime y pospusieron la solución de diversos problemas a un debate político posterior, bien porque no se quiso cerrar la puerta a una evolución determinada por el cambio en las circunstancias históricas y en las opiniones políticas, la Constitución presenta un grado de apertura que, en la mayoría de los casos, permite al legislador infraconstitucional de cada momento histórico “cerrarla” de acuerdo con su opción política en uno u otro sentido respetando el abanico de opciones posible dentro de la regulación constitucional, respetando el sistema constitucional de producción del Derecho y siguiendo los procedimientos previstos en la Constitución y en la legislación de desarrollo¹⁰⁶⁴. Por lo general, salvo en aquellos supuestos en los que la Constitución contiene una regulación detallada (por ejemplo, art. 17.2), las concreciones legislativas han de producirse, en cuanto a su contenido sustantivo y su modo de producción, “dentro” de la Constitución, pero su contenido concreto no viene predeterminado por ésta.

¹⁰⁶³ Esta identificación entre Constitución normativa y Constitución dirigente es realizada por Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE (“Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de ley fundamental”, *cit.*, pág. 127), como base de su argumentación a favor de la Constitución marco. Sin embargo, otros autores, como Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ (“La inconstitucionalidad por omisión”, McGraw-Hill, Madrid, 1997), diferencian claramente entre una y otra.

¹⁰⁶⁴ Sobre los problemas de la “reversibilidad” del desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, ver *infra* epígrafe XI-G, “la resistencia de los derechos fundamentales a la inacción del legislador...”.

Así pues, la Constitución no es un programa de todo el ordenamiento jurídico que el legislador ha de limitarse a desarrollar. El Derecho no puede sustituir a la Política. Pero, como casi siempre ocurre en los sistemas democráticos, las soluciones no son ni simples ni unívocas. En el desarrollo de los derechos fundamentales, el legislador no goza de una libertad absoluta en el aspecto sustantivo, no le basta con respetar los procedimientos. El legislador constituyente ha establecido un marco, no puramente procedimental, sino dotado también de contenidos sustantivos, en el que el legislador constituido ha de moverse, también en el desarrollo y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que aunque el legislador constituido no es meramente un “poder reglamentario” que desarrolla la Constitución, sino que tiene libertad política para hacerlo en diversos sentidos, sí que existen unos contenidos normativos parcialmente predeterminados por la Constitución, que tienen eficacia para vincular negativamente al legislador, impidiendo que en esa labor legislativa prevista en los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución se vulnere el contenido esencial de los derechos fundamentales, vinculación cuya virtualidad entra en juego a través de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad¹⁰⁶⁵.

Esos contenidos normativos de la Constitución tienen también eficacia para vincular positivamente al juez ordinario, en el sentido de que en tanto no exista un desarrollo legislativo del derecho fundamental que sirva para resolver el litigio sometido a su consideración, habrá un contenido mínimo que le vincule y al que habrá de otorgar efectividad al realizar su labor de enjuiciamiento. En lo no decidido por el legislador (omisión total de desarrollo, laguna parcial o cuestión que sólo puede ser objeto de ponderación judicial), el juez ha de decidir aplicando directamente la Constitución, utilizando los criterios interpretativos facilitados por el Tribunal Constitucional y el TEDH, porque la Constitución española es normativa, no simplemente programática o procedimental. Esta vinculación positiva entrará en juego en cualquier litigio en que se invoque o esté en juego un derecho fundamental, no solamente en el proceso preferente y sumario previsto en el art. 53.2 de la Constitución, así como en el recurso de amparo¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶⁵ Sobre esta vinculación negativa versa el trabajo de Manuel MEDINA GUERRERO “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, McGraw-Hill, Madrid 1996.

¹⁰⁶⁶ Sobre este extremo, ver *infra* capítulo XI, “aplicación directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares por el juez ordinario”.

Es claro que esta vinculación a los derechos fundamentales también del juez puede producir un riesgo de “solapamiento”, de que de algún modo el juez constitucional u ordinario, al resolver un recurso de amparo o un procedimiento en que esté en juego un derecho fundamental en una relación jurídico-privada, esté sentando reglas generales que sirvan de criterio rector a la determinación de la eficacia del derecho fundamental en una determinada relación jurídico-privada (por ejemplo, establecer criterios para fijar la eficacia del derecho a la intimidad frente a los sistemas de grabación audiovisual, como hace el Tribunal Constitucional en las SSTC 98/2000, de 10 de abril y 186/2000, de 10 de julio o en las resoluciones en las que ha fijado los requisitos precisos para considerar acorde con la Constitución las medidas judiciales de intervención de las comunicaciones telefónicas¹⁰⁶⁷, ante la clara insuficiencia de la escueta regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 579, puesta también de manifiesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰⁶⁸), y pueda entenderse que la resolución jurisdiccional está vulnerando la reserva de ley establecida por el art. 53.1 de la Constitución para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

Ese riesgo es inevitable so pena de reducir las normas constitucionales sobre derechos fundamentales a meros principios programáticos, sin virtualidad alguna para amparar las posiciones subjetivas individuales en relaciones entre particulares salvo que hayan sido objeto de expreso y preciso desarrollo legislativo. Se trata, en todo caso, de reducirlo en lo posible mediante una asunción clara del papel que en nuestra estructura constitucional corresponde al juez en este campo de la aplicación directa de preceptos constitucionales cuando el ejercicio del derecho fundamental no ha sido regulado legalmente, papel que es el de resolver el litigio, dar solución al conflicto concreto, y no establecer reglas generales con vocación de normación, y un entendimiento de que en ningún caso esa resolución priva al legislador de la posibilidad de una posterior regulación legislativa de tal ejercicio con total libertad, sin perjuicio del control de la constitucionalidad de esa regulación legal a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad.

¹⁰⁶⁷ Por todas, Sentencia Tribunal Constitucional núm. 184/2003 (Pleno), de 23 octubre.

¹⁰⁶⁸ Por ejemplo, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras contra España*, y 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo contra España*.

Bien es cierto que en algunos casos un cierto carácter normativo de la sentencia judicial es inevitable, concretamente cuando se trate de sentencias dictadas por órganos superiores, y en concreto por el Tribunal Supremo, cuando se sienta un determinado criterio con carácter reiterado, dado el carácter de fuente del derecho que tiene la jurisprudencia (art. 1.6 del Código Civil)¹⁰⁶⁹. Asimismo, cuando el juez argumenta en la sentencia para resolver el conflicto sometido a su decisión, es inevitable que realice consideraciones generales en base a las cuales adoptar la decisión requerida en el litigio, para evitar caer en el puro decisionismo. Ahora bien, ello no quita que cuando el legislador decida regular la eficacia del derecho fundamental en esa relación jurídica o cuando se dicte una sentencia por el Tribunal Constitucional decidiendo sobre tal eficacia, la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria quede sin efecto en tanto no se acomode a esa ley o a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la cuestión del alcance del derecho a no ser discriminado por razón del sexo (art. 14 de la Constitución) en la sucesión *mortis causa* en los títulos nobiliarios, en la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que declaraba que dicho derecho era aplicable en esa relación jurídica y por tanto no podía posponerse a la mujer en la línea de sucesión hereditaria en el título nobiliario, ha quedado sin efecto desde el momento en que el Tribunal Constitucional, en la STC 126/1997, de 3 de julio, declaró la constitucionalidad de la normativa de Derecho histórico que establecía el privilegio del varón sobre la mujer en dicha sucesión, sentando, pues, la doctrina constitucional sobre la aplicación de tal derecho fundamental en materia de sucesión nobiliaria.

En todo caso, para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema que tiende a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre la legislación, propone Manuel ARAGÓN REYES¹⁰⁷⁰ medidas de reequilibrio o de contrapeso a cargo de la propia cultura jurídica, consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución, es decir, potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores, a fin de evitar que el Estado de Derecho acabe convirtiéndose en Estado de Justicia. “El primero procura certeza, previsión, seguridad, esto es, igual libertad para todos, mientras el segundo,

¹⁰⁶⁹ En este sentido, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 28.

¹⁰⁷⁰ “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 315.

como autorizadamente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la de arbitrariedad, es decir, de la desigualdad”.

B) EL RIESGO DEL JUEZ DESVINCULADO

El segundo problema que la doctrina suele asociar con el reconocimiento de eficacia a los derechos fundamentales más allá del tradicional ámbito de relaciones de sujeción general ciudadano-Estado es el que tiene que ver con el aumento del margen de arbitrariedad judicial, de inseguridad jurídica, y el riesgo de “desvinculación” del juez respecto de la ley a cuyo imperio está sometido (art. 117 de la Constitución).

Se dice que la aplicación por los jueces ordinarios de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas por la Constitución a las relaciones jurídicas entre particulares puede suponer un aumento intolerable del margen de discrecionalidad de los jueces, un “campo abonado” en el que quepa cualquier tipo de activismo judicial¹⁰⁷¹, con el peligro subsiguiente para la seguridad jurídica, y ello como consecuencia de la indeterminación y abstracción de la regulación constitucional de los derechos fundamentales que se contrapone a la certeza y previsibilidad que caracteriza a la ley. El estatus de libertad del ciudadano quedaría a merced de la discrecionalidad de los jueces, y, como se vio al analizar la cuestión del desplazamiento del centro de gravedad entre los distintos poderes del Estado, el poder judicial podría llegar a suplantar al poder legislativo en el desarrollo de la regulación constitucional de dichos derechos fundamentales y libertades públicas, convirtiendo al juez en “señor del Derecho”, aumentando el riesgo de instauración de un “gobierno de los jueces” y provocando una pérdida de valor de la ley, emanada del legislador democrático, respecto de la decisión del juez, que carece de una legitimación democrática directa. La invocación a la *Drittwirkung* puede suponer una vía de escape del juez respecto de la ley a la que está sometido y posibilitar un modelo de juez “desvinculado” de la ley, amparándose, paradójicamente, en una teórica visión progresista del juez como garante de los derechos fundamentales y libertades públicas. Los críticos de la *Drittwirkung*

¹⁰⁷¹ Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *cit.*, pág. 49.

entienden que ésta aparece acuñada a golpe de decisionismo puro, abiertamente enfrentado a la seguridad jurídica¹⁰⁷².

En la doctrina alemana, S. OETER¹⁰⁷³ entiende que la proyección de los derechos fundamentales en el Derecho privado permite deshacerse de los matices de la dogmática específica del Derecho privado mediante el simple recurso a la *Drittwirkung* y, en último término, a la ponderación de bienes. Se corre el riesgo de que los jueces den prioridad a las ponderaciones jurídico-políticas y traten de hallar una fundamentación constitucional “aparente” mediante la cual el resultado jurídico-político deseado por el intérprete se puede presentar fácilmente como el fallo “ordenado por la Constitución”, usurpando así la función propia del legislativo (lo que enlazaría con lo expuesto en el epígrafe anterior). Los derechos fundamentales se convierten en una especie de “as”, en una carta con la que el juez puede liberarse de la deducción limpia, desde el punto de vista metódico, y dogmáticamente controlada, del fallo o resultado. Esta dinámica conduce a una pérdida progresiva de seguridad jurídica, porque los resultados de la ponderación de bienes en cada caso concreto son “imprevisibles”. Quedan así vacíos de contenido o relativizados los mecanismos garantizadores de la libertad tan importantes como la vinculación del juez a la ley o la misma reserva de ley.

En la doctrina española, una posición paradigmática en este sentido es la adoptada por Jesús GARCÍA TORRES¹⁰⁷⁴, cuando afirma:

“En cambio, no se debería dar sin más por bueno que un Juez o Tribunal (incluso el Supremo) se entendiera investido al mismo nivel que el legislador o el Tribunal Constitucional, con la facultad originaria de conceder o no conceder *Drittwirkung* al aplicar el derecho en casos concretos, que pueden ir desde la sucesión nobiliaria a la propiedad horizontal, pasando por

¹⁰⁷² Así lo recoge Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, “Derechos Fundamentales y Libertad negocial...”, *cit.*, pág. 54.

¹⁰⁷³ Citado por Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, página 316 y siguientes y por María VENEGAS GRAU, “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, *cit.*, pág. 152.

¹⁰⁷⁴ “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 29.

el nombramiento de los administradores de una sociedad. Admitir irrestrictamente semejante proceder en un sistema jurídico como el nuestro constituiría una elevación del nivel de *inseguridad jurídica estructural* hasta extremos no fácilmente soportables y agudizaría, hasta afectar al mismo principio democrático, la *pérdida de positividad* de la Ley en menoscabo de la posición constitucional de la representación popular. La *Drittwirkung* inmediata, en manos de Jueces y Tribunales, supondría, por ejemplo, otorgar la posibilidad de resolver pleitos civiles *sub specie* de delimitación, coordinación y resolución de colisiones de derechos fundamentales de las partes. Como dice el mismo DENNINGER... «la seguridad jurídica del ciudadano quedaría inevitablemente entregada al arbitrio de una *kasuistischen Rechtskonkretisierung*, una concretización jurídica casuística».

Esta preocupación por la “desvinculación” del juez a la ley, y sus consecuencias políticas de riesgo de un “gobierno de los jueces” es ya antigua (el tratamiento de la justicia que acompaña al advenimiento del nuevo régimen surgido de la Revolución Francesa se basa fundamentalmente en una confianza absoluta en la ley, entendida como expresión de la voluntad general, y en la *défiance á l’égard des juges*¹⁰⁷⁵) y ha de vincularse, en los modernos Estados constitucionales de derecho, a la cuestión más general de la dinámica propia de un Estado intervencionista, generador de un volumen ingente de normas de diversa naturaleza y no siempre debidamente concordadas o sistematizadas, involucrado en multitud de conflictos, en los que resulta imposible la visión del juez “autómata” aplicador de las leyes propia del racionalismo del siglo XVIII, y a la aceptación del carácter normativo de las Constituciones, la consideración de los derechos fundamentales como derechos inmediatamente aplicables y la necesidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico bajo parámetros constitucionales: el juez tiene un mayor “campo de juego” dado el carácter más genérico de las normas constitucionales, especialmente las de derechos fundamentales, lo

¹⁰⁷⁵ Como recuerda Manuel MORÓN (“Precisiones y significación constitucional del recurso de casación”, *cit.*), en los primeros tiempos de la Francia revolucionaria la casación, antes que vía de impugnación propiamente jurisdiccional, venía a ser remedio político frente a las posibles injerencias de los jueces –que seguían siendo los mismos del *ancien régime*- en la esfera competencial del Legislativo.

que proporciona al juez, que es el intérprete-aplicador por excelencia de las normas, un amplio margen a la hora de extraer de ellas su sentido¹⁰⁷⁶.

Se produce además, en mi opinión, un fenómeno paradójico. El Tribunal Constitucional se ha caracterizado por tener una actitud reacia a la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales, tanto cuando ha conocido de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, como cuando lo ha hecho respecto de recursos de amparo¹⁰⁷⁷. En el primer caso, son muy abundantes las sentencias interpretativas, en las que el Tribunal Constitucional ha declarado que la norma legal cuya constitucionalidad se cuestionaba no era inconstitucional siempre que se interpretara de determinada forma. En el segundo, el Tribunal Constitucional ha eludido “autoplantearse” una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la norma legal cuya aplicación determinaba la vulneración del derecho fundamental objeto del amparo (lo que es posible conforme al art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), y ha imputado tal vulneración al órgano judicial, al no haber interpretado la norma legal de determinada manera que habría impedido la vulneración del derecho fundamental (lo que entronca con las sentencias interpretativas a que se ha hecho referencia), aunque la interpretación del juez hubiera respetado las exigencias de las técnicas jurídicas de interpretación y fuera incluso la interpretación generalmente aceptada por los operadores jurídicos.

La eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional no se ha limitado a la vinculación de los jueces ordinarios al fallo de las sentencias que resolvieran recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, en el sentido de que según que el Tribunal Constitucional declarara o no declarara la inconstitucionalidad, la norma legal enjuiciada había de considerarse excluida o no excluida del ordenamiento jurídico (y, consecuentemente, los jueces deberían abstenerse de aplicarla o deberían seguir aplicándola, respectivamente), como pudiera haberse pensado en base al art. 164 de la Constitución. También tiene una gran trascendencia la fundamentación jurídica de los autos y, sobre todo, de las sentencias, tanto las que enjuician la constitucionalidad de las leyes como las que resuelven recursos de

¹⁰⁷⁶ Manuel ARAGÓN REYES, “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 315 y siguientes.

¹⁰⁷⁷ Ver *infra* epígrafe XI-E-b, “interpretación del ordenamiento jurídico conforme a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales”.

amparo, y ello no sólo por la “ampliación” que, respecto a la previsión del citado art. 164 de la Constitución ha supuesto el art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que establece la vinculación de los jueces ordinarios no sólo a los fallos sino también a “la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”, sino también por el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece la vinculación de los jueces ordinarios a la “interpretación de los mismos [de los preceptos constitucionales] que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. De ahí la especial importancia de los fundamentos jurídicos de los autos y, sobre todo, de las sentencias del Tribunal Constitucional, en los que se interpretan las normas legales para acomodarlas a la Constitución y permitir considerarlas constitucionales, y no sólo de los fallos de tales sentencias¹⁰⁷⁸.

Pues bien, esta actitud del Tribunal Constitucional (que cuando se trata de leyes preconstitucionales ha podido estar motivada por el temor a causar un vacío legislativo de grandes proporciones en los primeros momentos de vigencia de la Constitución y posteriormente en un respeto a la dignidad democrática de la ley, que por tanto había de presumirse constitucional), pese a que cuando resuelve recursos de amparo ha supuesto con frecuencia atribuir al juez ordinario la vulneración de los derechos fundamentales en casos en que este juez ha realizado una interpretación de la norma legal respetuosa de los cánones de interpretación propios de la ciencia jurídica y una aplicación de tal norma legal consecuente con tal interpretación y con una correcta valoración de las circunstancias fácticas, en la práctica ha venido a otorgar al juez ordinario una amplia libertad interpretativa de las normas legales, que pudiera llegar a considerarse una “carga de profundidad” contra la sujeción del juez ordinario al imperio de la ley. El juez ordinario no debe plantear la cuestión de inconstitucionalidad porque piense que una interpretación de la ley, que puede ser además la más generalizada entre los operadores jurídicos, provoque la incompatibilidad de la misma con la Constitución, sino que deberá intentar la “acomodación” de la ley a la Constitución, y sólo podrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad “cuando por vía interpretativa no sea

¹⁰⁷⁸ Así lo ha resaltado Manuel GARCÍA PELAYO, “El *status* del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 1, 1981, pág. 33. Además, en el caso español vinculan a los jueces ordinarios todo tipo de sentencias del Tribunal Constitucional, incluyendo las sentencias interpretativas, que no declaran la inconstitucionalidad de un precepto legal, sino que lo interpretan conforme a la Constitución, lo cual no ocurre en otros sistemas jurídicos, como el italiano (cfr. Alessandro PIZZORUSSO, “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, *cit.*, pág. 36).

posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional” (art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Esta “acomodación” de la ley a la Constitución puede en muchos casos suponer la utilización de unas técnicas interpretativas que excedan de lo que tradicionalmente se ha considerado como tales (de ahí que el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial añada la obligación de “acomodación” de la ley a la Constitución a la obligación de interpretarla conforme a los preceptos y principios constitucionales y a la interpretación que de los mismos haya realizado el Tribunal Constitucional que establece el art. 5.1), y puede provocar la atribución al juez ordinario de una gran libertad de actuación, abriendo el sistema de fuentes a la creación judicial del Derecho, relativizando la dependencia del juez respecto de la ley, permitiendo una ruptura total con la voluntad originaria del legislador¹⁰⁷⁹, lo que en la práctica puede permitir al juez desvincularse de la ley de un modo que algún autor ha calificado como manipulación *contra legem* gravemente subversiva¹⁰⁸⁰.

Por otra parte, las graves dilaciones que supone actualmente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad está provocando que los tribunales ordinarios estén utilizando de modo todavía más amplio esa posibilidad de acomodación de la ley a la Constitución por vía interpretativa prevista en el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁹ María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria”, *cit.*, pág. 50 y siguientes. Esta autora, aunque afirma que ha de tenerse cuidado en no permitir que el juez ordinario caiga en la arbitrariedad, no muestra tanta reticencia como la generalidad de la doctrina hacia la “desvinculación” respecto de la ley que para el juez ordinario puede suponer la vinculación a la Constitución. Por ejemplo, respecto de esta previsión de “acomodación” judicial de la norma legal a la Constitución que contiene el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, afirma que gracias a ella “el Juez deja de tener un papel pasivo en relación con la ley, papel pasivo que había perdido ya respecto de las leyes preconstitucionales, y actúa con una relativa independencia de las mismas en cuanto está sometido a una vinculación más fuerte con los preceptos constitucionales” (...) “Más aún, el Juez ordinario no acaba de darse cuenta de las posibilidades de la norma constitucional en orden a su aplicación en los litigios que debe resolver. Por el contrario, persiste una vinculación a la ley que mediatiza la propia interpretación de los preceptos constitucionales... Esta situación origina a la postre una pérdida de iniciativa en relación con el desarrollo constitucional, materia en la que los Tribunales ordinarios terminan por ir a la zaga del Tribunal Constitucional. El papel de los Tribunales ordinarios suele ser más pasivo que activo, más receptivo que innovador, más mimético que creador. Escasamente habituados a manejar los conceptos y categorías constitucionales, prefieren generalmente utilizar interpretaciones previamente construidas por el Tribunal Constitucional, antes que arriesgarse a definir términos que no suelen cuadrar con los principios dogmáticos que constituyen la base de su quehacer habitual” (*op. cit.*, pág. 143 y 145-146).

¹⁰⁸⁰ Luis DÍEZ-PICAZO, “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 20 y siguientes.

¹⁰⁸¹ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas recurridas en casación: una reflexión rectificativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, 654

Centrándonos en la cuestión relativa a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, los temores que se encuentran tras las reticencias a la *Drittwirkung* por el riesgo de posibilitar un modelo de “juez desvinculado” ponen de relieve que esta “desvinculación” puede hacer temblar la idea de “imperio de la ley”, que desde las primeras constituciones se defiende como reacción al antiguo régimen, y que se produzca una vuelta atrás en la finalidad de los primeros textos constitucionales y las primeras declaraciones de derechos de conseguir un “gobierno de las leyes y no de los hombres”, idea que ya aparece en una de las primeras Declaraciones de derechos de los Estados norteamericanos, la de Massachusetts, de 1780¹⁰⁸². Si se acepta tal desvinculación, serían los jueces, y no el legislador democrático a través de las leyes, quienes tendrían una gran libertad para decidir. Se produciría un reforzamiento del poder de los jueces y el deslizamiento de la democracia constitucional hacia su configuración como una forma mixta de gobierno en que la democracia de la ley se encuentre corregida por la aristocracia de los jueces¹⁰⁸³.

Como recuerda Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰⁸⁴, Kelsen intentó en su elaboración teórica evitar la consagración del “gobierno de los jueces”, la “revuelta de los jueces contra la ley”, reforzando los mecanismos de sumisión de la jurisdicción a la legislación y de primacía parlamentaria, en un momento histórico en que los jueces tendían a valorar negativamente el acceso a las cámaras de nuevas fuerzas sociales y políticas capaces de trastocar los valores tradicionales, mediante la prohibición de que los jueces inapliquen las leyes, atribuyendo al Tribunal Constitucional el monopolio de aplicación de la Constitución y de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, lo que constituía a éste en el “legislador negativo”. En el modelo kelseniano, los tribunales ordinarios están sólo vinculados a las leyes y a las decisiones del legislador negativo (el Tribunal Constitucional),

septiembre-diciembre 2000, pág. 399, y Juan Antonio XIOL RÍOS, “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, *cit.*, pág. 117.

¹⁰⁸² Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA “La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa”, Editorial Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001, pág. 144.

¹⁰⁸³ Manuel ARAGÓN REYES, “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 315 y siguientes.

¹⁰⁸⁴ “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 58 y siguientes.

no a la Constitución. Al contrario de lo que ocurre en el modelo norteamericano, la Constitución no es una norma verdaderamente justiciable, el Tribunal Constitucional concentra en sí toda relación posible de la Constitución con las normas, quedando los órganos judiciales separados de la Constitución y de su fuerza normativa y vinculados sólo a las leyes y reglamentos que el legislador negativo va paulatinamente depurando.

Pero la Constitución española se aparta del modelo kelseniano. En nuestro sistema constitucional se reconoce a la Constitución un valor normativo y vinculante directo, es aplicable en mayor o menor medida, pero efectivamente, por todos los tribunales. Es norma jurídica efectiva, aplicable por sí misma. Toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo (art. 9.1 de la Constitución). Esta “sujeción” es consecuencia de su carácter normativo; la Constitución, precisa este precepto, es parte del ordenamiento jurídico, justo su parte primordial, que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 de la Constitución). La vinculación normativa de la Constitución afecta, bien es cierto que con distintas consecuencias, a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, no sólo al poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumplierse desarrollar. Es más, según Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰⁸⁵, del art. 9.1 de la Constitución resulta no sólo el carácter vinculante general de la Constitución, sino el carácter de esta vinculación como una “vinculación más fuerte”, como se desprende de la expresión de la sujeción “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, que refleja la primacía manifiesta a la vinculación constitucional, que, puede añadirse, queda reforzada por la previsión, en el capítulo dedicado a las garantías de las libertades y derechos fundamentales, de la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales y libertades públicas del Capítulo II del Título I de la Constitución. Por tanto, junto con elementos procedentes del modelo kelseniano, hay elementos sustanciales procedentes del principio americano de supremacía constitucional.

De este modo, se produce el fenómeno de la “doble vinculación” del juez, a la Constitución y a la ley (en realidad, al resto del ordenamiento jurídico). Y, como entiende

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*

buena parte de la doctrina¹⁰⁸⁶, los principales problemas que existen en la vinculación de los jueces a la ley derivan de que también están vinculados a la Constitución¹⁰⁸⁷.

Esta cuestión enlaza con otra, que excede también de lo relativo a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y se enmarca más bien en la progresiva complejidad del ordenamiento jurídico, en el que conviven diversos “ordenamientos y subordenamientos” (constitucional e infraconstitucional, nacional y comunitario, etc) y que llevan a una situación en la que Ernst FORSTHOFF llega a afirmar que “hoy es el propio juez quien decide, apoyándose en el Derecho, sobre cuándo está el mismo sujeto a la Ley y cuándo deja de estarlo”. Según Francisco RUBIO LLORENTE¹⁰⁸⁸, el fenómeno de debilitamiento de la vinculación del juez a la ley lleva a que el juez no pueda decidir *contra legem* pero sí a negarse a decidir *secundum legem*. “El legislador queda desprovisto de instrumentos (al menos de instrumentos legítimos) para contrarrestar la acción del juez y éste se alza, como intérprete supremo de la Ley Fundamental, por encima del legislador mismo, que no puede actuar sobre la Constitución para enmendar la actuación del juez, no sólo porque no tiene (o puede no tener) la facultad de reformarla, sino porque, aunque la tuviera, le resultará siempre imposible configurar los preceptos constitucionales de modo que se limite eficazmente la libertad del juez, pues los preceptos materiales de la Constitución, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas o habilitar para concretas actuaciones de ejecución, sino garantizar el respeto a determinados valores, o asegurar a los ciudadanos unos derechos que tanto si actúan simplemente como límites frente a la ley (derechos de libertad), como si requieren de ésta para su ejercicio (derechos de participación y de prestación o, en general, derechos de configuración legal), pero sobre todo en este segundo caso, han de ser necesariamente definidos en términos que hagan posibles diversas políticas, esto es, diversas interpretaciones”¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁶ Así, Manuel ARAGÓN REYES, “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, págs. 303, Javier JIMÉNEZ CAMPO “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 54 y siguientes.

¹⁰⁸⁷ Sobre la doble vinculación del juez ordinario a la ley y a la Constitución y la solución de los conflictos que ello provoca a través de la cuestión de inconstitucionalidad, ver *supra*, epígrafe IX-C-a, “el juez ordinario como garante natural de los derechos fundamentales”.

¹⁰⁸⁸ “La interpretación de la Constitución”, *cit.*, pág. 608.

¹⁰⁸⁹ *Ibidem*.

Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ analiza este fenómeno¹⁰⁹⁰, haciendo referencia a los mecanismos que permiten al juez desvincularse de la ley a la que está teóricamente sometido.

Un primer tipo de mecanismos tienen que ver con la labor de interpretación y aplicación del Derecho, que hoy más que nunca da oportunidades al operador jurídico de modelar soluciones perfectamente argumentables y argumentadas con el aparente ropaje de la norma. Pero la interpretación jurídica tiene sus límites y por ello deben denunciarse, de acuerdo con este autor, los excesos que se cobijan en pretendidos criterios hermenéuticos, a través de aplicaciones directas de la Constitución o a través de cláusulas generales o de otras mil maneras, "puenteando" las leyes.

El segundo tipo de mecanismos se refiere a los supuestos en que el juez ordinario se convierte en "juez de la ley", esto es, el juez controla la ley antes de aplicarla al caso concreto. Así ocurre con el control de la inconstitucionalidad sobrevinida de las leyes preconstitucionales, que otorga al juez ordinario la posibilidad de inaplicar leyes preconstitucionales por entenderlas derogadas por la Constitución. En el caso de las leyes preconstitucionales no rige, como ocurre con las posteriores a la Constitución, el sistema de jurisdicción concentrada en la apreciación de su inconstitucionalidad. Dice al respecto la STC 4/1981, de 2 de febrero, fj. 1º.D:

“Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad”.

¹⁰⁹⁰ “Jurisdicción ordinaria y ley”, en *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Antonio López Pina (dir.), Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, págs. 130 y siguientes.

En consecuencia, tal inconstitucionalidad, y por tanto su derogación por la Constitución, puede ser apreciada tanto por el Tribunal Constitucional como por los jueces ordinarios, si bien con distinta eficacia (que pone de manifiesto, según Miguel Ángel APARICIO PÉREZ¹⁰⁹¹, la distinta operatividad que la Constitución adquiere cuando es utilizada por uno y otros): *erga omnes*, en los términos de los arts. 164 de la Constitución, 38 y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el primer caso, y solamente en el proceso en el que se aprecia tal inconstitucionalidad y consiguiente derogación en el segundo caso¹⁰⁹².

Otro tanto ocurre con el juicio de constitucionalidad positiva cuando aplica la ley sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, y la obligación que el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial le impone de intentar acomodar por vía interpretativa la norma al ordenamiento constitucional antes de plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional con los resultados manipulativos que de ello pueden seguirse¹⁰⁹³. Asimismo, y dejando ya el plano de la constitucionalidad, el juez ordinario, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, tiene atribuido el control de los vicios *ultra vires* de los Decretos legislativos.

Otro campo donde esta cuestión se plantea es en el del Derecho Comunitario. A raíz de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, el juez ordinario tiene atribuido el control de la ley nacional que se deriva del principio de primacía comunitaria¹⁰⁹⁴: la garantía de la primacía del Derecho comunitario no se lleva a cabo a través de la anulación de la norma nacional disconforme, sino a través de su inaplicación por el juez ordinario¹⁰⁹⁵, lo que

¹⁰⁹¹ “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *cit.*, pág. 60.

¹⁰⁹² Esta regla debería verse matizada en los casos de leyes anteriores a la Constitución pero elaboradas por el mismo Parlamento que elaboró la Constitución, el surgido de las elecciones de 1977, no tanto por razones de dogmática jurídica sino por razones políticas, al tratarse de un Parlamento no afectado ya de déficit democrático (en este sentido, Víctor FERRERES COMELLA, “Justicia constitucional y democracia”, *cit.*, pág. 224).

¹⁰⁹³ Ver *supra* epígrafe VI-C “La reacción frente a la degradación de la ley”.

¹⁰⁹⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los casos *Costa c. Enel*, de 15 de julio de 1964, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, de 17 de diciembre de 1970, *Politi*, de 14 de diciembre de 1971, y *Simmmenthal*, de 9 de marzo de 1978, entre otras.

¹⁰⁹⁵ Esta inaplicación puede acordarse incluso como medida cautelar. La Sentencia del TJCE de 19 de julio de 1990, asunto 213/1989, caso *Factortame I*, ha declarado que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los jueces de los Estados miembros la competencia para adoptar medidas cautelares contra sus propias normas nacionales, cuando consideren que pueden impedir la plena efectividad de los derechos

en el plano del control de constitucionalidad es característica de los sistemas de control difuso¹⁰⁹⁶ y que supone una crisis en el monopolio del Tribunal Constitucional en el control constitucional de las leyes¹⁰⁹⁷.

Esta situación se agrava cuando en el Derecho comunitario se reconocen derechos fundamentales¹⁰⁹⁸, que en lo esencial coinciden con los reconocidos en la Constitución española. Mientras que en el sistema constitucional nacional el juez ordinario no puede dejar de aplicar una ley postconstitucional por considerarla contraria a una norma constitucional reguladora de derechos fundamentales, puesto que habrá de plantear necesariamente la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, sin embargo, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, el juez nacional puede dejar de aplicar una norma de Derecho interno, sea pre o postconstitucional, si considera que es contraria al Derecho comunitario.

Dado que existe un “solapamiento” en la regulación de los derechos fundamentales, al coincidir sustancialmente en muchos casos los ámbitos protegidos por los derechos fundamentales “internos” (recogidos en la Constitución y regulados en las leyes de desarrollo) y “comunitarios” (contenidos en el “acervo comunitario”, concretamente en algunas normas de los Tratados, del Derecho derivado y sobre todo en la jurisprudencia de TJCE), si se está en una materia en la que el ejercicio de competencias estatales ha sido

concedidos por el referido ordenamiento comunitario, y que en base a tal competencia pueden suspender los efectos de una disposición nacional, de rango incluso legislativo, contraria al ordenamiento comunitario, a la espera de la correspondiente sentencia del TJCE que resuelva la cuestión prejudicial que se le plantee. Declara esta sentencia que el Derecho comunitario instituye al juez interno en juez competente para adoptar medidas cautelares, permitiéndole garantizar la protección provisional de los derechos que las propias normas comunitarias conceden a los particulares, incluso aunque se cuestione la existencia de tales derechos en un proceso y a pesar de que el Derecho nacional excluya el ejercicio de semejante competencia.

¹⁰⁹⁶ Llama la atención que el principio de primacía del Derecho comunitario, en el que se fundamenta la inaplicación por el juez nacional de la norma de Derecho interno contraria a la de Derecho comunitario, es de creación jurisprudencial por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como por otra parte ocurre con buena parte de los principios de Derecho comunitario europeo más relevantes, y sólo en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa ha sido recogido en un texto legislativo (ver, en este sentido, la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, en la que se descarta que el reconocimiento en esta norma comunitaria del principio de primacía sea contraria a la Constitución española).

¹⁰⁹⁷ Cfr. Juan Antonio XIOL RÍOS, “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, cit., pág. 114.

¹⁰⁹⁸ *Supra* epígrafe III-E, “¿son derechos fundamentales los del ordenamiento jurídico comunitario?”.

atribuida a la Unión Europea, el juez nacional, aplicando el principio de primacía y la doctrina sentada por el TJCE de que las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario no solamente vinculan a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros cuando éstos aplican la normativa comunitaria¹⁰⁹⁹, podría teóricamente dejar de aplicar la ley nacional (por ejemplo, una ley de desarrollo de una directiva comunitaria¹¹⁰⁰) que entiende es contraria al Derecho comunitario regulador del derecho fundamental, y que sería en tal caso contraria también a la Constitución nacional, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español, elevando una cuestión prejudicial al TJCE o siguiendo la jurisprudencia establecida por éste en casos anteriores. Ha de recordarse que no es imprescindible en estos casos que el juez nacional plantee la cuestión prejudicial ante el TJCE, por cuanto que la cuestión prejudicial de validez sólo procede plantearla respecto de la validez de los actos normativos comunitarios, no respecto de los nacionales por cuanto que no corresponde a este Tribunal decidir si una norma de Derecho interno o un acto de una

¹⁰⁹⁹ SSTJCE de 24 de marzo de 1994, asunto C-2/1992, caso *Bostock*, de 13 de abril de 2000, asunto C-292/2997, caso *Karlsson*, y de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/2000, caso *Rodríguez Caballero*.

¹¹⁰⁰ Que no necesariamente ha de ser una ley dictada expresamente por el Estado Miembro, en el plazo de transposición fijado en la Directiva (o, como con frecuencia ocurre, de forma tardía), sino que puede ser incluso una ley preexistente pero que se considere que da adecuado desarrollo a las exigencias de la directiva comunitaria o “un contexto jurídico general”. Declara en este sentido la STJCE de 16 de junio de 2005, asunto C-456/2003, caso *Comisión contra Italia*, apartado 51:

“Por consiguiente, aunque sea indispensable que la situación jurídica que se desprende de las medidas nacionales de adaptación del Derecho interno sea suficientemente precisa y clara para permitir que los particulares afectados conozcan la extensión de sus derechos y obligaciones, no es menos cierto que, según el propio tenor del artículo 249 CE, párrafo tercero, los Estados miembros pueden elegir la forma y medios de ejecutar las directivas que permitan garantizar del mejor modo el resultado que éstas persiguen y que de dicha disposición se desprende que la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro. El Tribunal de Justicia también ha declarado repetidamente que no siempre se exige una transcripción formal de lo establecido por una directiva en una disposición legal expresa y específica, ya que para el cumplimiento de la directiva puede bastar, en función de su contenido, un contexto jurídico general. En particular, la existencia de principios generales de Derecho constitucional o administrativo puede hacer superflua la adaptación del Derecho interno mediante medidas legales o reglamentarias específicas siempre que, no obstante, dichos principios garanticen efectivamente la plena aplicación de la directiva por la administración nacional y que, en el caso de que la disposición controvertida de la directiva tenga por objeto crear derechos para los particulares, la situación jurídica que se desprenda de dichos principios sea suficientemente precisa y clara, y que los beneficiarios estén en condiciones de conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, de invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (véanse, en particular, las sentencias de 23 de mayo de 1985, Comisión/Alemania, 29/84, Rec. p. 1661, apartados 22 y 23, y de 26 de junio de 2003, Comisión/Francia, antes citada, apartado 76)”.

autoridad nacional es o no conforme al Derecho comunitario¹¹⁰¹, y si el juez entiende que en la norma comunitaria concurren los requisitos del “acto claro” o del “acto aclarado”, y por tanto no es precisa su interpretación por el TJCE¹¹⁰², no procede plantear la cuestión prejudicial de interpretación al TJCE. Por otra parte, la delimitación de las competencias cuyo ejercicio ha sido transferido a la Unión Europea no siempre es clara, a la vista de la “cláusula residual” del art. 308 TCE. Podría ocurrir que la cuestión de si en un determinado asunto se está aplicando o no Derecho comunitario llegara a convertirse en el nudo jurídico de muchos conflictos judiciales, puesto que caso de que se entendiera que se estaba aplicando Derecho comunitario, el juez ordinario podría entender que, en virtud del principio de primacía, podía eludir la aplicación de la ley nacional sin necesidad de cuestionarla ante el Tribunal Constitucional. Y, en todo caso, es claro que el “ordenamiento interno” sigue exigiendo del juez que plantee la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, impidiéndole dejar de aplicar una ley que entienda contraria el texto constitucional, en concreto la regulación de los derechos fundamentales. Por tanto, el juez nacional se encontrará, como afirma Pablo PÉREZ TREMPES¹¹⁰³, ante un doble mandato: la obligación interna de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y la obligación comunitaria de resolver sin dilación, utilizando el principio de primacía para eludir la aplicación de la ley nacional, salvo que quepa plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE.

Las distorsiones que puede provocar esta situación se agravan si pensamos que existen divergencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Constitucional respecto de un mismo derecho fundamental aplicado a una misma situación. Así ha ocurrido con lo relativo a la trascendencia del derecho a la

¹¹⁰¹ Así se declara en la STJCE de 17 de octubre de 1986, caso *Pretore di Saló*, en la que el TJCE dice que no le corresponde pronunciarse sobre la compatibilidad entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario.

¹¹⁰² Según la STJCE de 6 de octubre de 1982, caso *CILFIT*, el órgano nacional no está obligado a plantear la cuestión prejudicial cuando “la correcta aplicación del derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión planteada” pero “antes de llegar a esta conclusión, el órgano jurisdiccional nacional debe estar convencido de que la misma evidencia se impondrá igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia”. En la sentencia de 27 de marzo de 1963, caso *Da Costa en Schaake*, el TJCE declara que no hay obligación de hacer el reenvío prejudicial cuando la cuestión ha sido ya resuelta por el TJCE en un asunto anterior.

¹¹⁰³ “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”(2003), *cit.*, pág. 23.

igualdad en la ley en relación al art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé el pago a los trabajadores por el Fondo de Garantía Salarial, en determinados tipos de despido o extinción del contrato de trabajo y dentro de ciertos límites, de las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos en caso de insolvencia empresarial. Dicho precepto prevé que tal pago se hará cuando las indemnizaciones hayan sido reconocidas en sentencia judicial o resolución administrativa (caso de los expedientes de regulación de empleo), por lo que se planteó ante el Tribunal Constitucional la posible vulneración del derecho fundamental del art. 14 de la Constitución por no incluir las indemnizaciones fijadas para tales casos en acto de conciliación celebrado ante una autoridad administrativa o judicial. El Tribunal Constitucional, en la STC 306/1993, de 25 de octubre, f.º 2º, entendió que no se vulneraba tal derecho fundamental por la resolución judicial que aplicaba dicho precepto legal puesto que no existe un tratamiento diferenciado de situaciones idénticas, por lo que la diferencia en el trato legal estaba justificada por el margen de libertad del legislador, cara a la prevención de posibles fraudes. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la STJCE de 12 de diciembre de 2002¹¹⁰⁴, aunque entendió que el concepto de “créditos a favor de los trabajadores asalariados” y de “retribución” a efectos de la Directiva 1980/987/CEE, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, no tienen alcance comunitario, sino que cada Estado miembro ha de definir qué se entiende por retribución a efectos de su protección por una institución de garantía, sin embargo afirmó que esa libertad de los Estados Miembros en la configuración del concepto de los créditos de los trabajadores asalariados protegidos por la institución de garantía no es absoluta, sino que está limitada por el contenido de los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el TJCE, en particular el principio de igualdad y no discriminación. El TJCE entendió en esta sentencia que no queda justificada la distinción, contenida en el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, entre créditos laborales reconocidos mediante resolución administrativa o sentencia judicial, y los créditos laborales pactados en un acto de conciliación judicial, que consecuentemente había de considerarse como una discriminación, por lo que la norma nacional sería incompatible con el Derecho comunitario.

¹¹⁰⁴ Asunto C-442/2000, caso *Rodríguez Caballero*. En ella se resolvía una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha.

En tal caso, puede entenderse que la primacía del Derecho comunitario podría llevar al juez nacional a excluir la aplicación del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (que a estos efectos ha de considerarse como desarrollo de una directiva comunitaria y, por tanto, incluido dentro del ámbito del Derecho comunitario) por ser contrario al principio de igualdad y no discriminación del Derecho comunitario, en la interpretación establecida por el TJCE, pese a que el Tribunal Constitucional español ha considerado que dicho precepto legal no es contrario al principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución, eludiendo plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹¹⁰⁵.

En este sentido, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, en cuanto que sistematiza y amplía el reconocimiento de derechos fundamentales por el ordenamiento comunitario, estaría ampliando el campo de operatividad del citado principio de primacía en el campo de los derechos fundamentales. ¿Supondría esto una modificación sustancial del sistema de justicia constitucional? ¿Serían el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quienes finalmente estarían fijando el criterio definitivo sobre la aplicación de ciertos derechos fundamentales? Algunos así lo afirman, hasta el punto de entender que el sistema de control de constitucionalidad de las leyes establecido por la Constitución de 1978 ha entrado en crisis como consecuencia del

¹¹⁰⁵ Este es en buena parte el objeto de la cuestión prejudicial sometida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León al TJCE (asunto C-81/05, caso *Cordero Alonso*, D.O.C.E. de 16 de abril de 2005), en la que el tribunal español plantea al TJCE, en lo que aquí interesa:

“¿La obligación impuesta a los Estados miembros de adoptar todas las medidas generales o particulares para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado de la Comunidad Europea o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad (artículo 10 del Tratado), así como el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho Nacional, implican, por sí mismos y sin necesidad de disposiciones explícitas de Derecho interno, la atribución a los órganos judiciales nacionales de la potestad de dejar de aplicar todo tipo de normas de Derecho interno que sean contrarias al Derecho comunitario, con independencia del rango de esas disposiciones en la jerarquía normativa (reglamentos, leyes o incluso Constitución)?.

2. (...)b) ... ¿están vinculadas las instituciones administrativas y judiciales españolas, en la aplicación de la Directiva 80/987/CEE y de las normas de Derecho interno que incorporan el contenido de la misma, por el principio de igualdad ante la Ley e interdicción de discriminación resultante del Derecho comunitario y con el alcance precisado por la interpretación dada al mismo por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, aunque ésta no coincida con la interpretación del derecho fundamental análogo reconocido por la Constitución Española en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español?(...)”.

desarrollo que el principio de primacía ha tenido en la jurisprudencia del TJCE y de la aparición de los derechos fundamentales como integrantes del Derecho comunitario, que en principio se ocupaba solamente de cuestiones de naturaleza económica y técnica. Existiría por tanto una deriva hacia un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes “difuso”, “a la americana”, que permitiría a los jueces ordinarios sortear el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y declarar, en relación con el concreto caso del que conocen, la incompatibilidad de una norma, incluidas las leyes y la Constitución, con los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico comunitario, de tal modo que, a través del sistema de recursos, serían el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (a través del mecanismo de la cuestión prejudicial) y no el Tribunal Constitucional quienes fijarían la interpretación correcta de los derechos fundamentales¹¹⁰⁶.

Una buena muestra de la trascendencia que puede tener esta cuestión es que la normativa legal de Derecho interno que ha regulado de un modo más preciso el derecho a no ser discriminado, con carácter general y con carácter específico en el empleo y la ocupación (Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), se presenta no como un desarrollo del art. 14 de la Constitución española, sino como desarrollo de sendas directivas comunitarias, concretamente las Directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por tanto, estas normas podrían considerarse englobadas en el Derecho comunitario y el juez español podría eludir la aplicación de la ley interna de desarrollo de las Directivas si la entiende incompatible con el Derecho comunitario (y concretamente con el principio de igualdad establecido en sus normas y desarrollado por la jurisprudencia del TJCE), por aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por contradicción con el art. 14 de la Constitución.

¹¹⁰⁶ Cfr. Rafael LÓPEZ PARADA, “El control judicial de constitucionalidad de las leyes después de la Constitución Europea”, en *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, núm. 39, junio 2005, pág. 8 y siguientes. Afirma significativamente sobre este particular: “En ese caso, a mi juicio, la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional tendría un significado muy parecido para ese órgano a la aprobación por las últimas Cortes franquistas de la Ley de Reforma Política en 1976”.

Entiendo, y es una opinión muy personal, que esta situación ha de encauzarse dentro del sistema de control de la constitucionalidad establecido por nuestro sistema constitucional nacional, pues no puede olvidarse tampoco el respeto a la autonomía institucional interna que preside el Derecho comunitario y que concretamente informa la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario que establece el art. 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Si el juez ordinario entiende que una ley interna puede vulnerar un derecho fundamental comunitario en una materia en la que el ejercicio de la competencia ha sido atribuida a la Unión Europea, si ese derecho fundamental coincide con otro reconocido por la Constitución española, habrá de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, expresando en todo caso en el auto en el que plantee la cuestión no sólo sus dudas sobre la compatibilidad de la ley con la regulación constitucional nacional sino también sus dudas sobre la admisibilidad de la regulación nacional a la luz del ordenamiento comunitario sobre derechos fundamentales, y será en todo caso el Tribunal Constitucional quien habrá de plantear la cuestión prejudicial ante el TJCE si existen dudas de interpretación sobre la normativa comunitaria sobre derechos fundamentales (para lo que ciertamente deberá modificar su tradicional rechazo a plantear tales cuestiones prejudiciales, sentado en sentencias como las 28/1991, de 14 de febrero, fj. 7º, 143/1994, de 9 de mayo, fj. 8º o 265/1994, de 8 de noviembre, fj. 2º), y, finalmente, declarar la compatibilidad o no compatibilidad de la regulación legal con la constitucional. No puede olvidarse además que en virtud de la cláusula de estándar mínimo del art. II-113 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, éste no puede entenderse en ningún caso como limitativo del nivel de protección que supongan, por ejemplo, las Constituciones nacionales, por lo que parece razonable que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si la ley que afecta a un derecho fundamental vulnera la Constitución nacional, puesto que pudiera ser que no vulnerando el nivel de protección derivado del reconocimiento de ese derecho fundamental en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, sí vulnerara el superior nivel de protección derivado del sistema constitucional nacional.

Otra posibilidad, apuntada por Pablo PÉREZ TREMPs¹¹⁰⁷, sería, de modo similar al previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para la cuestión de legalidad, la de hacer convivir en el control de normas con fuerza de ley el control difuso, derivado de la aplicación del principio de primacía, con efectos *inter partes*, con la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales por parte del Tribunal Constitucional. Dada la regulación actual de la cuestión de inconstitucionalidad, que obliga a suspender el dictado de la correspondiente resolución cuando se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, veo difícil esta “convivencia” entre el control difuso y el control concentrado en un mismo caso, puesto que si se plantea la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el órgano judicial no dicta la correspondiente resolución (por lo que no realiza ese “control difuso” mediante la aplicación del principio de primacía), y parece claro que una vez venga la cuestión resuelta por el Tribunal Constitucional, sólo puede resolver de conformidad con lo resuelto por éste, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la “validez” de la ley y el juez ordinario, al aplicar el principio de primacía, sobre su “aplicabilidad”.

Se trata, pues, de una situación compleja, en la que el juez ordinario convive en un universo de ordenamientos y subordenamientos en el que en ciertos casos el control sobre la Ley es concentrado, mientras que en otros es difuso, en unos casos la consecuencia del control es la anulación, en otros la inaplicación. Estos fenómenos, juntos con otros como los de la descodificación, las leyes fragmentarias a concretar por la Administración, la generalización de fórmulas de delegación legislativa, las leyes “media”, leyes “ómnibus”, etc, muestran la crisis del esquema ilustrado y revolucionario de la *lex universalis*, lo que los autores han denominado la “crisis de la ley”, a que antes se hizo referencia¹¹⁰⁸.

Pero, como pone de manifiesto la mejor doctrina¹¹⁰⁹, esa crisis no permite remitir a un juez libre los problemas últimos de su ajuste social. El Derecho europeo continental es un Derecho de base legislativa, para el que las grandes decisiones normativas y de organización

¹¹⁰⁷ “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”(2003), *cit.*, pág. 26.

¹¹⁰⁸ *Supra* epígrafe VI-C, “la degradación de la ley”.

¹¹⁰⁹ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La democracia y el lugar de la ley”, en *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, junto a Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 53 y siguientes.

del sistema son una función indeclinable del legislador. La crisis no destrona a la ley (en el ámbito de la Constitución, *lex superior*) de su papel central. El papel del juez debe seguir siendo el de servidor de la Constitución y de la ley, de la que extrae la fuerza de sus sentencias. Es cierto que ante la complejidad que supone actualmente la existencia de una legislación fragmentada, casuística, cambiante, con partes que caen con frecuencia en la obsolescencia por desajustes sistemáticos, con los problemas propios de la coexistencia de ordenamientos autonómicos, nacionales y supranacionales y con mecanismos extraños a la tradición de los Estados europeos continentales como puede ser el de inaplicación de la ley nacional en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, el papel del juez se realza, pero ello nunca puede llevarle a una “desvinculación” de la ley.

No obstante, es cierto que en los supuestos de aplicación de la regulación constitucional de los derechos fundamentales por ausencia o insuficiencia del desarrollo legal se acentúa lo peculiar de la posición del juez ordinario, sometido a la doble obligación de actuar sometido a la ley y a la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, fj. 1º). Y, como señala Javier JIMÉNEZ CAMPO¹¹¹⁰, es en campos como el de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas (en las que este autor entiende que es ineludible el desarrollo legislativo) donde alcanza su grado máximo la tensión que puede haber entre ambas vinculaciones. Y mientras que en el caso de existencia de una ley de desarrollo de la Constitución o, en general, que afecte al ejercicio de los derechos fundamentales, esa tensión derivada de la doble vinculación se soluciona a través del cauce de la cuestión de inconstitucionalidad¹¹¹¹, en los supuestos de insuficiencia o inexistencia de desarrollo legal tal instrumento no sirve, una vez descartado que pueda plantearse cuestión de inconstitucionalidad por la ausencia de ley, por una “inconstitucionalidad por omisión”¹¹¹².

El riesgo del juez desvinculado de la ley que se deriva de la vinculación directa del juez a la regulación constitucional de los derechos fundamentales y de la aplicación de la

¹¹¹⁰ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 54 y siguientes.

¹¹¹¹ Ver *supra* epígrafe IX-C-a, “el juez ordinario como garante natural de los derechos fundamentales”.

¹¹¹² Ver *infra* epígrafe XI-F, “la falta de desarrollo legislativo del derecho fundamental y la inconstitucionalidad por omisión”.

misma en las relaciones privadas es un riesgo cierto, pero que hay que reducir a sus correctas dimensiones.

En primer lugar, porque no es un riesgo que se circunscriba a la relación de lo constitucional con las relaciones entre particulares. La falta de un desarrollo legislativo suficiente para resolver todas las cuestiones en que se suscita el alcance de la eficacia de un derecho fundamental no afecta solamente a las relaciones de Derecho privado, sino también a las de Derecho público. En litigios judiciales de carácter penal o contencioso-administrativo, en muchas ocasiones, para resolver la cuestión litigiosa con respeto a las exigencias constitucionales, ante la falta de una ley que, en desarrollo de la Constitución, establezca una regulación precisa y exhaustiva de la eficacia del derecho fundamental en una determinada relación jurídico-pública, ha de acudir directamente a la Constitución, a la doctrina que en interpretación y aplicación de la misma ha sentado el Tribunal Constitucional, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a los tratados internacionales que en materia de derechos humanos ha suscrito España. En cuestiones tales como las exigencias que de la regulación constitucional de los derechos fundamentales resultan para la intervención de las comunicaciones en las investigaciones criminales¹¹¹³, la prisión provisional, el ejercicio de ciertos derechos fundamentales por personas situadas en una relación de sujeción especial con la Administración por unas u otras razones (militares, policías, funcionarios en general, presos, etc), ha sido y es frecuente que haya de acudir directamente a las normas constitucionales y a los demás instrumentos a que se ha hecho mención, ante la insuficiencia de la legislación infraconstitucional que desarrolle, en estas materias, el derecho fundamental invocado y regule su ejercicio, insuficiencia en unos casos de mayor y en otros de menor grado, según los avances que en cada materia ha tenido la legislación desde la promulgación de la Constitución.

¹¹¹³ Esta intervención de las comunicaciones o medidas restrictivas para la libertad de movimientos, incluido el arresto domiciliario, puede acordarse incluso en procesos de carácter civil, como es el caso de la intervención de las comunicaciones del deudor acordada como medida cautelar en el proceso concursal, prevista en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 julio, para la Reforma Concursal. Pese al carácter civil del proceso, sigue tratándose de una relación jurídico-pública, como es toda relación procesal, en la que la restricción de los derechos fundamentales se realiza por un poder público, el juez, y no por la actuación de otro particular.

Pero, como apunta Ingo Wolfgang SARLET¹¹¹⁴, si los derechos fundamentales, a pesar de la indeterminación de las normas que los consagran, vinculan directamente al poder público en todas sus manifestaciones, generando derechos subjetivos para los particulares, no ha de comprenderse por qué motivo, en el ámbito de las relaciones entre particulares, aun caracterizadas por el conflicto entre derechos fundamentales de diversos titulares, tal apertura e indeterminación, por sí solas, pasen a ser tenidas como impeditivas de una eficacia directa, en el sentido de una vinculación de los particulares a los derechos fundamentales, tanto más cuando tal concepción, llevada al extremo, acabaría por negar el reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos subjetivos oponibles entre los particulares.

En segundo lugar, porque no es un riesgo que se circunscriba al campo de lo constitucional. Las normas constitucionales sobre derechos fundamentales no son las únicas normas del ordenamiento jurídico caracterizadas por su carácter abierto y fragmentario, o por ser normas-principio, aplicables mediante juicios de optimización o ponderación y no de subsunción. Desde las cláusulas jurídicas generales o abiertas, como las de *bonae mores*, *bona fides*, etc. del Derecho romano hasta las actuales normas positivas que consagran la buena fe o proscriben el abuso o el ejercicio antisocial del derecho (arts. 6 y 7 del Código Civil, 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, etc), en los ordenamientos jurídicos siempre han existido este tipo de normas-principio, cuya aplicación requiere un juicio de optimización y no de subsunción, y actualmente no son en absoluto monopolio de las normas constitucionales, sino que son también abundantes en la legislación infraconstitucional¹¹¹⁵. Es cierto que la aplicación de las mismas es a menudo problemática, por el mayor margen de arbitrariedad a que puede prestarse en relación a las tradicionales normas-regla que regulan de modo preciso los diversos aspectos e incidencias de relaciones jurídicas concretas, anudando consecuencias jurídicas concretas a supuestos de hecho detallados y determinados. Pero ningún ordenamiento prescinde de las mismas, porque son normas necesarias para el correcto funcionamiento del sistema jurídico.

¹¹¹⁴ “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, *cit.*, pág. 144.

¹¹¹⁵ Afirma Jürgen HABERMAS (“Facticidad y validez”, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pág. 325), que la imagen del Derecho decimonónico como un sistema jurídico que podía aplicarse sin tener que recurrir a principios necesitados de una interpretación constructiva es sólo un “espejismo actual”.

Visto lo cual, entiendo que el riesgo de “desvinculación” del juez que puede producirse en la aplicación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales a las relaciones privadas, en el reconocimiento de eficacia directa de estos derechos en las relaciones entre particulares, no difiere en aspectos esenciales de los problemas que al respecto se producen en la aplicación de tales normas constitucionales en las relaciones jurídico-públicas, o en la aplicación de las cláusulas generales positivizadas en la legislación infraconstitucional o sentadas por la jurisprudencia y asumidas de modo incontestable como parte del ordenamiento jurídico.

Hay que intentar, por tanto, sentar algunos criterios útiles para que el juez ordinario pueda operar con el reconocimiento de eficacia directa a los derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones jurídicas privadas sin caer en el puro decisionismo judicial, en la pura arbitrariedad, sin convertirse en un juez “desvinculado” de la ley.

Estas pautas razonables han de partir principalmente de la adecuada comprensión por los jueces¹¹¹⁶ tanto de la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas en general como del significado y virtualidad de cada uno de los derechos fundamentales y libertades públicas, pues éstos no forman un cuerpo homogéneo, especialmente desde que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social ha ampliado el catálogo inicial de estos derechos. Y también han de partir de la adecuada comprensión de cómo debe articularse la “vinculación” del juez, como poder público, a los derechos fundamentales (art. 53.1 de la Constitución), de cuál debe ser la función del juez ordinario en el desarrollo de ese “deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social” de que habla el Tribunal Constitucional. Del mismo modo, han de tenerse muy en cuenta las particularidades que presenta la aplicación en las relaciones jurídico-privadas de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En primer lugar, hay que dejar sentado algo que es obvio. El juez no tiene funciones legislativas. Y ha de ejercer sus funciones vinculado de modo inexcusable a la ley y, en

¹¹¹⁶ No está de más recordar lo que hace ya más de un siglo decía SAVIGNY sobre la importancia del espíritu y la formación de los juristas.

general, al sistema de fuentes. Afirma (“enérgicamente”) Manuel ARAGÓN REYES¹¹¹⁷ que “...la ley sigue siendo, sobre todo en un Estado democrático, la expresión más ordinaria del Derecho (esto es, la decisión normadora producto, en cada momento, del juego legítimo del pluralismo político); que la Constitución ha dejado (en mayor o menor grado, según la materia) un margen de discrecionalidad al legislador que los juristas (incluyendo a los jueces, claro está) han de respetar; que sólo cuando no existe ley para el caso pueden los jueces aplicar directamente la Constitución (si la norma constitucional, por su estructura, permite esa aplicación directa)”.

Que en la aplicación de esa ley deba interpretar y aplicar las leyes y reglamentos “según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) no significa que pueda sustituir al legislador ordinario en el desarrollo de la Constitución (menos aún en materia de derechos fundamentales, en la que el art. 53.1 de la Constitución establece una reserva de ley para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales y el art. 81.1 de la Constitución una reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª del Capítulo II), ni que pueda desvincularse del sistema de fuentes derivado de la propia Constitución.

Como afirma Víctor FERRERES COMELLA¹¹¹⁸ “el problema es que el lenguaje de la Constitución... en materia de derechos y libertades es relativamente abstracto, con la consecuencia de que los principios que el juez encuentra en la Constitución como premisas para resolver el caso no pueden aplicarse sin el auxilio de reglas intermedias que concreten los conceptos más abstractos, y sucede que [a falta de ley] es controvertible qué reglas intermedias son las correctas. ¿Exige la igualdad la prohibición de la discriminación inversa a favor de grupos tradicionalmente discriminados? ¿Exige la libertad que los enfermos terminales puedan decidir que se les practique la eutanasia?”. Por tanto, siempre será preferible que el legislador haya desarrollado de un modo lo más extenso y detallado posible las previsiones constitucionales relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas

¹¹¹⁷ “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 320.

¹¹¹⁸ “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 101.

en los distintos campos en que los mismos pueden tener trascendencia, incluidas las relaciones jurídico-privadas porque, como se ha comentado anteriormente, litigar es un modo lento, inseguro y caro de fijar en un determinado caso el alcance de la eficacia de un derecho fundamental si no está regulado, para ese tipo de relación jurídica, por una ley detallada. En tal caso, si una ley dictada por el legislador infraconstitucional, que desarrolle de un modo directo o al menos regule de modo tangencial el ejercicio de un derecho fundamental, establece un determinado alcance y eficacia para ese derecho en una relación privada, el juez no puede sustituir esa regulación por la que estime más adecuada. El Tribunal Constitucional ha declarado de modo reiterado que el legislador goza de un amplio margen de libertad en el desarrollo de las normas constitucionales, y eso ha de ser respetado en todo momento por el juez. El legislador tiene la libertad que deriva de la autoridad que le otorga la soberanía popular, mientras que el juez no tiene otra autoridad que la que deriva de la aplicación del Derecho. En un sistema de control de constitucionalidad concentrado como es el español, ningún juez puede dejar de aplicar la ley invocando simplemente la Constitución. En todo caso, si el juez, cuando ha de resolver el litigio en el que es aplicable esa norma legal que regula el ejercicio del derecho fundamental en la relación jurídico-privada, estima que esa ley no ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental o ha establecido limitaciones no proporcionadas del derecho, lo que ha de hacer es plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, conforme prevén los arts. 163 de la Constitución, 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pero no puede “puentear” la ley dictada por el legislador ordinario con la excusa de estar aplicando directamente la regulación constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas. La cuestión de inconstitucionalidad se convierte, de este modo, en la vía para resolver las tensiones que provoca la doble vinculación del juez ordinario, a la ley (art. 117.1 de la Constitución) y a la Constitución (art. 9.1 de la Constitución), y en especial a los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 de la Constitución).

Asimismo, la previsión de “interpretación conforme” a la Constitución de las leyes, la obligación de conseguir por vía interpretativa “la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional” para evitar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede

convertirse en un instrumento para desvincularse de las mismas, en una “manipulación” de la ley que suponga una actuación *contra legem* del juez, contra la que advierte Luis DÍEZ-PICAZO¹¹¹⁹. Como recuerda Manuel ARAGÓN REYES¹¹²⁰, el mandato de interpretar todo el ordenamiento de conformidad con una Constitución que contiene principios y valores puede llevar a que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y, sin acudir ni siquiera al planteamiento de la cuestión ante el Tribunal Constitucional, inapliquen la ley y en su lugar apliquen no ya reglas o principios constitucionales, sino valores constitucionales o incluso valores¹¹²¹ que a veces ni siquiera están directamente expresados, como tales, en el texto de la propia Constitución.

Se daría la paradoja de que una supuesta “interpretación conforme” de la ley por parte del juez ordinario en atención a la presunción de constitucionalidad anudada a la dignidad democrática de la ley emanada del Parlamento, que evitara el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, podría suponer en la práctica una desvinculación del juez respecto de la referida ley, realizando una interpretación “manipulativa” que viera en la ley lo que en modo alguno puede verse siguiendo una interpretación conforme a las técnicas jurídicas generalmente aceptadas por la dogmática jurídica, subvirtiendo el papel que tiene atribuido el juez ordinario en un ordenamiento jurídico europeo-continental. Afirma Francisco RUBIO LLORENTE¹¹²² que sólo el respeto a la doctrina de la interpretación garantiza que el “destronamiento” de la ley producido por la supremacía de la Constitución no se salde con una pérdida de la seguridad jurídica, exigencia básica del Estado de derecho y principio expresamente garantizado en el art. 9.3 de la Constitución española.

Las posibilidades de interpretación jurídica no son ilimitadas, no permiten cualquier actuación del juez. La ciencia jurídica establece una serie de parámetros para la interpretación de las normas jurídicas, positivizados básicamente en el art. 3.1 del Código

¹¹¹⁹ “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 20 y siguientes.

¹¹²⁰ “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.*, pág. 311.

¹¹²¹ La idea del “orden de valores” al que estaría vinculado la Constitución ha despertado reticencias en algún sector de la doctrina, por el riesgo de regreso a posiciones iusnaturalistas. Apunta Otto BACHOF (“Jueces y Constitución”, *cit.*, pág. 46) que la fórmula de la Ley Fundamental de Bonn afirmando la existencia de un orden de valores anterior al Derecho y al que éste está sujeto supone retorno de la idea de “la ley como previa al Derecho”, a la idea de “el Derecho como previo a la ley”.

¹¹²² “La interpretación de la Constitución”, *cit.*, pág. 611.

Civil, y la interpretación que permite el citado art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no tiene una naturaleza distinta. En este sentido, la STC 181/2000, de 26 de junio, f.j. 4º, recuerda que “no cabe albergar duda alguna acerca de que la obligación constitucionalmente impuesta a los Jueces y Tribunales de aplicar las leyes postconstitucionales vigentes, no puede ser desatendida por el hecho de que se haya acudido a una pretendida interpretación de sus contenidos conforme a la Constitución”¹¹²³. Es evidente, pues, que la supremacía, la normatividad y la eficacia directa de la Constitución no permiten que el juez ordinario actúe al margen o contra la ley¹¹²⁴.

También una razonable sujeción al precedente (de menor intensidad cuando el mismo procede de la jurisdicción ordinaria, art. 1.6 del Código Civil, de mayor cuando procede del Tribunal Constitucional, art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), junto al deber de partir de las construcciones ofrecidas por la dogmática jurídica, son elementos que permiten caracterizar el razonamiento judicial como “jurídico” y no “político”¹¹²⁵.

En segundo lugar, y sienta que se trate de otra obviedad, no son admisibles utilizaciones “groseras” de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas para justificar el puro decisionismo judicial desvinculado de la ley. Al igual que no es admisible que el juez invoque el valor “justicia”

¹¹²³ Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha entendido que la interpretación de las normas legales conforme a la Constitución supone algo más que la tradicional interpretación conforme a los instrumentos previstos en el art. 3.1 del Código Civil. En este sentido, la STC 253/1988, de 20 diciembre, f.j. 4º, contrariando la tradicional regla *in claris non fit interpretatio*, declara: “Ciertamente es manifiesta la claridad del precepto, cuyo contenido no deja lugar a dudas acerca de la exclusión total de los viudos, pero de ello no cabe deducir la necesaria aplicación literal de la norma cuestionada. Precisamente es dicha exclusión la que se cuestiona como contraria al derecho de igualdad ante la ley y no discriminación por razón de sexo, garantizado en el art. 14 de la Constitución, y -como recuerda el Ministerio Fiscal- la interpretación de las normas, aunque no adolezcan de oscuridad, ha de realizarse conforme a los preceptos constitucionales, lo que no sólo es posible sino que resulta obligado tras la entrada en vigor de la Norma fundamental, cuya primacía se impone a la totalidad del ordenamiento jurídico”. En términos parecidos, la STC 103/1990, de 4 de junio, f.j. 2º, declara: “Y es que la Constitución, en virtud de la supremacía que tiene sobre todo el ordenamiento jurídico, es el «contexto» obligado al que ha de referirse la aplicación de las leyes, teniendo, por ello, los Jueces y Tribunales el deber de ejercer su función jurisdiccional de conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales y ello, no sólo en los supuestos de interpretación declarativa de las normas jurídicas, sino también en la llamada «interpretación integradora», cuando así lo imponga la adecuación de la norma a la Constitución y, muy especialmente, a los derechos fundamentales y libertades públicas que la misma reconoce y consagra”.

¹¹²⁴ En este sentido, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 28.

¹¹²⁵ En este sentido, aunque refiriéndose al Tribunal Constitucional, Víctor FERRERES COMELLA, “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 104

proclamado en el art. 1.1 de la Constitución como valor superior del ordenamiento jurídico para aplicar a un determinado caso su personal concepción de lo que es justo, obviando la regulación legal existente sobre la materia (ya el art. 3.2 del Código Civil prohíbe al juez que sus resoluciones descansen de manera exclusiva en la equidad, salvo cuando la ley expresamente lo permita), tampoco puede servir la simple invocación de un derecho fundamental recogido en la Constitución para justificar la incapacidad del juez de solucionar razonablemente los conflictos sometidos a su conocimiento mediante la aplicación de las normas jurídicas reguladoras de dicho conflicto. Luis DÍEZ-PICAZO¹¹²⁶ inicia su exposición sobre la crisis de la ley reflexionando irónicamente sobre la posibilidad de llegar al extremo de pensar que la cláusula general de la buena fe y la interdicción del abuso de derecho y del fraude de ley del art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hace innecesario el resto de las normas jurídicas, que hace superflua la regulación del regreso del acreedor solidario, de la extralimitación del apoderado o la extinción de una servidumbre por consolidación, al disponerse de una regla, como es la contenida en el precepto citado, sencilla, proteica y aplicable por doquier. De un modo semejante, es evidente que la regulación constitucional de los derechos fundamentales no permite, por sencilla, proteica y aplicable directamente a las relaciones entre particulares, que el juez prescinda de las normas infraconstitucionales y concretamente de las que integran el Derecho privado. Como afirma Manuel ARAGÓN REYES¹¹²⁷, “...que la Constitución desplace a la ley de manera que problemas de arrendamientos urbanos, de operaciones bancarias, de disciplina urbanística, de contratación laboral, de seguridad social, de contratación administrativa, etc., hayan de resolverse aplicando la Constitución, como si ésta fuese la única disposición normativa de nuestra Nación y en ella se contuviesen las reglas resolutorias de todos los conflictos, parece, cuanto menos, improcedente”.

La vinculación de los jueces ordinarios a la Constitución supone en la mayoría de los casos relativos a derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque sea paradójico, que aquéllos no apliquen directamente ésta, sino que, ateniéndose al sistema de fuentes establecido justamente por la Constitución, apliquen las leyes emanadas por el Parlamento, que planteen cuestión de inconstitucionalidad si las creen inconstitucionales, sin

¹¹²⁶ “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 9.

¹¹²⁷ “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, *cit.* pág. 320.

posibilidad de una interpretación acomodadora (dentro de los límites de las técnicas interpretativas admitidas por la técnica jurídica), y que solamente cuando no exista una norma infraconstitucional apliquen directamente la Constitución, sin perjuicio de que ésta ha de estar siempre presente en la interpretación del ordenamiento jurídico que ha de hacerse para resolver litigios.

Si una pretendida aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas es utilizada por el juez para, de un modo burdo, desvincularse de la ley, acogiéndose a supuestas exigencias constitucionales para obviar la aplicación de la legalidad vigente, lo razonable es criticar directamente esta postura, inaceptable desde el punto de vista del juez sometido al imperio de la ley propio de los ordenamientos jurídicos continentales.

Lo contrario, es decir, atribuir estas actuaciones improcedentes al reconocimiento de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sería errar el diagnóstico del problema y, lógicamente, el tratamiento adecuado para resolverlo. Porque de lo que se trata es de que el juez profundice en el conocimiento de la naturaleza de los derechos fundamentales y libertades públicas, de que aplique las normas legales que desarrollan la regulación constitucional de estos derechos, y no aplique visiones reduccionistas de los derechos fundamentales y libertades públicas que sirvan simplemente para imponer sus criterios personales respecto de lo que entiende es la “justicia material”, que es un modo piadoso de vestir la propia arbitrariedad, como también se trata de que el juez conozca el sentido de las distintas instituciones de Derecho privado y aplique la regulación legal de las mismas, normalmente detallada, y no resuelva sin más los litigios mediante invocaciones a los derechos fundamentales, la buena fe, la interdicción del abuso o el ejercicio antisocial del derecho que encubran la pretensión de resolver conforme a su libérrimo y discrecional arbitrio o mediante criterios aparentemente simples pero que desconozcan la complejidad del ordenamiento jurídico que ha de regular y ordenar razonablemente los distintos intereses, públicos y privados, y los diversos bienes jurídicos entrecruzados y en conflicto.

Negar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares para evitar excesos judiciales del tipo de los anteriormente referidos tiene la misma lógica que negar esa eficacia en las relaciones del ciudadano con el poder público o negar naturaleza normativa a las normas infraconstitucionales que recogen cláusulas generales como las referidas de la buena fe o la interdicción del abuso o el ejercicio antisocial del derecho, pues también en estos supuestos podrían producirse y se producen excesos y aplicaciones incorrectas por parte del juez.

Por tanto, el correcto conocimiento del sistema de derechos fundamentales y de cada derecho fundamental en particular, la utilización de construcciones de la dogmática jurídica y de técnicas interpretativas asentadas, la razonable vinculación al precedente, la correcta aplicación de los principios generales del Derecho, un eficaz sistema de recursos, etc., son todos ellos elementos que coadyuvan a que la actuación del juez ordinario cuando reconoce la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no suponga su desvinculación de la ley.

Otra cuestión que ha de ser tomada en consideración, y que ha quedado ya apuntada, es que la dicotomía entre la indeterminación y abstracción de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, cuya aplicación directa por los jueces provocaría por tanto una gran incertidumbre e inseguridad jurídica, y la certeza y previsibilidad de la ley infraconstitucional no es siempre tan clara como en ocasiones se pretende. Como se ha comentado anteriormente, en la ley ordinaria se han venido introduciendo, unas desde el principio de la codificación y otras más recientemente, una serie de “cláusulas generales”, algunas como la de la *bona fides* de gran raigambre jurídica, caracterizadas por la indeterminación y que pueden dar lugar también a la arbitrariedad o al “decisionismo” judicial¹¹²⁸. La aplicación torcida de estas normas de las leyes infraconstitucionales pueden

¹¹²⁸ Prueba de que no afecta exclusivamente a cuestiones de derechos fundamentales es que, en materia de Derecho societario, Ángel ROJO (“Los grupos de sociedades en el Derecho español”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 220, 1996, págs. 464 y siguientes, y Pablo GIRGADO PERANDONES, “La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo”, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 78), hacen referencia a la jurisprudencia existente en materia de exigencia de responsabilidad a los administradores de grupos de sociedades en la que, afirman, se ha generalizado el recurso a cláusulas generales como el abuso del derecho, el fraude de ley, el interés social y sobre todo la buena fe a través de la técnica del “levantamiento del velo”, utilizada esta última como “fórmula mágica” para satisfacer precisas o imprecisas necesidades de justicia material, todo ello con resultados que, entienden, pueden calificarse de escasamente satisfactorios.

también sustentar la figura de lo que se ha llamado el juez “desvinculado”, que aprovecha la generalidad e indeterminación de este tipo de normas para aplicar al caso su particular visión de lo justo, desconociendo la concreta regulación que el legislador ha previsto. Normas como las que establecen la buena fe como principio a observar en las relaciones contractuales o, en general, en todas las relaciones jurídicas (arts. 7 y 1258 del Código Civil, 57 del Código de Comercio, 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), la interdicción del abuso o del uso antisocial del derecho (art. 7 del Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), la moral y el orden público como límites de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil), o la interdicción del fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil y 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), no están precisamente caracterizadas por la “certeza” y “previsibilidad” que los críticos de la *Drittwirkung* atribuyen a la ley ordinaria frente a las normas constitucionales. Sin embargo, pese a la utilización incorrecta que los jueces pueden hacer de estas “cláusulas generales”, en opinión de los juristas la introducción de estas normas en nuestras leyes fue un hecho positivo, por cuanto que supuso dotar al juez de instrumentos útiles para evitar resultados que aunque pudieran parecer ajustados a la letra de la ley, serían contrarios al ordenamiento jurídico en su conjunto y profundamente injustos. Nadie se plantea actualmente eliminar este tipo de cláusulas generales contenidas en la legislación ordinaria, ni suelen plantearse especiales polémicas sobre la existencia de normas infraconstitucionales dotadas de gran generalidad o incluso ambigüedad, y sin embargo tan “decisionismo” judicial puede constituir una determinada aplicación de la legalidad ordinaria como de la legalidad constitucional.

Por lo expuesto, adolece de graves contradicciones la tesis de quienes postulan una eficacia meramente mediata de los derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones entre particulares a través de la irrupción en el Derecho privado de los principios constitucionales reguladores de esta materia a través de las cláusulas generales de la buena fe, la moral y el orden público porque, entienden, permitir al juez aplicar directamente la regulación constitucional de dichos derechos fundamentales y libertades públicas cuando no existe un desarrollo legal infraconstitucional supondría un aumento intolerable de la inseguridad jurídica y un ataque en toda regla al principio de la autonomía de la voluntad que ha de presidir el Derecho privado. Afirman al respecto Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO

y María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ¹¹²⁹ que “...el margen de incertidumbre que deriva de toda ponderación y búsqueda de los límites naturales de los derechos no autoriza a transformarlos sólo en valores en algunos sectores de la vida social. Aparte de ello, convendría recordar que no existe semejante temor de paralización de la autonomía privada cuando se propugna la introducción del cuadro de derechos fundamentales dentro de la noción de «orden público», como orden público institucional. Si este temor no existe, y esta cláusula ha limitado tradicionalmente el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, debe tenerse en cuenta que podrían plantearse a su través problemas muy semejantes –de ponderación, contrapeso, o valoración de intereses- a los que se plantearían mediante la aplicación directa del derecho, a no ser que, con la remisión a la cláusula de orden público, se pretendiera su inutilización pura y simple, vaciándolos de contenido”. Rafael NARANJO DE LA CRUZ¹¹³⁰ expresa una opinión similar al afirmar que “no se entiende cómo puede criticarse por la teoría mediata la inseguridad jurídica que conllevaría la aplicación directa de los derechos fundamentales y afirmar, por el contrario, su preferencia por la utilización de las cláusulas generales, cuando éstas normalmente permiten también un amplio margen de maniobra al juez”.

Entiendo que el reconocimiento por el juez ordinario de la efectividad de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, y en concreto en las relaciones de Derecho privado, no puede hacerse depender exclusivamente de una configuración legal infra-constitucional suficiente del ordenamiento jurídico privado, porque entonces estaríamos negando el carácter normativo que el Tribunal Constitucional ha reconocido a la Constitución en todos los órdenes jurídicos y no sólo en el ámbito del Derecho público reglador de las relaciones de sujeción general.

Si es posible articular la eficacia de los derechos fundamentales a través de puntos de irrupción no hay ningún problema en que el juez pueda utilizar dichos instrumentos, que permiten una eficacia indirecta, pero útil, de esta regulación constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas en el campo de las relaciones jurídicas privadas,

¹¹²⁹ “Igualdad y discriminación”, *cit.*, pág. 271.

¹¹³⁰ “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, *cit.*, pág. 233-234.

explicitando el razonamiento por el cual ha “llenado” de contenido constitucional dichas cláusulas generales del ordenamiento jurídico. Estas “cláusulas generales” han sido consideradas por la jurisprudencia constitucional alemana como “puntos de irrupción” (*Einbruchstellen*) de los derechos fundamentales en el Derecho Civil. En opinión de Jesús ALFARO AGUILA-REAL¹¹³¹, las cláusulas generales son auténticas “normas de delegación” al juez por parte del legislador para que aquél “componga” la norma concreta aplicable al caso. Normas como las de los arts. 6.2, 7.2 y 1255 del Código Civil establecen los límites a la autonomía privada. En la interpretación de lo que sea “antisocial” o “contrario al orden público” el juez debe incorporar los valores recogidos en la Constitución. En esta medida, los jueces contribuyen a dotar de vigencia social a los derechos fundamentales (aunque, según ALFARO AGUILA-REAL, no están autorizados a dotar de vigencia entre particulares a los derechos fundamentales más allá de tal delegación legislativa). Por ello, las instituciones jurídicas que tales cláusulas generales representan han de ser interpretadas desde una perspectiva constitucional. Su contenido habrá de venir determinado por el orden de valores consagrados en la Constitución, y especialmente en la regulación constitucional derechos fundamentales y libertades públicas¹¹³².

Pero si faltan estos puntos de irrupción o de conexión, o el juez entiende que no es preciso utilizar esta vía indirecta, la actuación de los derechos fundamentales puede imponerse directamente. En estos casos, la propia regulación constitucional del derecho fundamental o de la libertad pública en cuestión se convierte en el punto de conexión para

¹¹³¹ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, págs. 74-75.

¹¹³² La Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de fecha 15 de enero de 1958, dictada en el caso *Lüth*, declaraba al respecto:

“La influencia de los derechos fundamentales como criterios valorativos, se realiza sobre todo mediante aquellas disposiciones del Derecho privado que contienen derecho imperativo y por tanto forman parte del orden público en sentido amplio, es decir, mediante los principios que, por razones de interés general, han de ser vinculantes para la modelación de las relaciones jurídicas entre los particulares y por ende están sustraídos la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones, por su finalidad, están emparentadas con el Derecho público, del que son complemento, y en especial con el Derecho Constitucional. Para la realización de esta influencia a la jurisprudencia se le ofrecen sobre todo las «cláusulas generales» que, como la del parágrafo 826 BGB, remiten para el juicio de la conducta humana a medidas metaciviles e incluso metajurídicas. A la hora de decidir lo que estos mandatos sociales exigen en el caso concreto, ha de partirse, en primer lugar, de la totalidad de las representaciones de valor que el pueblo ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural y fijado por su Constitución. Por ello se han calificado con razón las

los deberes de acción u omisión de terceros o para los propios derechos en el ordenamiento jurídico privado. De este modo, en los supuestos de “lagunas de protección de valores” (lagunas de desarrollo legislativo de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, podría decirse), los derechos fundamentales despliegan una eficacia directa¹¹³³. Eficacia inmediata y eficacia mediata a través de la ley no son incompatibles¹¹³⁴.

Por lo expuesto, el reconocimiento de eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas no potencia el riesgo del juez desvinculado sustancialmente más de lo que lo hace el reconocimiento de tal eficacia en las relaciones jurídico-públicas o la aplicación de las cláusulas generales contenidas en leyes infraconstitucionales, y concretamente en normas legales de Derecho privado.

No se “desvincula” el juez del imperio de la ley (art. 117 de la Constitución) cuando aplica directamente las normas constitucionales, siempre que lo haga respetando el sistema de fuentes. El juez ordinario no puede dejar de aplicar la ley infraconstitucional que regula el ejercicio de los derechos fundamentales porque la considere inconstitucional (por no respetar el contenido esencial del derecho o por fijarle límites no proporcionados), puesto que de

cláusulas generales como los «puntos de irrupción» de los derechos fundamentales en el Derecho civil (Dürig)”.

¹¹³³ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *cit.*, pág. 113-114. No obstante, considera esta posibilidad excepcional, mostrándose en general muy contrario a la posibilidad de eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

¹¹³⁴ Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 299. María Paz GARCÍA RUBIO, en “La eficacia interprivatos (Drittwirkung) de los derechos fundamentales”, en el *Libro homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, se pronuncia también por esta compatibilidad entre Drittwirkung directa e indirecta, cuando afirma que la tesis de la *mittelbare Drittwirkung* (*Drittwirkung* mediata) en nuestro Derecho puede resultar adecuada en todos aquellos casos en los que asegura una eficacia suficiente de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, lo que en otras palabras significa que la aplicación de los derechos constitucionales en las relaciones estrictamente privadas se ha de hacer, como regla general, acudiendo a los instrumentos propios del Derecho civil (leyes civiles que reproducen o desarrollan el derecho en cuestión y cláusulas generales que los Tribunales han de aplicar atendiendo al texto constitucional), entendiéndose que este criterio resulta inadecuado en ciertas circunstancias en las que, so pena de volver a un concepto no normativo de Constitución, no hay más remedio que afirmar la eficacia inmediata horizontal de los derechos fundamentales desde la propia norma fundamental y sin intervención del legislador, como ocurre en aquellos casos en que el legislador ha omitido cualquier regulación del derecho fundamental en cuestión, de suerte que el juzgador, para hacer efectivo su reconocimiento, no puede acudir a una norma de Derecho privado (por hipótesis inexistente), sino que ha de apelar directamente a la norma constitucional donde se normativiza el derecho, citando a tal efecto la STC 80/1982, de 20 de diciembre.

tener dudas sobre su constitucionalidad deberá plantear la cuestión al Tribunal Constitucional (arts. 163 de la Constitución, 35 y siguientes de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Y en todo caso ha de aplicar esos preceptos constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y asimismo de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), en la interpretación que en su caso los tribunales internacionales instituidos por dichos tratados hayan establecido (así resulta por ejemplo del art. 32.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación al Tribunal de Estrasburgo¹¹³⁵), debiendo tener asimismo en cuenta la jurisprudencia ordinaria existente al respecto (art. 1.6 del Código Civil), y sirviéndose asimismo de cuantos instrumentos útiles le proporciona el ordenamiento jurídico para la interpretación y aplicación de tales preceptos constitucionales. Además, ha de recordar que si bien la Constitución no predetermina el contenido de la ley, sino que sólo lo limita o condiciona, porque el legislador no sólo tiene en cuenta los límites de la Constitución (y de los demás elementos citados, tales como la doctrina del Tribunal Constitucional, los tratados internacionales, etc), sino también otras consideraciones para seleccionar fines públicos, sin embargo, si el juez ha de acudir a aplicar directamente los preceptos constitucionales por la ausencia o insuficiencia de regulación legal del ejercicio de un derecho fundamental, la Constitución y los demás elementos referidos sí predeterminan el contenido de su sentencia, por más dudas que haya sobre qué dice la Constitución. En esos casos sólo puede tomar en consideración la Constitución y los demás instrumentos complementarios, pero no consideraciones de oportunidad, idoneidad, “justicia intrínseca”, etc, aunque sea realmente problemático cuando se trata, por ejemplo, de aplicar el principio de proporcionalidad (y más concretamente el subprincipio de proporcionalidad estricta) en la ponderación de un conflicto en el que se limita un derecho fundamental por otro derecho fundamental u otro bien jurídico de anclaje constitucional¹¹³⁶.

¹¹³⁵ El mencionado precepto dispone: “La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47”.

¹¹³⁶ El mayor papel que el principio de proporcionalidad puede otorgar al poder judicial en relación al legislativo, con detrimento del principio de seguridad jurídica, es puesto de manifiesto por Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 113. Sobre este particular, ver *infra* epígrafe XI-H, “el principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento de los derechos

Como recuerda Víctor FERRERES COMELLA¹¹³⁷ el discurso político-moral es más amplio que el discurso jurídico-constitucional. El juez es también un votante y es en las urnas donde cuentan sus puntos de vista políticos y morales.

Ahora bien, respetando lo anterior, no puede dejar de resolver un litigio en que se alegue la vulneración de un derecho fundamental (prohibición de *non liquet*) porque no exista un desarrollo legislativo, ni puede resolverlo desconociendo el carácter normativo de la Constitución cuando no exista una ley infraconstitucional que regule el ejercicio del derecho fundamental en la relación jurídica donde se encuadra la cuestión litigiosa. El sometimiento del juez al imperio de la ley lo es a la ley existente, pero no a la que no existe o a la que no regula la cuestión litigiosa. En tales casos, no se desvincula el juez de ese sometimiento si aplica directamente la Constitución, puesto que ésta le vincula directamente conforme a lo previsto en el art. 53.1 de la Constitución.

Es cierto que en ocasiones, especialmente en aquellos supuestos donde la inexistencia de una legislación de desarrollo sea más patente, y no exista tampoco jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, ni tratados internacionales que regulen la cuestión con más precisión, y sobre todo cuando hay que resolver un conflicto entre los derechos fundamentales y otros derechos y bienes jurídicos de que sean titulares las partes enfrentadas, hay un momento en que el juez ordinario ha de realizar una valoración carente de apoyo directo en el Derecho positivo infraconstitucional, y que es en ese momento cuando puede existir un mayor riesgo de arbitrariedad o extravagancia. Pero, en primer lugar, esa valoración y el riesgo que comporta es propia de la función judicial en todas sus facetas, no solamente cuando resuelve litigios en que está en juego la eficacia de derechos fundamentales en relaciones privadas, y, en segundo lugar, ese riesgo para la seguridad jurídica puede evitarse o al menos minorarse hasta límites razonables mediante el propio sistema de recursos de la jurisdicción ordinaria y, en caso de que se entienda que la decisión judicial ha vulnerado un derecho fundamental (por no protegerlo adecuadamente o porque, al proteger el derecho fundamental invocado, ha vulnerado otro del que es titular la parte contraria), mediante el propio recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por ello es

fundamentales por el juez ordinario”.

¹¹³⁷ “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 96 y siguientes.

fundamental que el sistema de recursos de la jurisdicción ordinaria, y el propio recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, sean ágiles, que se resuelvan en un plazo razonable, de modo que permita establecer un buen sistema de precedentes jurisprudenciales en materias en las que no existe –a veces porque no puede existir– una regulación legal detallada¹¹³⁸.

Piénsese, por ejemplo, en la cuestión relativa al conflicto entre las libertades de expresión e información del art. 20 de la Constitución y los derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución, en la que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha constituido un cuerpo de doctrina de gran interés para la resolución de este conflicto, sentando criterios en numerosas cuestiones en las que la legislación de desarrollo no fija soluciones detalladas¹¹³⁹.

La falta de este sistema eficaz de recursos ante la jurisdicción ordinaria (dilación excesiva en los recursos, con una demora actualmente insostenible en el recurso de casación ante la Sala 1ª del Tribunal Supremo¹¹⁴⁰), falta de observancia de la exigencia de preferencia

¹¹³⁸ La reforma de la casación que se prevé en el anteproyecto Ley por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad va dirigida (al menos así se dice en la exposición de motivos) a descargar a la Sala 1ª del Tribunal Supremo del monumental atasco de recursos que actualmente padece. Pero otras reformas incluidas en tal anteproyecto, como la que supone la introducción de la 2ª instancia en la jurisdicción penal como previa a la casación, aunque exigidas por los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, concretamente, según la propia exposición de motivos del anteproyecto, por las reiteradas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU que declaran el incumplimiento de España del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, supondrán una mayor dilación en la tramitación de un litigio en todas sus instancias y recursos. La reforma del recurso de amparo que se prevé en el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobado en el Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005 va también dirigida, entre otras finalidades, a agilizar la tramitación de los recursos de amparo, aumentando la discrecionalidad del Tribunal Constitucional en el trámite de admisión, exigiendo una trascendencia objetiva de la cuestión constitucional planteada en el recurso y permitiendo en definitiva que el Tribunal Constitucional se centre en la resolución de aquellos que presenten una cierta trascendencia objetiva. Todo ello debería poner fin a la situación de lentitud excesiva del sistema de recursos actualmente existente, de la que son significativas las reiteradas condenas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a España por retraso en la impartición de justicia, incluida la jurisdicción de amparo (SSTEDH de 11 de octubre de 2001, caso *Díaz Aparicio*, y 25 de noviembre de 2003, caso *Soto Sánchez*)

¹¹³⁹ Analicé esta cuestión, sistematizando la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia, en “Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen”, *cit.*

¹¹⁴⁰ Con intención de solucionar esta situación, entre otras finalidades, se está tramitando el anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento

en los recursos de apelación y casación en los procesos especiales de protección de los derechos fundamentales, etc) y la demora también excesiva en la resolución de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional (a la polémica sobre los medios para restringir el acceso al recurso de amparo a fin de disminuir el número de los que penden ante el Tribunal Constitucional se ha hecho referencia anteriormente¹¹⁴¹), como pone de manifiesto Víctor FERRERES COMELLA¹¹⁴² siendo grave, es un problema general y no afecta exclusivamente a la constitucionalización del Derecho privado.

Si se observa la evolución habida en esta cuestión, se ha pasado del temor a un juez desvinculado de la Constitución, en los primeros tiempos de vigencia de ésta, en los que el Tribunal Constitucional hubo de afirmar de un modo claro y tajante el carácter normativo de la misma y la obligación de los jueces ordinarios de aplicarla aunque no existiera un desarrollo legislativo (STC 80/1982, de 20 de diciembre), al temor a un juez desvinculado de la ley, que con la excusa de la aplicación directa de la Constitución eluda la sujeción a la ley emanada del legislador democrático.

Siendo cierto que las ocasiones en que se ha materializado este riesgo del juez desvinculado de la ley son más llamativas, quizás responda más al perfil sociológico del juez ordinario la prudencia, en unos casos, o la renuencia, en otros, a la aplicación directa de la Constitución con la justificación, explicitada o no, de su sujeción a la ley ordinaria y de la no existencia de un desarrollo legal de la previsión constitucional para resolver la solicitud de protección de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada. Este perfil puede responder en unos casos a una actitud de prudencia en la aplicación directa de la Constitución y de respeto, entendido de un modo discutible, a las exigencias derivadas de la sujeción al “imperio de la ley” que establece el art. 117 de la Constitución, y en otros casos a simple comodidad: es claro que buscar soluciones en el ordenamiento constitucional, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los convenios sobre derechos humanos ratificados por España, para dar respuesta a una

Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad, antes referido.

¹¹⁴¹ Ver *supra* epígrafe IX-D-a-2, “dimensión subjetiva y objetiva del recurso de amparo”.

¹¹⁴² “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares” *cit.*, págs. 18 y19.

pretensión de esa naturaleza siempre es mucho más complicado que desestimar la pretensión sobre la base de que no está amparada por la legislación ordinaria.

Es significativo de esta actitud de cautela en la aplicación directa de la Constitución¹¹⁴³ el dato que en el año 1995 daba Javier JIMÉNEZ CAMPO, a la sazón Secretario General del Tribunal Constitucional¹¹⁴⁴, de que el 23,4% de resoluciones del Tribunal Constitucional en cuestiones de inconstitucionalidad habían sido dictadas respecto de normas preconstitucionales. Ha de recordarse que muchas de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas respecto de normas legales postconstitucionales, sobre todo por tribunales contencioso-administrativos, cuestionan que se haya legislado por el parlamento de una Comunidad Autónoma materias sobre las que el Estado tiene la competencia, o viceversa. En otras ocasiones, la duda de inconstitucionalidad ha venido referida al modo de producción legislativa fijado por la Constitución, es decir, a que no se haya respetado la reserva de ley orgánica del art. 81.1 de la Constitución en una ley que, se entiende, desarrolla un derecho fundamental, o se hayan infringido las reservas que limitan el empleo de decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución). Por tanto, teniendo en cuenta que las cuestiones de inconstitucionalidad de leyes preconstitucionales solamente pueden versar sobre una contradicción sustantiva entre la norma y la Constitución, pues las normas preconstitucionales sólo pueden causar infracciones materiales, y no formales, de la Constitución, el 23,4% indicado supone que existe un alto porcentaje de cuestiones de inconstitucionalidad sobre leyes de Derecho preconstitucional, respecto de las que no puede dudarse de su constitucionalidad por razones atinentes al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas o al respeto del sistema de producción normativa instaurado por la Constitución¹¹⁴⁵. Ello muestra una actitud de cautela de los jueces ordinarios respecto a la posibilidad de aplicar directamente la Constitución, concretamente

¹¹⁴³ Gerardo RUIZ-RICO RUIZ (“Algunas reflexiones sobre la convergencia funcional-disfuncional del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de la Constitución”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, dir. Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 14-15) considera que “evidencia un cierto temor del Poder Judicial a asumir su responsabilidad como juez de la constitucionalidad a través de la aplicación del principio derogatorio”.

¹¹⁴⁴ “Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España”, conferencia cuyo texto se recoge en la obra *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, ed. Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 88.

¹¹⁴⁵ En este sentido, Francisco RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente del Derecho”, *cit.*, pág. 83.

su cláusula derogatoria, y su propensión a “elevar” la cuestión al Tribunal Constitucional cuando ello es posible, como es el caso de la derogación de normas preconstitucionales por la Constitución, en la que el Tribunal Constitucional ha establecido la posibilidad de declararlo directamente por el juez ordinario o plantear la cuestión al Tribunal Constitucional¹¹⁴⁶.

El problema cuando se trata de decidir sobre la eficacia de un derecho fundamental invocado en un litigio sobre Derecho privado es que el juez ordinario no puede desplazar la resolución de la cuestión al Tribunal Constitucional, como sucede cuando plantea una cuestión de inconstitucionalidad, y ha de resolver por sí solo. En ese caso, sólo un adecuado conocimiento del sistema constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas y unas adecuadas técnicas de interpretación jurídica pueden servir para que el juez resuelva la cuestión con criterios jurídicos, sin desvincularse de la ley. Pero, como indicaba, cuantitativamente es mayor el riesgo de “pasividad” constitucional, de eludir el reconocimiento de eficacia directa a los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales y libertades públicas en las relaciones entre particulares, que el de un “activismo” judicial que implique la desvinculación del juez respecto de la ley mediante la invocación de la Constitución para resolver directamente estas cuestiones, aunque estos últimos casos puedan ser más llamativos.

Respecto a la objeción democrática que en ocasiones se opone a la posibilidad de que el juez aplique directamente la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas cuando el legislador democrático no los haya desarrollado, efectivamente el juez carece de legitimación democrática directa¹¹⁴⁷, pero ello no le puede llevar a una pasividad

¹¹⁴⁶ “Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad” (STC 4/1981, de 2 de febrero, fj. 1º-D).

¹¹⁴⁷ Sobre la legitimidad democrática del poder judicial puede verse en nuestra doctrina, entre otros, Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y Claudio MOVILLA ÁLVAREZ, “El Poder Judicial”, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 22 y siguientes y María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria”, *cit.*, págs. 23 y siguientes e “Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”, *cit.*, págs. 50 y siguientes. Se recurre por los autores a la distinción entre democracia y representatividad, entendiéndose que el concepto de democracia es más amplio que el de representación y puede hacerse efectivo por fórmulas no representativas, al concepto de “legitimación democrática de segundo grado” en cuanto que su función está prevista en el ordenamiento jurídico democrático, su órgano de gobierno (el Consejo General del

que contraría la función que el ordenamiento jurídico democrático le asigna en la tutela efectiva de los derechos y libertades (art. 24 de la Constitución), vinculado directamente a la regulación constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.1 de la Constitución). Ha de buscarse un equilibrio entre la objeción democrática que negaría al juez la posibilidad de aplicación directa de la Constitución para resolver los litigios en los que estén en juego derechos fundamentales en lo no desarrollado por el legislador, y la obligación institucional, también constitucional, de tutelar jurídicamente tales derechos vinculado de modo directo al texto constitucional.

En definitiva, el riesgo de potenciar un juez desvinculado que supone la *Drittwirkung* es un riesgo real, pero ni los riesgos de arbitrariedad y desvinculación de la ley se limitan a la aplicación del ordenamiento constitucional o al campo de las relaciones jurídico-privadas, ni tal riesgo puede llevar a negar que el juez ordinario cumpla su papel en la protección de los derechos fundamentales en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, incluido en que afecta a las relaciones entre los particulares.

Es cierto que el papel institucional del juez ordinario en esta materia es ahora más complicado que hace unos años. En 1975, a la caída de la dictadura, no había Constitución normativa, no había normas de derechos fundamentales de aplicación directa, el sistema de fuentes era mucho más simple (art. 1 del Código Civil), no había un ordenamiento jurídico comunitario dotado de primacía y efecto directo, no estaban ratificados los tratados internacionales de derechos humanos.

Esto ocurría en España, donde se salía de un régimen autoritario, pero la situación no era demasiado distinta en otros países europeos: en muchos casos no se reconocía a la Constitución su naturaleza normativa¹¹⁴⁸, las normas de derechos fundamentales no se

Poder Judicial) es elegido por el Parlamento o en cuanto que aplican leyes emanadas de la voluntad popular. Pero, en todo caso, parece claro que no es una legitimación democrática directa al no ser elegido por el electorado o por los órganos representativos durante un periodo determinado de tiempo. Más legitimación democrática tiene el Tribunal Constitucional, porque sus miembros son designados por los órganos político-constitucionales representativos en primer o segundo grado, y sus miembros ocupan su cargo durante un mandato temporalmente limitado, por lo que respecto del Tribunal Constitucional la objeción democrática tiene menor intensidad.

¹¹⁴⁸ Es muy significativa la visión que Thierry S. RENOUX (“La jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿indiferencia, convergencia o competencia?”), en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 7, mayo-689

consideraban aplicables directamente, al menos en las relaciones entre particulares, la primacía y el efecto directo Derecho comunitario estaba “en pañales” y además sin trascendencia en materia de derechos fundamentales. Aunque los Estados europeos democráticos habían ratificado los tratados y convenios internacionales sobre derechos fundamentales, en concreto el Convenio Europeo de Derechos Humanos, casi no hay sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya gran producción normativa comienza realmente a partir de 1989, quizás porque en una situación de guerra fría, en que se intentaba presentar a Occidente como baluarte de los derechos humanos, no era demasiado presentable que sus Estados fueran condenados por vulnerarlos.

Actualmente, en materia de derechos fundamentales interactúan cuatro sistemas jurídicos que no son compartimentos estancos: el sistema de “Derecho interno” (la Constitución, sus normas de desarrollo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional), el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (el propio Convenio, sus protocolos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo), el sistema de Derecho comunitario (Tratados, Derecho derivado, jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y un Tratado por el que se establece una Constitución para Europa que, aun con un futuro incierto, contiene una Carta de Derechos Fundamentales con eficacia al menos de *soft law*), y el sistema de la Organización de Naciones Unidas (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité de Derechos Humanos). Pese a toda esta complejidad, no creo que se considere preferible una vuelta a la situación existente hace 30 años.

agosto 1999, pág. 66 y siguientes) da sobre la situación existente en Francia hasta la década de los 70: la Constitución no formaba parte del Derecho, la Constitución se refería únicamente a las relaciones entre los poderes públicos y no entre los individuos, y no concernía a la jurisdicción ordinaria. La actitud mayoritaria de los jueces franceses en esa época era de una cierta indiferencia hacia la Constitución.

CAPÍTULO XI

APLICACIÓN DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES POR EL JUEZ ORDINARIO

A) EL DESARROLLO Y LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL LEGISLADOR

De lo expuesto hasta ahora puede extraerse la conclusión de que en nuestro ordenamiento jurídico la Constitución tiene valor normativo y que tal valor normativo afecta no solamente al ámbito de lo público, a la regulación de la estructura del Estado y de sus relaciones con los ciudadanos, sino a la sociedad en su conjunto. Por tanto, los derechos fundamentales que se integran en su parte dogmática tienen también vigencia y eficacia en las relaciones entre particulares, por cuanto que los mismos confieren a los particulares un estatus integrado por un haz de facultades e inmunidades que tienen una eficacia pluridimensional, no limitada a sus relaciones con los poderes públicos.

Ahora bien, una cosa es afirmar que las normas constitucionales de derechos fundamentales tienen eficacia normativa también en el ámbito de las relaciones entre particulares, y que los ciudadanos son titulares de tales derechos fundamentales reconocidos en la Constitución también en sus relaciones jurídico-privadas, y otra muy distinta afirmar que la Constitución sea, por sí sola, el instrumento adecuado y autosuficiente para regular la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de tales relaciones.

a. Necesidad de desarrollo de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales

El análisis de la polémica entre las concepciones de Constitución normativa y de Constitución marco, sin perjuicio de la opción que la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional y la mayoría de la doctrina ha hecho por la primera de ellas para nuestro sistema jurídico, deja una cosa clara: la Constitución es una norma fragmentaria, integrada por preceptos abiertos e incompletos¹¹⁴⁹. Como apunta Manuel MEDINA GUERRERO¹¹⁵⁰, las características que hacen de la Constitución una norma flexible se aprecian con mayor intensidad en las disposiciones de derechos fundamentales. Es difícil determinar cuál es la voluntad objetiva de la norma, pues de ésta no es dable inferir con claridad ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas. Quizás ello ocurra porque la mayoría de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales no son “normas-regla”, aplicables mediante la técnica de la subsunción (si se da determinado supuesto de hecho se aplica determinada consecuencia jurídica: la aplicación se plantea en términos de “sí o no”), sino más bien “normas-principio”, aplicables mediante la técnica de la ponderación (que no se plantea en términos de “sí o no”, sino de “más o menos”, de optimizar un bien jurídico y darle la máxima efectividad posible habida cuenta las circunstancias del caso)¹¹⁵¹. Pese a la eficacia directa e inmediata de los derechos fundamentales, es poco menos que imprescindible la intervención del legislador para que desplieguen plenamente su eficacia.

Efectivamente, como observa Luis María DÍEZ-PICAZO¹¹⁵², que los derechos fundamentales, a diferencia de los principios rectores de la política económica y social del Capítulo III del Título I de la Constitución, puedan desplegar sus efectos sin necesidad de intermediación legislativa, no debe ser malentendido. La plena efectividad de los derechos

¹¹⁴⁹ Aunque Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, citando a LERCHE, en “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 68, entiende que la Constitución no encierra tanto normas imprecisas como “Derecho concentrado”, lo que sería importante a efectos de interpretación de tales preceptos constitucionales.

¹¹⁵⁰ “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág.23 y siguientes.

¹¹⁵¹ Luis M^a DÍEZ-PICAZO, “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 39 y siguientes, siguiendo a ALEXY y DWORKIN, para los que la distinción entre regla y principio es una diferencia de categoría. Por el contrario, Víctor FERRERES COMELLA (“Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 30, nota al pie de página núm. 11), siguiendo a H. L. A. HART (“Postscript” a “The Concept of Law”, Clarendon Press, Oxford, 2^a edición, 1994), entiende que en tal distinción ha de verse una diferencia de grado y no de categoría. Se trataría de la diferencia que HART establece entre las normas que denomina *near-conclusive rules*, que operan de tal modo que la satisfacción de sus condiciones de aplicación basta para determinar la solución jurídica, excepto en casos muy especiales o extraordinarios en que ceden ante normas de mayor importancia, y las normas que denomina como *generally non-conclusive principles*, que simplemente orientan la decisión jurídica en determinado sentido, sin determinarla en muchos casos. La diferencia entre unas y otras sería de grado y dependería de la frecuencia con que la norma en cuestión admita excepciones, lo cual depende a su vez del peso que deban tener las razones opuestas a la norma para poder derrotarla.

¹¹⁵² “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 61.

fundamentales necesita a menudo de algún tipo de desarrollo legislativo, pero la simple omisión de este último no neutraliza por completo la operatividad de los derechos fundamentales. Según este autor¹¹⁵³, una notable paradoja de los derechos fundamentales es que son primariamente barreras frente al legislador, pero su plena eficacia necesita de la colaboración legislativa; la ley no es sólo una amenaza potencial para los derechos fundamentales, sino también una garantía de los mismos, como lo demuestra la garantía de la reserva de ley. Por ello, junto a la “vinculación negativa” de la ley a los derechos fundamentales, en virtud de la cual éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una “vinculación positiva” que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales, desarrollándolos y regulando su ejercicio para que sean plenamente efectivos.

El carácter fragmentario, abierto y flexible de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales está al servicio de la libertad conformadora del legislador. Mientras más abierta sea la norma constitucional de derechos fundamentales, más capacidad de perdurar y de adaptarse a situaciones cambiantes tiene pero más exige de la labor “concretizadora” del legislador¹¹⁵⁴. El proceso de “concretización” de las normas constitucionales de derechos fundamentales, en lo que se refiere a la función del legislador, consiste en una actividad creativa destinada a dotar de sentido a la norma cuyo contenido no está enteramente prefijado por la Constitución, y para ello el legislador goza de un gran margen de libertad de configuración política para moverse en el marco que la Constitución proporciona.

¹¹⁵³ *Op. cit.*, pág. 95.

¹¹⁵⁴ “Yo califico, no sin ironía, los términos de la Declaración de derechos de «gloriosas ambigüedades». La propia naturaleza inaprensible de su sustancia ha hecho posible la elaboración y la reelaboración de la doctrina constitucional, de modo que satisfaga las necesidades de una sociedad libre, pluralista y en evolución. Mientras que la precisión ocupa un lugar de honor en la redacción de una orden gubernativa, es, sin embargo, mortal cuando se trata de una Constitución que quiere ser viva”. Cita del juez norteamericano Shirley M. HUISTEDLER en José Luis CASCAJO CASTRO, “El recurso de amparo”, *cit.*, pág. 58, nota de pie de página 13.

b. Fijación por la ley del nivel de eficacia de los derechos fundamentales

Como recuerda Robert ALEXY¹¹⁵⁵, la Constitución no es lo que FORSTHOFF calificó sarcásticamente como “huevo jurídico originario”, del que todo surge, desde el Código penal hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros¹¹⁵⁶. La regulación constitucional de los derechos fundamentales supone, junto con contenidos necesarios y contenidos prohibidos o imposibles, otros contenidos meramente posibles, cuyo desarrollo corresponde al legislador.

El nivel de eficacia que en las relaciones entre particulares hayan de tener los derechos fundamentales constituye una opción de política legislativa porque la Constitución no impone un nivel determinado, tampoco en cuanto a la vigencia *inter privatos* de los derechos fundamentales, sino solamente un nivel mínimo, y el juez carece de legitimación democrática e institucional para establecer una opción por un determinado nivel o un determinado contenido suplementario de tales derechos por encima de lo que se considera el mínimo garantizado por el reconocimiento constitucional del derecho.

Así por ejemplo, la exigencia de una organización y funcionamiento democráticos de las asociaciones, que afecta al contenido del derecho fundamental de asociación (art. 22 de la Constitución) en el seno de las relaciones intraasociativas, no resulta directamente de la Constitución, salvo para los partidos políticos (art. 6 de la Constitución), sindicatos y asociaciones empresariales (art. 7 de la Constitución) y los colegios profesionales (art. 36 de la Constitución)¹¹⁵⁷ (SSTC 3/1981, de 2 de febrero, f.j. 1º y 56/1995, de 6 de marzo, f.j. 3º). Por ello, corresponde al legislador (y concretamente, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 81.1 en relación al 141.1.1 de la Constitución, a una ley orgánica emanada del Parlamento nacional) decidir si el derecho fundamental de asociación, en su vertiente de

¹¹⁵⁵ “Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 504 y siguientes, y “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 16 y siguientes.

¹¹⁵⁶ Ernst FORSTHOFF, “El Estado de la sociedad industrial”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, traducción de Luis LÓPEZ GUERRA y Jaime NICOLÁS MUÑIZ, pág. 242. En esta traducción la expresión utilizada por FORSTHOFF aparece traducida al castellano como “huevo de Colón jurídico”. Creo más adecuada la expresión castellana que se utiliza en la traducción hecha por Ernesto GARZÓN VALDÉS de la obra de Robert ALEXY.

¹¹⁵⁷ En este sentido, Juan María BILBAO UBILLOS, “Libertad de asociación y derechos de los

autoorganización asociativa (y, consiguientemente, determinante de los derechos del asociado en el seno de la asociación) ha de tener como uno de sus contenidos el del carácter democrático y participativo del funcionamiento y organización de las asociaciones. Como declaró el Tribunal Constitucional en la STC 173/1998, de 23 de julio, f.j. 13º.c¹¹⁵⁸,

“esta imposición [que la organización y funcionamiento de la asociación sea democrática], como condición genérica de constitución y reconocimiento legal de una asociación, constituye un desarrollo directo de un elemento esencial para definir la libertad de autoorganización de las asociaciones por lo que solamente las Cortes Generales mediante ley orgánica tienen competencia para pronunciarse sobre si las asociaciones deben organizarse y funcionar democráticamente o, por el contrario, los estatutos de la asociación pueden establecer libremente otros modos de organización y funcionamiento”.

El legislador, en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, art. 11 y siguientes, en el uso de su libertad de configuración en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, ha optado por incluir este principio democrático en el contenido del derecho fundamental de asociación¹¹⁵⁹.

socios”, *cit.*, 1997, pág. 12 y siguientes.

¹¹⁵⁸ Que resolvía el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno central contra la Ley Vasca de Asociaciones, Ley 3/1988, de 12 de febrero. Un comentario de esta sentencia, por Amelia PASCUAL MEDRANO, puede encontrarse en Aranzadi West-Law, referencia BIB 1999\591.

¹¹⁵⁹ Muy crítico con esta opción del legislador se muestra Luis María Díez-PICAZO en “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 321, que entiende que esta exigencia de democracia interna a las asociaciones (fuera de las de régimen especial a las que la propia Constitución exige esa democracia interna, como son los partidos políticos, sindicatos, asociaciones profesionales y colegios profesionales) es contraria a la libertad de autoorganización que el Tribunal Constitucional reconoció como contenido del derecho fundamental de asociación en la STC 218/1988. Sobre esta cuestión, Germán FERNÁNDEZ FARRERES, “Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo”, con Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, Civitas, Madrid, 2002, pág. 127 y siguientes, José Manuel CASTELLS ARTECHE, “Aportaciones, méritos y deméritos de la nueva Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación (L.O. 1/2000, de 22 de marzo)”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, septiembre-diciembre 2002, pág. 106 y siguientes, y Ángel J. GÓMEZ MONTORO, “Asociación, Constitución y Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación”, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pág. 195 y siguientes. Sobre el alcance del principio democrático con carácter general y no sólo referido al derecho de asociación, Manuel ARAGÓN, “La eficacia jurídica del principio democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 9-45.

Como afirma Manuel MEDINA GUERRERO¹¹⁶⁰, “más allá del ámbito constitucionalmente protegido se extiende un inmenso campo donde el legislador opera con amplísimo margen de maniobra, sólo vinculado por el mandato genérico de dotar de la máxima virtualidad a los derechos fundamentales. Quiere ello decir que, con base en la reserva de ley del art. 53.1 de la Constitución, también puede el legislador «mejorar» el contenido de los derechos fundamentales a fin de lograr el máximo despliegue de su eficacia y con ello su más plena implantación en el cuerpo social”. Sería en base a esta habilitación que el legislador ha decidido regular el derecho fundamental de asociación estableciendo el derecho de los socios a participar democráticamente en la organización y funcionamiento de las asociaciones, con lo que se fija, en este aspecto concreto, el nivel de eficacia y el contenido que el legislador desea que tenga el derecho fundamental de asociación en las relaciones jurídico-privadas mantenidas entre el socio y la asociación de la que forma parte.

De este modo, el legislador es el único legitimado constitucionalmente para crear un contenido suplementario o adicional destinado a mejorar los derechos. Para Manuel MEDINA GUERRERO¹¹⁶¹, este nuevo ámbito creado por el legislador y por tanto sujeto a su total disponibilidad no forma parte del contenido constitucionalmente protegido, sino que únicamente constituye un contenido legalmente protegido: su existencia y protección sólo atañe, respectivamente, al legislador y a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, opino que en tanto que el legislador lo incorpora al contenido del derecho fundamental y en tanto esté directamente relacionado con el bien jurídico protegido por el reconocimiento constitucional del derecho fundamental, es susceptible de protección por el Tribunal Constitucional en vía de amparo, y así lo ha entendido éste (STC 18/2003, de 30 de enero, f.j. 3^o¹¹⁶²).

Lo que no sería posible es acudir al recurso o a la cuestión de inconstitucionalidad para impugnar una ley que eliminara o modificara esa “zona marginal” o contenido adicional, pues es de libre disposición del legislador, que puede establecerlo, eliminarlo o configurarlo como crea conveniente, siempre naturalmente que se trate de suprimir una

¹¹⁶⁰ “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 37.

¹¹⁶¹ *Op. cit.*, pág. 40.

¹¹⁶² Ver *supra* epígrafe IX-D-a-4, “objeto del recurso de amparo”.

adición y no de realizar una restricción no proporcionada o que vulnere el contenido esencial del derecho fundamental¹¹⁶³.

c. “Desarrollo” de los derechos fundamentales y “regulación de su ejercicio”

Un primer problema que se plantea es la distinción entre el “desarrollo” legislativo de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 81.1 de la Constitución y la “regulación del ejercicio” del derecho fundamental por una ley a que se refiere el art. 53.1 de la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha ocupado de esta cuestión, especialmente con motivo de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad contra leyes que no tenían la cualidad de “orgánicas” y que afectaban de un modo u otro a la normación de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, más que buscar una delimitación conceptual de lo que es “desarrollo” y de lo que es “regulación de ejercicio”, se ha preocupado por evitar lo que ha denominado “petrificación” del ordenamiento jurídico, y por preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas, evitando las consecuencias negativas que se producirían si se exigiera que cualquier regulación normativa de una materia que tuviera que ver con un derecho fundamental hubiera de tener el rango de ley orgánica. Y para ello ha utilizado un doble criterio restrictivo, tanto en lo referente al término “desarrollar”, como a “la materia” objeto de la reserva.

En cuanto a lo primero, para entender que una ley “desarrolla” un derecho fundamental, o más exactamente un precepto constitucional regulador de un derecho fundamental, ha de contener una “regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la

¹¹⁶³ Sin embargo, algunos autores han puesto de manifiesto lo problemático de esta “reversibilidad” de las decisiones legislativas en orden a los derechos fundamentales. Javier BALLARÍN IRIBARREN, en su recensión a la obra de GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ BLANCO, *cit.*, págs. 296-297, habla del fenómeno de “retroalimentación” de la Constitución por la ley: si ésta reconoce el derecho de reunión de los trabajadores en el ámbito de la empresa, este nuevo contenido pasa a formar parte del derecho del artículo 21 de la Constitución [STC 51/1988, de 22 de marzo, f.j. 5º]; si se establece el principio de no discriminación salarial, el mismo entra en el ámbito protegido por el art. 14 de la Constitución. Pero ¿y si esas normas se modificaran?, ¿y si desaparecieran?, ¿cabría deducirlas directamente de la Constitución, sin mediación legislativa? Si ello fuera así, se produciría un fenómeno de irreversibilidad del desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, difícilmente compatible con el principio de pluralismo político. También en este sentido, Christian STARCK (“Jurisdicción Constitucional y tribunales ordinarios”, *cit.*, págs. 18-19), refiriéndose a la República Federal de Alemania, indica que las concreciones legales de los derechos fundamentales se desarrollan como estándares constitucionales e impiden una vuelta atrás en los derechos fundamentales.

definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho»...”, siendo “...complemento indispensable o necesario de la obra del constituyente”..., “...excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites...” (STC 173/1998, de 23 de julio, f.º 7º, con cita de varias sentencias anteriores).

En cuanto a lo segundo, y a esto se hizo ya referencia anteriormente¹¹⁶⁴, el Tribunal Constitucional ha limitado los derechos a cuyo desarrollo es aplicable la reserva de ley orgánica que establece el art. 81.1 de la Constitución, habiéndolos identificado con los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución (SSTC 76/83, f.º 2º, 160/87, f.º 3º, 212/1996, de 19 de diciembre, f.º 11º, entre otras).

Pero esta doctrina del Tribunal Constitucional, habida cuenta de los términos en que se le ha exigido pronunciarse sobre la cuestión y las finalidades a que confesadamente responde la restrictiva línea jurisprudencial adoptada, sólo aporta algunos elementos para distinguir entre “desarrollo” y “regulación del ejercicio”. En todo caso, podría afirmarse, como hace Javier JIMÉNEZ CAMPO¹¹⁶⁵, la noción constitucional de “regulación del ejercicio” del art. 53.1 de la Constitución tiene un contenido genérico, alusivo a todos los casos en los que el objeto de la norma infraconstitucional pueda ser un derecho fundamental, del que la noción de “desarrollo” del art. 81.1 de la Constitución es una subespecie, cuando afecta de modo directo a elementos esenciales del derecho fundamental, pero no una actividad sustancialmente distinta.

¹¹⁶⁴ *Supra* epígrafe III-B, “¿qué derechos reconocidos en la Constitución española son derechos fundamentales?”.

¹¹⁶⁵ “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993, pág. 501 y siguientes. Según este mismo autor, *op. cit.*, pág. 487, una diferenciación conceptual podría ser la que considera como “desarrollo” a la definición del derecho fundamental, es decir, la ordenación de la relación jurídica (“jurídico-pública”, dice el autor, muy reacio a reconocer la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas) que nace en torno del derecho, a la determinación de sus sujetos, al objeto mismo del derecho, de su contenido, en el caso de que se atribuya al titular un haz de facultades concretas, y de su garantía específica, cuando exista.

Pero, como también pone de relieve la doctrina¹¹⁶⁶, lo que en la generalidad de los casos provoca diferencias reales en la intervención del legislador, más que de su voluntad de “desarrollar” directamente algún elemento esencial del derecho fundamental o simplemente de “regular su ejercicio” en aspectos más accidentales del derecho, depende de la diferente estructura y naturaleza de cada derecho fundamental y libertad pública (derecho de libertad, derecho prestacional, etc) y de la complitud de la regulación constitucional de sus elementos subjetivos, objetivos y garantías, de su grado de plenitud y de concreción en la creación del derecho.

Es por ello, porque no es relevante en lo que aquí interesa, que no vamos a diferenciar entre “desarrollo” y “regulación de ejercicio”, ni tampoco vamos a utilizar en sustitución de tales expresiones, para evitar imprecisiones, términos omnicomprendivos como “normación” o “intervención legislativa”, demasiado rebuscados. Utilizaremos indistintamente una u otra expresión, más por exigencias estilísticas de no reiterar en exceso una misma expresión que por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución, bien entendido que nos estamos refiriendo a toda intervención del legislador en materia de derechos fundamentales, que en unas ocasiones tendrá técnicamente la naturaleza del “desarrollo” a que se refiere el art. 81.1 de la Constitución por la propia naturaleza directa y afectante a elementos esenciales de la intervención legislativa y por la materia a que se refiere, y en otras ocasiones sólo podrá tener encuadre en la más genérica “regulación del ejercicio” del art. 53.1 de la Constitución. Pero lo fundamental es que se trata de una actividad normativa del legislador infraconstitucional en el campo de los derechos fundamentales, complementaria de la actividad del constituyente y reguladora de la materia afectante a los citados derechos fundamentales.

¹¹⁶⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN “Derechos fundamentales y legislación”, *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993, pág. 418.

d. Desarrollo legal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

La función del legislador en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales adquiere especial importancia cuando afecta a las relaciones jurídico-privadas, por cuanto que ha de permitir la coexistencia de los derechos fundamentales de unos ciudadanos con los derechos fundamentales, o incluso otros bienes jurídicos, iusfundamentales o no, de que son titulares los demás ciudadanos. Pedro CRUZ VILLALÓN¹¹⁶⁷ afirma en este sentido que “la *Drittwirkung* debe ser cosa del legislador. Es, en efecto, el legislador el llamado a determinar, en la medida de lo posible, cuáles son las consecuencias que para las relaciones entre los particulares se derivan del hecho de que la Constitución haya reconocido como derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad o el principio de igualdad. Ciertamente, como en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico, al juez le quedará siempre una importante función que realizar en la concreción última de esa eficacia horizontal, e incluso es posible que en esta materia la indefinición vaya a ser siempre superior a la que se da en otras materias. Pero no cabe negar que en la actual situación de neto protagonismo de la jurisdicción en la concreción de la *Drittwirkung* hay un elemento de anormalidad”.

Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR¹¹⁶⁸ atribuye a la argumentación que defiende la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares la preocupación de que “el legislador debe avanzar tan lejos como le sea políticamente posible en la concreción legítima del alcance normador... de los derechos fundamentales y libertades públicas”. Pero creo que se trata de un *desideratum* que no se limita a los partidarios de esta tesis, sino que es general. Entre otras razones, porque un adecuado desarrollo legislativo otorga una mayor efectividad a los derechos fundamentales en todos los ámbitos, y en especial en el de las relaciones privadas, habida cuenta de las reticencias e inercias existentes en contra de tal efectividad *inter privatos*. Como afirma Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ¹¹⁶⁹, “los derechos fundamentales, en rigor, actúan de manera inmediata como

¹¹⁶⁷ “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, *cit.*, pág. 113 y 114.

¹¹⁶⁸ “Derechos Fundamentales y libertad negocial...”, *cit.*, pág. 56.

¹¹⁶⁹ “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en la

derechos subjetivos, pero sólo limitadamente; la mediación de la ley les permite desarrollar su eficacia, les dota de mayor proyección y amplía sus garantías”. Además, litigar es una forma insegura, cara y lenta, en comparación a un desarrollo legislativo adecuado y preciso, de fijar la eficacia de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada determinada.

Como recuerda Konrad HESSE¹¹⁷⁰ el legislador, al proteger los derechos fundamentales en el Derecho privado, debe considerar las posiciones jurídico-fundamentales correspondientes a ambas partes y si coliden, ordenarlas recíproca y proporcionalmente. Sin renunciar a conceptos indeterminados y a cláusulas generales, debe emplear una regulación legal materialmente diferenciadora, que concrete los presupuestos y los efectos de la influencia de los derechos fundamentales, lo que en definitiva conduce a una mayor claridad, certeza y previsibilidad jurídicas que un recurso inmediato a los derechos fundamentales. Así cumple la ley su clásica tarea de delimitar la libertad de unos frente a la libertad de otros. De este modo, al juez civil se le libera de la necesidad de una amplia aplicación inmediata de los derechos fundamentales (de su regulación constitucional), que por regla general hace imprescindibles problemáticas ponderaciones jurídico-constitucionales, y, según HESSE, “puede concentrarse de nuevo en su propia especialidad”.

Así pues, al legislador corresponde la competencia de desarrollar legislativamente las normas constitucionales de derechos fundamentales para determinar el grado y las modulaciones de la eficacia de los mismos en las relaciones entre particulares, para regular el ejercicio de tales derechos fundamentales en el seno de las relaciones jurídico-privadas mediante leyes que respeten su contenido esencial y en las que las limitaciones que se establezcan a su ejercicio respeten además el principio de proporcionalidad. Y es al Tribunal Constitucional al que corresponde la competencia para controlar que el desarrollo legislativo de la norma de derechos fundamentales hecho por el legislador, en concreto en lo que se refiere a su vigencia en las relaciones jurídico-privadas, respete el contenido esencial de la configuración constitucional del derecho fundamental, del que el legislador no puede disponer, y establezca, en su caso, limitaciones que respeten el principio de proporcionalidad.

revista *UNED. Teoría y realidad constitucional*, UNED, núm. 3, 1999, 1^{er} trimestre, pág. 195.

¹¹⁷⁰ “Derecho Constitucional y Derecho Privado”, *cit.*, pág. 64 y siguientes.

Ahora bien, dicho desarrollo legislativo de las normas de derechos fundamentales en lo relativo a su vigencia y eficacia en las relaciones entre particulares plantea múltiples problemas.

En primer lugar, dicho desarrollo legislativo ni está completado ni resuelve exhaustivamente todos los problemas que se plantean respecto a la eficacia de los derechos fundamentales. Aparte de la tardanza en regular ciertas materias (v.g. cláusula de conciencia de los periodistas, derecho de asociación) o de la falta de una ley orgánica de desarrollo de algunos derechos fundamentales (derecho de huelga), se observa que en algunas de las leyes dictadas al amparo del art. 53.1 de la Constitución en desarrollo de los derechos fundamentales se ha omitido la regulación de cuestiones sustanciales relacionadas con los derechos objeto de desarrollo.

Esta omisión es especialmente significativa cuando afecta a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. Así por ejemplo, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, no contiene apenas una regulación que pueda aplicarse para la solución de los conflictos más frecuentes en este campo, como son los que se producen entre el derecho al honor y a la intimidad, de un lado, y las libertades de expresión e información, de otro. Cuestiones como la trascendencia de la veracidad de la información según se afecte al honor o a la intimidad y qué significado, qué alcance ha de darse a esa exigencia de veracidad que el propio art. 20.1.d de la Constitución contiene (diligencia en la obtención de la información y no propagación de meros rumores), la trascendencia de factores como la relevancia pública de la materia objeto de la información, el carácter de personaje público o la detentación de un cargo político por la persona a la que se refiere la información o la expresión supuestamente vulneradora de su derecho al honor o a la intimidad, la cualidad de profesional de la información de quien comunica la noticia, la información denigratoria en la que el medio de difusión actúa como mero transmisor de manifestaciones o declaraciones de terceros, etc, carecen de regulación en la citada Ley. Ha sido el Tribunal Constitucional quien ha establecido en su jurisprudencia criterios que permiten solucionar tales conflictos aplicando directamente la Constitución, no sólo los

concretos preceptos reguladores de tales derechos fundamentales (arts. 18 y 20) sino también su parte dogmática en conjunto, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, e incluso de otros tribunales “constitucionales” o equivalentes extranjeros (por ejemplo, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la sentencia del caso *New York Times Co. v. Sullivan*)¹¹⁷¹.

Algo similar ocurre con el desarrollo legal de otros preceptos constitucionales reguladores de derechos fundamentales, como es el caso del art. 18.4 de la Constitución, que protege el “derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”, lo que se ha venido a llamar “derecho de autodeterminación informativa”. La STC 11/1998, de 13 de enero¹¹⁷², dictada en un recurso de amparo planteado respecto de un conflicto entre particulares (un sindicato y una empresa) en el que se alegaba se había vulnerado ese derecho fundamental, hubo de resolverlo aplicando directamente el texto del precepto constitucional, sin hacer mención alguna al desarrollo que de dicho precepto había realizado el legislador mediante la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal¹¹⁷³, puesto que la regulación del ejercicio del derecho fundamental contenido en dicha ley orgánica no aportaba instrumento alguno para resolver el conflicto enjuiciado.

Lo mismo se observa en leyes más recientes, como es el caso de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Cuestiones como el ejercicio de la libertad de expresión en el seno de las asociaciones y la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias en base a expresiones u opiniones de los asociados, la posibilidad de denegar

¹¹⁷¹ Peter HÄBERLE (“Derecho Constitucional común europeo”, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO, coord., Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 216 y siguientes), entiende que la formación en Europa de un *ius commune constitucionale* exige la “europeización de la justicia constitucional”, de modo que el Derecho comparado debe afianzarse como “quinto método exegético”.

¹¹⁷² Un comentario a esta sentencia puede verse en “Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informativos relativos a afiliación sindical [Comentario a la Sentencia 11/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 11), de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional]”, de Fernando DE VICENTE PACHÉS, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, Vol. IV, Parte Estudio, págs. 165 a 198, Editorial Aranzadi, 1998, referencia en West-Law BIB 1998\1358.

¹¹⁷³ Dicha ley fue derogada por la posterior Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, actualmente vigente.

la entrada en la asociación a quien quiera pertenecer a ella y reúna los requisitos objetivos exigidos por los estatutos o el establecimiento de criterios discriminatorios de admisión, la admisibilidad de que las asociaciones persigan fines contrarios a los derechos fundamentales (el art. 8.2 establece la inadmisibilidad de denominaciones que puedan suponer vulneraciones de los derechos fundamentales, pero curiosamente nada se habla de la búsqueda de fines contrarios a los derechos fundamentales, como pudieran ser la eliminación de la igualdad entre sexos, la reintroducción de diferencias por razón del origen noble o plebeyo de los ciudadanos, la inaplicación del principio de presunción de inocencia en los procesos penales contra violadores o maltratadores, o la eliminación del principio de legalidad en el Derecho administrativo sancionador, por poner ejemplos muy diversos), etc., no aparecen reguladas en la citada ley, pese a que se plantean con frecuencia en los litigios intraasociativos seguidos ante los tribunales.

Incluso en materia de relaciones laborales, en las que la existencia de un poder privado en la relación jurídica hace más frecuentes las vulneraciones iusfundamentales, de modo que la garantía por parte del legislador de la vigencia de los derechos fundamentales “puede resultar singularmente apremiante” por “la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales [que] elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador” (STC 129/1989, de 17 de julio, fj. 3º), el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales ha sido escaso hasta el punto de que se ha llegado a calificar a legislador ordinario de “manifiestamente abstencionista” cuando no obstaculizador de la efectividad de estos derechos en las relaciones laborales¹¹⁷⁴. En lo que respecta a derechos colectivos, sólo la Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto 1985, de Libertad Sindical, ha realizado una regulación extensa y coherente con los valores constitucionales de la libertad sindical. El derecho de huelga sigue regulado por un texto preconstitucional y hostil al fenómeno del conflicto, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, interpretado conforme a la Constitución a partir de la STC 11/1981, de 8 de abril, plenamente judicializado en su desarrollo y dinámica, guiado por la jurisprudencia constitucional de amparo en último término. Respecto de otros derechos relacionados con la

¹¹⁷⁴ Abdón PEDRAJAS MORALES, “Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia”, Editorial Trotta, Madrid, 1992, pág. 54 y 63.

dignidad del trabajador, su intimidad, su libertad de expresión e información en el seno de las relaciones laborales, etc, no se ha realizado una legislación promocional al estilo del *Statuto dei Lavoratori* italiano, puesto que el Estatuto de los Trabajadores apenas contiene algunas cláusulas muy genéricas, que hacen poco más que transcribir los correspondientes preceptos constitucionales, o reconocerlos tan sólo a los representantes de los trabajadores, como es el caso de la libertad de expresión e información, que sólo se reconoce expresamente a los delegados de personal y al comité de empresa (art. 68.d del Estatuto de los Trabajadores). Este déficit de regulación legislativa, o la persistencia de una regulación preconstitucional, provoca una “suplencia” jurisdiccional, y no sólo del Tribunal Constitucional, y origina una tendencia a una judicialización de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, que obliga a conceptualizar el recurso a los tribunales de justicia y los cauces procesales a través de los que se presta la tutela judicial en la jurisdicción social como condicionantes de tales derechos, lo que resalta la importancia del “momento judicial” en la eficacia de los derechos fundamentales en la relación jurídico-laboral¹¹⁷⁵.

Esta falta de regulación de aspectos sustanciales de la eficacia de los derechos fundamentales, y en concreto en el campo de las relaciones entre particulares, se debe en unos casos a una falta de consenso social en la regulación de cierta materia (como puede ser el caso del derecho de huelga, en el que todavía está vigente una norma preconstitucional, el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, cuyos arts. 1 a 11, en el Capítulo I del Título I, regulan la huelga¹¹⁷⁶), en otros quizás al deseo del legislador de no adentrarse en cuestiones muy espinosas, cuya solución prefiere dejar al juez ordinario y al Tribunal Constitucional, y, en buena parte, a que la enorme complejidad de la sociedad actual supone la práctica imposibilidad de un desarrollo legislativo de esta regulación constitucional que afecte a todos y cada uno de los supuestos de hecho en los que los derechos fundamentales puedan tener incidencia. Y, en definitiva, a la enorme dificultad de que una ley establezca soluciones generales en ciertas materias en las que es fundamental ponderar un sinnúmero de cuestiones de hecho.

¹¹⁷⁵ Antonio BAYLOS GRAU, “Medios de prueba y derechos fundamentales...”, *cit.*, págs. 15-43.

¹¹⁷⁶ La STC 11/1981 de 8 abril, declaró la inconstitucionalidad de algunas partes de esta norma, y asimismo hizo una serie de declaraciones sobre cómo han de interpretarse algunos de sus apartados para que sean conformes con la Constitución.

La dificultad de que las normas de desarrollo de los derechos fundamentales prevean de modo completo todas las cuestiones que pueden plantearse en torno a los mismos en las relaciones entre particulares y den una solución concreta a todos los conflictos que puedan plantearse hace que algunos autores planteen la necesidad de una política legislativa de “dejar abiertos para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto”. Es la clásica tensión entre la certeza del Derecho y la relativa incertidumbre y textura abierta del lenguaje jurídico y de la técnica regulativa que precisa de una ulterior determinación e interpretación¹¹⁷⁷.

Normalmente, el legislador suele preferir apuntar algunos criterios pero dejar al juez la solución a los conflictos, pues son muchos los elementos a ponderar, y una solución concreta en sede legislativa puede producir en ocasiones rigideces excesivas. No se trata, pues, de que el juez sea libre para resolver cuando la ley no ha regulado detalladamente la solución del conflicto, es que cada institución tiene su función, y la del juez es la de resolver los concretos conflictos, aplicando la legislación vigente, y ponderando conforme a los criterios legales los elementos concurrentes cuando la ley se limita a apuntar algunos criterios de solución.

Por ejemplo, en materia de asociaciones, cuestiones como el carácter restringido o íntimo de la asociación o, por el contrario, su carácter abierto y su finalidad de defensa de intereses colectivos, su carácter *monopolístico* en un determinado campo o la concurrencia con otras muchas asociaciones, el carácter de asociación *de tendencia* (religiosa, ideológica, etc) o carente de este matiz, la mayor o menor relevancia, desde el orden de valores establecido por la Constitución, de los fines asociativos, la intervención directa o indirecta de alguna Administración en la financiación, en la cesión del uso de bienes públicos, en la atribución de la gestión de intereses públicos, etc., son factores que determinan situaciones de hecho muy distintas y que es prácticamente imposible que puedan ser tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular legalmente el ejercicio de un derecho

¹¹⁷⁷ José Luis MONEREO PÉREZ, “La carga de la prueba en los despidos lesivos de los derechos fundamentales”, *cit.*, citando a H. L. A. HART, “El concepto de Derecho”, 2ª ed., México, 1980, págs. 153 y 155 y siguientes.

fundamental. Sobre este particular, dice Pablo PÉREZ TREMPs¹¹⁷⁸ que “es verdad que es el legislador el que, en primer lugar, y en ejercicio de su potestad de desarrollo de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, tiene que concretar la eficacia de éstos, fijando pautas al destinatario de la norma y al juez. Pero, en todo caso, ni la mejor previsión legal, por su carácter genérico, puede evitar que el juez haya de ponderar y dar eficacia a los derechos a la vista de todos los bienes jurídicos en juego”. Tomás QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO¹¹⁷⁹ se pronuncia también en esta misma línea: no es posible determinar normativamente *a priori* la multitud de supuestos en que puede haber colisión entre unos derechos y otros, la ley no puede prever los mil detalles y las mil circunstancias que permiten dar la solución correcta a cada caso.

Además, antinomias entre derechos fundamentales que no se producen en el momento de regulación constitucional o legislativa de los mismos, se producen en el momento aplicativo¹¹⁸⁰, por lo que difícilmente el legislador puede regular la solución a tales conflictos producidos en el momento aplicativo, de naturaleza judicial. La solución a estos conflictos habrá de ser fundamentalmente judicial, al ser necesaria la ponderación de multitud de factores que hacen difícil prever una solución *a priori*. Se sacrifica de este modo la generalidad y previsibilidad de la solución en favor de una mayor flexibilidad y adaptación a las circunstancias del caso objeto de la solución jurisdiccional.

Esto ha de enlazarse con la controversia relativa a la precisión y exhaustividad de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales. Afirma Javier JIMÉNEZ CAMPO¹¹⁸¹ que la reserva legal que el art. 53.1 de la Constitución establece para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales no sólo impide desapoderamientos generales en favor de reglamento, sino también un modo de legislar tan laxo e indeterminado que deje en lo incierto el ámbito de libertad y en lo impredecible el sentido del

¹¹⁷⁸ “La protección de los derechos fundamentales por los jueces y tribunales”, en la revista *Poder Judicial* núm. 43-44, 1996, página 256.

¹¹⁷⁹ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 36 y siguientes.

¹¹⁸⁰ Cfr. Luis PRIETO SANCHÍS, “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, *cit.*, pág. 124.

¹¹⁸¹ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 66.

pronunciamiento judicial, y que en el art. 53.1 de la Constitución está la interdicción de toda legislación contraria, por los márgenes de indeterminación que abra, al ejercicio seguro del derecho fundamental (la norma *overbreadth* del Derecho norteamericano). Como indica Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ¹¹⁸², la reserva de ley significa no solamente que el tratamiento jurídico de una materia debe realizarse mediante una norma con determinado rango normativo y determinado modo de producción, sino además que esa norma regule de manera específica y sustantiva esa materia, que tenga un contenido regulador efectivo de la materia reservada. La reserva de ley no se satisface con el empleo de normas en blanco¹¹⁸³.

Sin embargo, en las normas legales en que de uno u otro modo se regula el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas se observa una indefinición y laxitud extremas. Porque no se trata únicamente de casos como el del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que establece que “la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales” (caso que Javier JIMÉNEZ CAMPO pone como ejemplo de excepción no censurable, no se sabe bien por qué, a este principio). Esa misma ley, en el siguiente apartado, art. 2.2, establece que “no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley”, y de esta expresión tan genérica la jurisprudencia, especialmente la del Tribunal Constitucional, ha tenido que ir construyendo toda una compleja teoría de cuándo y en qué condiciones puede entenderse que la intromisión en los derechos a la personalidad puede entenderse autorizada por el ejercicio legítimo de otros derechos, concretamente las libertades de expresión e información. Y en el art. 7.7 establece como intromisión ilegítima (se entiende que en el derecho al honor) “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, definición ésta carente de una mínima determinación y predecibilidad de la resolución judicial. Tampoco la regulación

¹¹⁸² “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 128.

¹¹⁸³ Cuestión distinta, que excede del objeto de este estudio, aunque con puntos en común, es la relativa a la precisión en la descripción de las conductas prohibidas por las normas sancionadoras, lo que se denomina el “principio de taxatividad”, y la protección penal de los derechos fundamentales y libertades públicas como fuente de indeterminación (sobre este tema, “El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia [una perspectiva constitucional]”, de Víctor FERRERES COMELLA, Civitas, Madrid, 2002).

en el Estatuto de los Trabajadores de los extremos relativos al ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad o la libertad de expresión, a que se ha hecho referencia, contiene apenas concreciones en el sentido pretendido por Javier JIMÉNEZ CAMPO.

Se observa, pues, que por lo general la regulación legal de la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no añade en muchos casos demasiada concreción ni detalle a la regulación constitucional, caracterizada por estar contenida en normas abiertas y fragmentarias, y deja un gran margen a la utilización por el juez de criterios de normatividad social o prejurídica en relación con las circunstancias del caso concreto, sin que, en mi opinión, pueda entenderse infringida la reserva de ley del art. 53.1 de la Constitución por las razones antes apuntadas que hacen imposible una regulación legal que en todo caso se caracterice por la precisión y exhaustividad referidas.

En ocasiones parece que el legislador acepta la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional cuando no existía ley sobre la materia, bien incorporándola a la ley elaborada posteriormente cuando la doctrina puede ser reducida al esquema de una norma legal (tal sería el caso de la nulidad de los despidos vulneradores de derechos fundamentales, art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores o el de la posibilidad de subsanar la falta de acreditación de consignación para recurrir una sentencia cuando tal consignación es precisa, art. 449.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), bien dejando de regular la materia por imposibilidad de reducirla a la dicción de un precepto legal y aceptando que esa “laguna” quede colmada por la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria (quizás sea ese el caso de los conflictos entre los derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución y las libertades de expresión e información del art. 20 de la Constitución, en los que pese a la frecuencia y la trascendencia pública de los mismos no se ha dictado regulación alguna complementaria de la escueta y fragmentaria Ley Orgánica 1/1982, o de los conflictos entre el derecho a la intimidad del art. 18 y los poderes empresariales basados en los arts. 33 y 38 de la Constitución cuando se trata de vigilancia a través de medios informáticos o de grabación audiovisual¹¹⁸⁴).

¹¹⁸⁴ En este sentido, Hiruma V. RAMOS LUJÁN (“La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, en *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2003, pág. 48 y 53) manifiesta que “parece claro que la opción

En otros casos, parece incluso que el legislador deja ciertas materias relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas al albur del “Derecho judicial”. Así, en lo referente a la discriminación por razón de sexo en la sucesión en los títulos nobiliarios, el legislador podía haber regulado si el derecho a no ser discriminado por razón de sexo del art. 14 de la Constitución alcanzaba al campo de la sucesión en los títulos nobiliarios, pero no lo hizo; siguió sin hacerlo cuando el Tribunal Supremo¹¹⁸⁵ declaró la inconstitucionalidad de la discriminación por razón de sexo (y por tanto entendió derogada la legislación histórica preconstitucional en cuanto establecía este criterio discriminatorio) y resolvió los recursos de casación planteados sobre tal extremo en base al igual derecho de la mujer en la adquisición por sucesión de dichos títulos; y, significativamente, ha seguido también sin regularlo cuando el Tribunal Constitucional¹¹⁸⁶ modificó completamente la situación al declarar que tal discriminación no era inconstitucional¹¹⁸⁷. En estos casos, parece como si el legislador prefiriera un Derecho “judicial” en esas materias. Al legislador le supondría un coste político regularlas o

del legislador español es, hasta el momento, no variar la normativa (al menos en el ámbito laboral), de esta forma son los jueces y tribunales, es decir, la práctica jurídica, la que la adapta a las nuevas situaciones causadas por la tecnología, haciendo necesario acudir a la doctrina judicial para completar el panorama de protección frente a las nuevas tecnologías”, por lo que la protección de estos derechos fundamentales de los trabajadores “quedará confiada, de un lado, a la negociación colectiva y, de otro, a la tutela judicial y del Tribunal Constitucional”.

¹¹⁸⁵ La Sala 1ª del Tribunal Supremo entendió en sentencias como las de 7 de julio de 1986, 20 de junio y 27 de julio de 1987 (si bien en estas primeras lo fue como *obiter dicta*, pues pese a realizar la declaración de abrogación de ese régimen legal por la promulgación de la Constitución y concretamente por el art. 14 de ésta, dicho razonamiento no es la base de la decisión judicial, sino un aspecto accesorio de la misma), 28 de abril y 21 de diciembre de 1989, 22 de marzo de 1991, 21 de diciembre de 1992, 24 de enero y 18 de abril de 1995 y 7 de mayo de 1996 que “la antigua preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión de títulos nobiliarios ha de entenderse actualmente discriminatoria y, en consecuencia, abrogada por inconstitucionalidad sobrevenida”.

¹¹⁸⁶ STC 126/1997, de 3 de julio.

¹¹⁸⁷ Francisco RUBIO LLORENTE, “La privatización de la nobleza”, diario “El País”, 24 de julio de 1997, o Jesús GARCÍA TORRES, “*Sint ut fuerunt*. La sucesión nobiliaria en la STC de 3 de julio de 1997”, *cit.*, se muestran partidarios de que el Estado (fundamentalmente el Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia) deje de intervenir como hasta ahora en el reconocimiento oficial de tales títulos y en su transmisión tanto *inter vivos* como *mortis causa* y que los tribunales dejen de decidir sobre el “mejor derecho” a suceder en los litigios sucesorios, postura que hasta ahora no ha tenido acogida en sede legislativa. Como se ha dicho *supra*, Víctor FERRERES COMELLA entiende que esta sentencia del Tribunal Constitucional hace muy difícil que el Parlamento apruebe una Ley que suprima la desigualdad por razón de sexo en esta materia, pero, en mi opinión, lo que ha declarado el Tribunal Constitucional es que la discriminación establecida por la normativa histórica aplicada en esta materia no es inconstitucional, no que sea la única solución constitucional, por lo que el Parlamento podría legislar eliminando esta discriminación, como de hecho ha empezado a hacer (ver la siguiente nota).

simplemente una pérdida de energía (la capacidad de producción legislativa de un Parlamento es necesariamente limitada) que puede entender no le compensa, por lo que se abstiene de legislar¹¹⁸⁸. Como recuerda Luis AGUIAR DE LUQUE¹¹⁸⁹, “el legislador es el llamado a innovar el ordenamiento, a la genuina creación del Derecho, y en esa potestad constitucional asignada se considera condicionalmente comprendida la posibilidad de no actuar”. Pero el juez, ordinario o constitucional, no puede eludir solucionar el litigio o el amparo sometido a su conocimiento y decidir la eficacia que el derecho fundamental en cuestión ha de tener en esa determinada materia en el supuesto de hecho objeto del proceso.

La falta de desarrollo legislativo, total o parcial, de la eficacia de un derecho fundamental debida a alguna de estas razones (falta de consenso social, falta de oportunidad política, dificultad de regulación de la materia, etc.) o el empleo de cláusulas generales o de normas-principio en tal regulación, no priva de eficacia al derecho fundamental en esa materia en concreto, y el juez ordinario habrá de tutelarlos en base directamente a su reconocimiento constitucional cuando las normas infraconstitucionales no existan o sean insuficientes. Por ejemplo, pese a que la protección de la intimidad de los trabajadores en el interior de las empresas ha suscitado noticias preocupantes por la utilización de sistemas de grabación o de filmación¹¹⁹⁰, no ha existido un desarrollo legislativo del art. 18.1 de la Constitución en este ámbito, al contrario de lo que ocurre en otras legislaciones¹¹⁹¹, pues en el Estatuto de los Trabajadores apenas se contiene una mera proclamación de la vigencia del derecho fundamental a la intimidad en el ámbito de la relación laboral (art. 4.2.e), una aplicación concreta del mismo en cuanto a la omisión de ciertos datos en la copia del

¹¹⁸⁸ El Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 5 de septiembre de 2005 publica una proposición de ley de los grupos parlamentarios socialista, popular y canario estableciendo la igualdad de hombre y mujer en la sucesión de las grandezas de España y títulos nobiliarios, la nulidad de las previsiones de las reales cartas de concesión del título que excluyan a la mujer en los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y/o grado o que contradigan de cualquier modo el igual derecho a suceder del hombre y la mujer y deroga las normas de Derecho histórico que se opongan a esta igualdad sucesoria.

¹¹⁸⁹ “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 26.

¹¹⁹⁰ “Espiar al empleado. Una feria de seguridad ofrece a los empresarios todo tipo de artefactos para vigilar y detectar mentiras”, *El País*, 4 de marzo de 2000.

¹¹⁹¹ Por ejemplo, el art. 4 del *Statuto dei Lavoratori* italiano prohíbe con carácter general el uso de instalaciones audiovisuales que tengan por finalidad el control a distancia de la actividad de los trabajadores, pero reconoce una serie de excepciones por exigencias organizativas, productivas y de seguridad en el trabajo, estableciendo ciertos requisitos tales como el acuerdo previo con los representantes de los trabajadores o, en su defecto, la intervención de la Inspección de Trabajo.

contrato de trabajo a entregar a la representación legal de los trabajadores (art. 8.3.a) y una limitación de este derecho al autorizarse los registros de la persona, taquilla y efectos personales del trabajador en ciertos casos (art. 18), y, de otro lado, en lo relativo al poder de organización del empresario con anclaje constitucional en el derecho a la propiedad privada del art. 33 y la libertad de empresa del art. 38, ambos de la Constitución, el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores sólo prevé que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana (dignidad que el Tribunal Constitucional¹¹⁹² ha situado expresamente como fundamento del derecho a la intimidad del art. 18 de la Constitución), precepto este último en el que el legislador solamente hace explícito la existencia de conflictos entre tales derechos y bienes jurídico-fundamentales en el ámbito de la relación laboral, así como que ambos han de ser tomados en consideración debida, pero sin fijar los criterios conforme a los que el conflicto ha de ser resuelto.

Esta falta de desarrollo legislativo es reconocida por la doctrina¹¹⁹³ y por el propio Tribunal Constitucional en la STC 98/2000, de 10 de abril, cuyo fj. 8º declara:

¹¹⁹² Por ejemplo, en las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, fj. 3º y 99/1994, de 11 de abril, fj. 5º.

¹¹⁹³ Así lo hacen, por ejemplo, Hiruma V. RAMOS LUJÁN, “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, *cit.*, pág. 41, Margarita APILLUELO MARTÍN, “Contornos del poder empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial”, *West-Law Aranzadi*, ref. BIB 2003\608. Aunque en el primer trabajo citado también se hace una referencia a la atención que la materia ha merecido en la negociación colectiva, es sobre todo en el segundo de los trabajos citados donde con más detalle se analiza la regulación que de esta cuestión se está haciendo en algunos convenios colectivos de empresa, ante la falta de regulación legal, y los problemas que plantea la posibilidad de regular el ejercicio del derecho a la intimidad en el ámbito laboral a través de un convenio colectivo y no de una ley, a la vista de la reserva que el art. 53.1 de la Constitución contiene para que sea la ley la que, respetando el contenido esencial, regule el ejercicio de los derechos fundamentales y dado que en el convenio colectivo el consentimiento no es prestado por cada trabajador, sino por los representantes mayoritarios, vinculando el convenio, si es estatutario, también a los trabajadores que no estén de acuerdo con su contenido. Este vacío legislativo en determinados aspectos de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales ha propiciado situaciones como la referida en una noticia del diario “El País” del 4 de marzo de 2000, titulada “espíar al empleado”, que daba cuenta de una feria de seguridad celebrada en Madrid en la que se ofrecía a los empresarios todo tipo de artefactos para vigilar a sus empleados, como por ejemplo “un pequeño micrófono que puede ser activado desde un teléfono móvil. Así, desde cualquier parte del mundo, se puede escuchar cuanto se habla en un despacho”. También se exponían en la feria polígrafos, comúnmente conocidos como “máquinas de la verdad”, para detectar si el empleado estaba mintiendo ante preguntas como “¿en las empresas donde ha trabajado ha tenido alguna responsabilidad sindical?”, “¿ha formado parte alguna vez de un piquete?”. Aunque tampoco tengo noticias de que el uso de polígrafos en el ámbito laboral esté regulado legalmente, dudo mucho de que este tipo de interrogatorios sean jurídicamente admisibles, y menos aún con preguntas como las que se daba cuenta en la información periodística.

“No existe normativa específica que regule la instalación y utilización de estos mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, por lo que son los órganos jurisdiccionales (y, en último caso, este Tribunal) los encargados de ponderar, en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce el art. 20 L.E.T., atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 C.E., teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad”.

El Tribunal Constitucional entiende eficaz el derecho fundamental a la intimidad en el ámbito de la empresa, frente a las intromisiones causadas por el uso de sistema de grabación o captación de sonido e imagen, pese a que no haya existido un desarrollo legislativo del ejercicio de este derecho fundamental en esta materia, que por su carácter concreto y delimitado, y por suponer un problema real para muchos trabajadores, parece razonable que hubiera sido regulado por ley. Y declara que serán los tribunales ordinarios (y, naturalmente, en último caso el Tribunal Constitucional como “órgano superior en materia de garantías constitucionales”, art. 123 de la Constitución, a través del recurso de amparo) quienes hayan de resolver la solicitud de tutela de dicho derecho fundamental, aplicando directamente la regulación constitucional del derecho fundamental, teniendo en cuenta la relación jurídica en la que tal derecho fundamental se pretende ejercitar (mediante la defensa de un ámbito de intimidad frente a la grabación o captación de conversaciones o imágenes) y la regulación legal de dicha relación jurídica, una relación laboral.

Por tanto, la falta de desarrollo legal de la vigencia, alcance y eficacia de este derecho fundamental en este tipo de relación jurídico-privada no impide que pueda predicarse la eficacia del mismo en estas relaciones entre particulares, ni supone que tal eficacia pueda ser declarada exclusivamente por el Tribunal Constitucional.

Otro problema relacionado con la aplicación directa de los derechos fundamentales y la falta de desarrollo legislativo es el que se refiere a aquellos derechos fundamentales que afectan “transversalmente” a todo tipo de relaciones jurídico-privadas (en la doctrina laboralista se les llama derechos fundamentales “inespecíficos” para distinguirlos concretamente de aquellos que, como la libertad de sindicación o el derecho de huelga, son derechos fundamentales “específicamente laborales” por afectar a determinadas relaciones jurídicas de naturaleza laboral, fundamentalmente la relación de trabajo dependiente). Mientras que en lo concerniente a derechos fundamentales como los de manifestación, huelga, libertad sindical, o a la objeción de conciencia al servicio militar, por ejemplo, se entiende fácilmente que exista una ley reguladora del ejercicio de tales derechos, cuyas previsiones afecten a casi todo el espectro posible de relaciones jurídicas en las que tales derechos fundamentales estén en juego, existen otros, como el derecho a no ser sometido a tratos degradantes, la libertad ideológica, la libertad de expresión, la de información o el derecho a no ser discriminado, por poner sólo algunos ejemplos, en los que difícilmente una ley reguladora de su ejercicio podría establecer reglas que afecten a la totalidad o a un número significativo de relaciones jurídicas en las que tales derechos fundamentales tengan relevancia. Porque mientras que algunos derechos fundamentales afectan a sectores muy concretos de las relaciones jurídicas, otros afectan a la práctica totalidad de las relaciones jurídicas en los que una persona puede verse involucrada, y en algunos casos, como el derecho a no ser discriminado, se trata de derechos que sólo pueden plantearse respecto de relaciones jurídicas en las que las categorías relacionales encarnadas en el derecho fundamental han de desplegar su juego, por lo que es sumamente difícil regular su ejercicio de un modo general por medio de una ley¹¹⁹⁴.

En el caso de estos últimos, existirán algunas materias en las que, bien por previsión expresa de la Constitución, bien porque históricamente ese derecho fundamental fue desconocido en ese sector del ordenamiento jurídico (aunque justamente esto es lo que suele justificar una expresa exigencia constitucional en tal sentido), su regulación legal afirme

¹¹⁹⁴ En relación al derecho de igualdad, Miguel Ángel APARICIO PÉREZ “La aplicación de la Constitución por los Jueces y la determinación del objeto de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 77, afirma que “puesto que la igualdad es una categoría relacional, su exigibilidad ha de plantearse siempre respecto de relaciones jurídicas concretas capaces de conferir o limitar derechos subjetivos, no pudiéndose, por tanto, normativizar por vía general”.

expresamente la vigencia de ese derecho fundamental en un concreto sector del ordenamiento o en determinadas relaciones jurídicas. Es el caso, por ejemplo, de la igualdad de los cónyuges en el matrimonio (art. 14 y 32.1 de la Constitución y 66 del Código Civil), la no discriminación de los hijos por razón del tipo de filiación (arts. 14 en relación al 39.2 de la Constitución y 108 del Código Civil), la no discriminación en el trabajo por razón del sexo (arts. 14 y 35 de la Constitución y 4.2.c, 17.1, 28, 53.4 y 55 del Estatuto de los Trabajadores) o la libertad de expresión e información de los delegados de personal o del comité de empresa (art. 20.1 de la Constitución y art. 68.d del Estatuto de los Trabajadores). Ahora bien, más que una regulación del ejercicio del derecho fundamental en cuestión, en muchas ocasiones la ley se limita poco más que a reproducir la fórmula del derecho fundamental consagrada en la Constitución, con lo que difícilmente la ley puede ser acusada de vulnerar la Constitución, pero en definitiva no resuelve nada y deja abierto un amplio campo a la ponderación judicial¹¹⁹⁵, prácticamente el mismo que si no existiera desarrollo legal alguno. Y muy frecuentemente, esta regulación del ejercicio del derecho fundamental consiste en la afirmación de principios generales, necesitados de concreción judicial aplicando la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional (art. 123.1 y 164 de la Constitución, 38 y 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 32.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas¹¹⁹⁶ en relación al art. 10.2 de la Constitución¹¹⁹⁷), cuando no en base a criterios de normatividad social o prejurídica que tenga en cuenta las circunstancias fácticas de cada caso.

También es llamativo el hecho de que determinada legislación que desarrolla algún derecho fundamental, estableciendo medidas concretas en ciertos campos de las relaciones jurídico-privadas, fijando el alcance del derecho fundamental en tales campos, previendo medidas procesales para su efectividad, etc, no se reconoce expresamente como desarrollo

¹¹⁹⁵ En este sentido, Luis PRIETO SANCHÍS, “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 198.

¹¹⁹⁶ “La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47”

¹¹⁹⁷ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España”.

de la norma constitucional que establece de tal derecho fundamental. Tal es el caso del Capítulo III del Título II, denominado “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato”, de la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (conocida coloquialmente como ley de acompañamiento de presupuestos). Como dice la propia ley, “este capítulo tiene por objeto establecer medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, (...) tanto en el sector público como en el sector privado”. En una primera sección de disposiciones generales se establecen las definiciones de principio de igualdad de trato, discriminación directa e indirecta, acoso. En una segunda sección se regulan unas medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas, entre las que están una previsión sobre la legitimación activa en los procesos relativos a discriminaciones motivadas por el origen racial o étnico de las personas, reconociendo legitimación por sustitución a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, que podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico, y un precepto relativo a la “carga de la prueba”, conforme al cual “en aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Por último, en una tercera sección se regulan medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, en concreto medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo en el acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta (excepcionando, en ciertas condiciones, las empresas de tendencia), estableciendo una norma de inversión de la carga de la prueba en similar sentido a la antes comentada, y, finalmente,

sancionando la nulidad absoluta de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación (lo que nuestro Tribunal Constitucional ha venido denominando “garantía de indemnidad”).

Pues bien, en una normativa que de una manera tan clara desarrolla el art. 14 de la Constitución en materia de no discriminación por razones de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, también en el sector privado, así como el derecho a no ser discriminado en el campo laboral y profesional, en sentido amplio, el legislador no declara expresamente que se trata de una legislación de desarrollo de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales. El hecho de que no se trate de una ley orgánica la que desarrolle el derecho fundamental está justificado por el hecho de que la previsión del art. 81.1 de la Constitución que el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas ha de hacerse por ley orgánica ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional, desde la STC 76/1983, de 5 de agosto, fj. 2º, en el sentido de que afecta exclusivamente a los de la referida Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, y el art. 14 está fuera de dicha sección. Pero el propio legislador, cuando ha de explicar el sentido y fundamento de esta regulación legal, declara, en la exposición de motivos, que la regulación legal supone la transposición de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos y de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la

religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual¹¹⁹⁸. Y en la disposición final decimoquinta, al declarar el fundamento constitucional del Capítulo III del Título II, «Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato», se establece que tales preceptos se dictan al amparo de las competencias que el artículo 149.1.1ª, 6ª, 7ª y 18ª de la Constitución Española atribuye en exclusiva al Estado, relativas a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, legislación laboral y bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

Así pues, en una de las regulaciones legales que más claramente suponen un desarrollo legislativo del derecho fundamental a no ser discriminado en las relaciones tanto jurídico-públicas como jurídico-privadas, el legislador se limita a justificar el fundamento constitucional de que sea el Estado y no las Comunidades Autónomas quien asuma la competencia de realizar este desarrollo legislativo, de que hayan sido las Cortes Generales y no los Parlamentos autonómicos quienes hayan elaborado esa legislación, y en la exposición de motivos justifica la promulgación de esa normativa en la necesidad de trasponer al Derecho interno dos directivas comunitarias.

Parece como si el legislador entendiera que no es preciso un desarrollo legislativo del derecho a no ser discriminado del art. 14 de la Constitución para que el mismo tenga vigencia no sólo en ámbitos laborales, sino en otros jurídico-privados, pese a lo controvertido que ha sido esta cuestión, y que la necesidad del desarrollo legislativo viene impuesto por exigencias de nuestra integración en la Unión Europea, no para dar efectividad a una norma constitucional sobre derechos fundamentales.

Si han sido muchas las materias (y en buena parte, lo siguen siendo) en las que falta un desarrollo legislativo que regule el ejercicio de los derechos fundamentales y fije su concreta eficacia y el modo de ejercitarlos en las distintas relaciones jurídicas, en el caso de las relaciones jurídico-privadas, esta falta de desarrollo legislativo se hace más patente por

¹¹⁹⁸ Lo que hay que poner en relación con el hecho de que actualmente el ordenamiento jurídico comunitario también esté regulando derechos fundamentales cuyo ámbito de protección coincide en buena parte con los reconocidos por la Constitución española, *supra* epígrafe III-E, “¿son derechos fundamentales los del ordenamiento jurídico comunitario? y X-B, “el riesgo del juez desvinculado”.

varias razones. Una, porque cuando se trata de cuestiones contractuales o negociales (desde contratos de adhesión a relaciones intraasociativas), buena parte de la regulación es reservada a la autonomía de la voluntad de los particulares incursos en la relación de que se trate y no es fijada por la ley. Y otra, porque al ser frecuentes en estas relaciones jurídicas los conflictos entre derechos fundamentales y otros derechos o bienes jurídicos, iusfundamentales o no, de los que son titulares los diversos particulares afectados por la relación jurídica, la necesidad de utilizar la técnica de la ponderación para resolver el conflicto, teniendo en cuenta multitud de cuestiones de hecho, hace más difícil una previsión legislativa de la eficacia que en cada situación ha de tener el derecho o los derechos fundamentales en conflicto.

¿Significa lo anteriormente expuesto que en aquellos sectores de las relaciones jurídico-privadas en las que no existe un desarrollo legislativo o al menos una afirmación expresa de la vigencia del derecho fundamental, éste no será eficaz? Entiendo que no. Carece de sentido que cada vez que el legislador elabore una ley reguladora de relaciones jurídico-privadas tenga que reproducir los preceptos constitucionales sobre derechos fundamentales. Para que dichos derechos fundamentales sean eficaces en la materia regulada por la ley basta con que estén establecidos en la Constitución sin que sea necesaria su reiteración en la ley. La STC 112/1989, fj. 2º, declara:

“...aunque pudiera resultar útil en algunos casos, no es sistemáticamente necesaria la reiteración permanente de las cláusulas de salvaguarda que los derechos fundamentales incorporan a lo largo de todo el ordenamiento jurídico; de la estructura y funcionalidad de las Instituciones, los Tribunales ordinarios y, en su caso, este mismo, han de extraer las consecuencias lógicas de la incorporación de la Norma fundamental al ordenamiento jurídico que encabeza”.

Y resulta poco menos que imposible establecer una regulación completa y detallada la eficacia de esos derechos fundamentales cuya influencia en las diversas materias reguladas por el ordenamiento jurídico he llamado “transversal”, por la variada naturaleza de las relaciones jurídico-privadas a que afecta, la gran diversidad de situaciones de hecho que

puede presentarse y las múltiples formas en las que los derechos fundamentales pueden afectar a esas relaciones jurídico-privadas. Establecer afirmaciones simples y categóricas en este campo conlleva el riesgo de provocar simplificaciones peligrosas, que no tengan en cuenta los distintos matices concurrentes en cada relación jurídica y en cada situación.

Pese a que el fenómeno de la inmigración está empezando a provocar conductas discriminatorias por razón de la raza o el origen nacional en temas como la venta o el alquiler de viviendas¹¹⁹⁹ o en la actuación de comunidades de propietarios, entiendo que la ausencia de normas que prohíban la discriminación en la Ley de Arrendamientos Urbanos o en la Ley de Propiedad Horizontal no supone que acuerdos de las juntas de propietarios que discriminen, directa o indirectamente, a uno o varios propietarios por razón de su raza o su nacionalidad, o cláusulas contractuales del tipo de las conocidas como *racially restrictive covenants*, tratadas por la jurisprudencia norteamericana¹²⁰⁰, sean admisibles en contratos de venta o alquiler de viviendas.

Y pese a que, por ejemplo, la libertad de expresión sólo esté reconocida expresamente en el art. 68.d del Estatuto de los Trabajadores en relación a los delegados de personal o al comité de empresa, ello no implica que los trabajadores, por el simple hecho de entrar en la estructura productiva de una empresa, se vean privados de su libertad de expresión, o que los ciudadanos carezcan de este derecho en otro tipo de relaciones privadas en las que no exista una ley que les reconozca expresamente tal derecho y regule su ejercicio. El legislador quiso enfatizar la protección legal de la indemnidad de los representantes legales de los trabajadores por las expresiones proferidas en el ejercicio de sus cargos, por la importancia que esta libertad de expresión tiene para la función institucional de los mismos como defensores de los intereses de los trabajadores en el seno de la empresa,

¹¹⁹⁹ Son numerosas las noticias de prensa que se refieren a este tipo de conductas. Por ejemplo, “Denuncian a tres administradores de fincas por no alquilar pisos a inmigrantes”, ABC, edición Cataluña, 16 de julio de 2003, pág. 35, “IU denuncia que el Consistorio pide que no se contrate ni alquilen pisos a rumanos”, ABC, edición Sevilla, 16 de diciembre de 2002, pág. 34, “Un bloque de la calle Abogado Enríquez Barrios de Ciudad Jardín demandará a tres de sus dueños por habilitar pisos para alojar inmigrantes «hacinados»”, ABC, edición Córdoba, 24 de mayo de 2005, pág. 32, “40.000 inmigrantes, la mayoría ilegales, malviven en el poniente almeriense... Ni les quieren alquilar viviendas...”, ABC, edición Sevilla, 23 de noviembre de 2003, pág. 54, “Un alcalde alicantino del PP insta a que no se vendan [ni alquilen] pisos a inmigrantes... moros o gitanos”, El País, 25 de febrero de 2003.

¹²⁰⁰ *Supra* epígrafe V-A, “Estados Unidos y Canadá”.

y por la experiencia histórica de despidos de los líderes sindicales en las empresas por su críticas al empresario en defensa de los trabajadores. Pero no parece plausible, y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional (por todas, STC 88/1985, de 19 de julio, fj. 2º), que se pretendiera privar de eficacia a la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales para los trabajadores que no ostentaran puestos de representación por no estar dicho derecho fundamental reconocido y regulado en la legislación laboral para los trabajadores que no ostenten cargos representativos.

En estas materias, y en relación a estos derechos fundamentales, la ausencia de regulación legal de su ejercicio no excluye por tanto la posibilidad de aplicar directamente las normas sobre derechos fundamentales contenidas en la Constitución para proteger el ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas. Porque lo determinante, como se analizará, no es la ausencia, en mayor o menor grado, de un desarrollo legislativo, casi inevitable en ocasiones (sin perjuicio de que en el caso de que el fenómeno alcanzara tintes alarmantes, sería deseable un expreso desarrollo legislativo que afirmara y regulara el ejercicio de estos derechos en estas relaciones jurídico-privadas en las que están siendo seriamente amenazados), sino la necesidad de resolver los conflictos de estos derechos fundamentales con otros, de los que serían titulares los distintos particulares implicados en la relación jurídica, valorando las distintas circunstancias concurrentes en esa concreta relación jurídica y realizando una ponderación que tenga en cuenta, entre otros factores, el principio de proporcionalidad en el sacrificio de unos u otros derechos, y los valores e intereses jurídicos protegidos por los derechos fundamentales en cuestión, en relación a la naturaleza y circunstancias de la relación jurídica en la que tal conflicto se produce.

B) LA APLICACIÓN DIRECTA POR EL JUEZ ORDINARIO DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

Los problemas que presenta el desarrollo legal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, ¿implican que los jueces ordinarios no pueden aplicar directamente la regulación constitucional de los derechos fundamentales en los litigios entre

particulares sometidos a su conocimiento? ¿Los derechos fundamentales sólo tienen eficacia en las relaciones jurídico-privadas cuando están desarrollados legislativamente, y en los precisos términos establecidos en las leyes de desarrollo? Algo se ha adelantado sobre el particular en los epígrafes anteriores.

Con carácter general, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en favor de la aplicabilidad directa de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales desde los primeros momentos. El Tribunal Constitucional ha afirmado que “los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo “ (STC 39/1983, 17 de mayo, fj 2º; también : SSTC 21/1981, 15 de junio, fj 17, 15/1982, 23 de abril, fj 8º, 16/1982, de 28 de abril, fj 1º, y 31/1994, 31 de enero, fj 7º) .

Algunos autores lo afirman también sin ambages: “...es ya un punto común, algo sabido en nuestro ordenamiento, que el juez ordinario aplica también la Constitución directamente o bien utilizándola como elemento de interpretación de otras normas... el juez ordinario o bien aplica la Constitución directamente cuando no hay una norma aplicable, digamos en una posición intermedia, o bien, si existe esa norma intermedia, si existe una norma legal, puede llevar a cabo una interpretación de la norma de acuerdo con la Constitución...”¹²⁰¹ .

Para Luis DIEZ-PICAZO, el problema hoy en día no radica en establecer que la Constitución posee una significación normativa, ni siquiera en puntualizar su posible aplicación directa, no se discute tampoco la vinculación del juez ordinario a la Constitución. El problema lo plantea la determinación de los casos de “aplicación directa”, que, para GARCÍA DE ENTERRÍA son tres: a) Aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. b) Aplicación directa por los poderes constitucionales de la parte de la Constitución que los organiza y habilita. c) Declaración de derogación de las leyes preconstitucionales por virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria de la Constitución.

¹²⁰¹ Luis LÓPEZ GUERRA, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *cit.*, pág. 31.

Comentando el trabajo del profesor Alejandro NIETO¹²⁰², el profesor DIEZ-PICAZO¹²⁰³ opina que la afirmación de que la Constitución es norma jurídica constituye el núcleo del art. 9.1 de la Constitución, que prevé la “sujeción” de los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución, pero en ningún sitio está dicho en qué consiste esa sujeción, ni tampoco que la sujeción de los ciudadanos y la sujeción de los poderes públicos sea idéntica, y la cuestión ahora, una vez superado que la Constitución es una norma jurídica y no una simple declaración programática, es averiguar qué tipo de norma jurídica es y sobre todo de puntualizar ese fenómeno discutido de su “aplicación directa”.

Para Alejandro NIETO¹²⁰⁴, la cuestión no consiste en saber si la Constitución es o no una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos que produce, porque los efectos jurídicos de las normas son muy variados y en muchos casos no son directos. Opta por acudir al concepto de las normas incompletas. Una norma jurídica es completa cuando contiene la descripción del supuesto de hecho y la determinación de la consecuencia jurídica, de manera que ésta se puede aplicar a aquél sin ninguna otra intermediación. Las normas incompletas, por el contrario, precisan de complementación. En la Constitución falla la complitud ordinamental. En muy buena parte la Constitución requiere de la remisión a otras normas, generalmente legales. Establece el orden del sistema normativo, pero no tiene pretensiones de aplicación directa¹²⁰⁵.

No obstante, como ya se comentaba anteriormente¹²⁰⁶, al hablar de aplicación directa de la Constitución por falta de desarrollo legislativo, difícilmente puede entenderse que se trate de aplicar el texto de la Constitución “desnudo”. El juez cuenta normalmente con la

¹²⁰² “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *cit.*, pág. 387.

¹²⁰³ “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 17.

¹²⁰⁴ “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *cit.*, pág. 374 y 387 y siguientes. En coincidencia con la posición del profesor NIETO se pronuncia Miguel Ángel APARICIO PÉREZ, “La aplicación de la constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *cit.*, págs. 47-85, aunque de su entendimiento de que es preciso el replanteamiento de la tesis del valor normativo e inmediatamente vinculante de la Constitución salva, con cita de Luis DIEZ-PICAZO, “Constitución, ley, juez”, *cit.*, a los derechos fundamentales que disponen de un ámbito especial de aplicación, que sería el único campo de aplicación directa de las normas de la Constitución.

¹²⁰⁵ Ver más ampliamente *supra* epígrafe VI-B, “críticas al carácter normativo de la Constitución”.

¹²⁰⁶ *Supra* epígrafe IX-B-g, “la supremacía del Tribunal Constitucional en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales y su virtualidad en relación a la vulneración de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que si no ha tratado directamente el tema objeto del litigio que debe resolver, es difícil que no haya tratado otros temas relacionados en mayor o menor medida, estableciendo parámetros útiles para el juez. Y cuenta además con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, las resoluciones o dictámenes de los organismos de derechos humanos instituidos en tales tratados, como pueden ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., así como la literatura jurídica existente sobre estas cuestiones.

Pero parte de la doctrina se ha mostrado reticente ante esta idea de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Así, Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁰⁷ entiende que es dudoso que con esta idea –de sencillez sólo aparente- se esté apuntando a algo distinto de la plena vinculación del legislador al derecho fundamental. Aplicabilidad inmediata no supone autosuficiencia del derecho para alcanzar su eficacia propia, sino preexistencia del derecho mismo a la intervención, casi sin excepción inexcusable, del legislador. Supone que el derecho, preexistente a la ley, no podrá ser desfigurado por ésta sin incurrir en inconstitucionalidad, desfiguración a la que, según este autor, la Constitución llama conculcación de un “contenido esencial” (art. 53.1 de la Constitución), que viene a declarar así que el derecho es anterior –lógica, aunque no siempre cronológicamente- al momento de la intervención legislativa.

Si con carácter general este sector de la doctrina niega que la idea de aplicabilidad inmediata o directa suponga otra cosa que la vinculación del legislador a la preexistencia del derecho y la imposibilidad de que el mismo desconozca su contenido esencial, con más énfasis aún se niega esa posibilidad de aplicación inmediata o directa, en el sentido de aplicación judicial de los derechos fundamentales directamente en base a su reconocimiento constitucional, cuando están en juego en las relaciones entre particulares.

Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁰⁸ considera que el desarrollo legal del ejercicio de los derechos fundamentales es ineludible para que los mismos tengan eficacia en las relaciones entre particulares, de modo que, en el seno de las relaciones jurídico-privadas, los derechos

¹²⁰⁷ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 22 y siguientes.

¹²⁰⁸ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, págs. 42 y “El legislador de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 480.

fundamentales vienen a ser, en la práctica, derechos fundamentales de configuración legal. Lo que este autor considera como “delimitación legislativa originaria”, esto es, aquella intervención del legislador que conduce a una definición complementaria del derecho que, sin quiebra de la Constitución, encuentra en la propia ley (en los fines que la orientan) su fundamento más próximo, estaría siempre permitida, pero sería imprescindible en cuatro hipótesis: 1º) Derechos fundamentales de configuración legal; 2º) derechos que pueden corresponder a los extranjeros; 3º) derechos que viven en el seno de relaciones jurídico-privadas; 4º) derechos que se desenvuelven en el ámbito de una relación de supremacía especial.

Según este autor, la procedencia de tal tipo de delimitación es lo que justifica que, en el seno de las relaciones jurídico-privadas, el ejercicio de los derechos deba hacerse compatible con bienes infraconstitucionales como la buena fe o la interdicción del abuso de derecho. No obstante, reconoce Javier JIMÉNEZ CAMPO el carácter problemático de esta cuestión, al afirmar que en los casos en que este desarrollo legal no se haya producido, se acentúa lo peculiar de la posición que ocupa el juez, vinculado a unos derechos cuyo ejercicio, sin embargo, corresponde regular sólo a la ley. Ambas cosas están en art. 53.1 de la Constitución. En campos como el de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, en las que entiende que es ineludible el desarrollo legislativo, alcanza su grado máximo la tensión que puede haber entre ambas vinculaciones, manifestación de la “doble obligación” en que se encuentra el Poder Judicial de actuar sometido a la ley y a la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, fñ 1º).

Jesús GARCÍA TORRES¹²⁰⁹ y Jesús ALFARO AGUILA-REAL¹²¹⁰ se muestran claramente contrarios a la posibilidad de que los jueces apliquen directamente las normas de la Constitución sobre derechos fundamentales a los litigios entre particulares, debiendo limitarse a reconocer la vigencia de tales derechos en los términos en que hayan sido desarrollados por el legislador. Como únicas matizaciones, el primero acepta que puedan aplicarse en la medida en que se haya determinado por el Tribunal Constitucional, y el

¹²⁰⁹ “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, revista *Poder Judicial*, núm. 10, junio de 1988, págs. 11 a 33.

¹²¹⁰ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 74 y siguientes.

segundo admite que el juez ordinario pueda tener en cuenta la regulación constitucional de los derechos fundamentales para interpretar el ordenamiento, controlar la licitud de los usos y en la concreción de las cláusulas generales del Derecho privado.

La anterior postura significa que en las relaciones entre particulares, los derechos fundamentales valen lo que vale el principio de legalidad, por lo que, en lo que se refiere a su aplicación por los jueces ordinarios, apenas se diferencian de otras instituciones carentes de reconocimiento constitucional: el juez está vinculado directamente a la regulación legal del derecho fundamental, como puede estar vinculado a la regulación legal de las mayorías necesarias para la adopción de acuerdos en las juntas de propietarios en el régimen de la propiedad horizontal, o a la protección que al tercero de buena fe otorga la Ley Hipotecaria. En el seno de las relaciones entre particulares y en lo relativo a la actuación del juez ordinario, poca o nula trascendencia tendría el reconocimiento constitucional de estos derechos fundamentales, pues el juez sólo podría tutelar estos derechos fundamentales en la medida en que la eficacia de los mismos esté regulada por una ley.

Esta tesis encuentra serias objeciones. Pedro CRUZ VILLALÓN¹²¹¹, afirma que mientras a los derechos fundamentales no tenían más contenido y protección que el que las leyes en cada momento los reconocieran, pocas ventajas podrían derivarse de la inserción de la *Drittwirkung* en el ámbito de los derechos fundamentales. Pero desde el momento en que se reconoce efectivamente a la Constitución la posición de norma suprema del ordenamiento jurídico, desde que se plantea la cuestión de su inmediata aplicabilidad y la del control de constitucionalidad de las leyes; sobre todo, desde el momento en que los derechos fundamentales adquieren una protección especial, específica, e incluso preferente, a partir de ese momento, es claro que la inserción de la *Drittwirkung* en la figura de los derechos fundamentales alcanza un evidente sentido práctico. Pues ya será posible plantearse la posibilidad de la “aplicación directa” de estos derechos fundamentales en el marco de las relaciones privadas, como será posible plantear la constitucionalidad del legislador en relación con el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales; como, sobre todo, será posible exigir para esta “eficacia horizontal” el amparo específico de los Tribunales ordinarios y, acaso, el del Tribunal Constitucional. Por eso, el primer presupuesto de la

¹²¹¹ “Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, pág. 103.

Drittwirkung es la existencia de una Constitución “normativa” y de una garantía procesal de los derechos fundamentales.

Otros autores, como Juan María BILBAO UBILLOS¹²¹², entienden que para la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares la intervención del legislador no tiene un carácter constitutivo, sino meramente declarativo, por lo que normalmente el juez, en ausencia de regulación legal, podrá aplicar directamente las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, mediante la oportuna ponderación. Desde la perspectiva del “deber ser”, es el legislador democrático quien debe desarrollar los derechos fundamentales. Pero la legislación no puede preverlo todo, menos aún las nuevas formas de amenaza a los derechos fundamentales. El juez es el último eslabón de operadores del Derecho que tiene que resolver desde la perspectiva constitucional una infinita variedad de conflictos que el legislador no pudo ni imaginar (no puede inhibirse alegando como excusa la ausencia de normas legales aplicables: prohibición de *non liquet*).

Además, generalmente las normas que desarrollan derechos fundamentales con eficacia en las relaciones entre particulares no resultan conflictivas en abstracto, pues los conflictos se producen en el momento aplicativo. Efectivamente, la regulación constitucional y el desarrollo legal de derechos fundamentales como el de asociación y el de libertad de expresión, o de intimidad y de libertad de información no muestran, en abstracto, la existencia de conflictos entre los mismos. Todo lo más, el art. 20.4 de la Constitución prevé que las libertades de expresión e información “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título (que, ha de recordarse, incluye no sólo los derechos fundamentales sino también los principios rectores de la política social y económica), en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”, pero sin establecer criterios de solución de conflictos entre unos y otros derechos. Y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, para la protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, prevé la existencia de vulneraciones de tales derechos, pero no que las mismas puedan producirse en el ejercicio de otros derechos fundamentales, como son las libertades del art. 20, y qué criterios han de seguirse para la

¹²¹² “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 295.

solución de tales conflictos, salvo los del art. 8 de la ley, muy escuetos y fragmentarios, y que utilizan conceptos jurídicos indeterminados tales como “de acuerdo con el uso social”, “...cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria”, etc.

Es sobre todo en el momento aplicativo cuando se plantea la existencia de conflictos concretos que han de ser resueltos y para los que el desarrollo legal de los derechos fundamentales no ha previsto soluciones, por lo que éstas han de ser de naturaleza judicial. Por ejemplo, para resolver los conflictos que surgen entre las libertades del art. 20 (de expresión y de información) y los derechos del art. 18.1 de la Constitución (honor, intimidad y propia imagen), la jurisprudencia, principalmente la del Tribunal Constitucional, ha desarrollado una serie de instrumentos de resolución de estos conflictos, como son los relativos al distinto valor de la veracidad según que la información entre en conflicto con el honor o la intimidad, la veracidad como deber de diligencia, las matizaciones de la protección del honor y la intimidad en las personas con relevancia pública, la doctrina del reportaje neutral, etc.

Está, pues, fuera de toda duda que el legislador puede y debe regular la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, respetando el contenido esencial de los mismos (art. 53.1 de la Constitución), respetando el principio de proporcionalidad en el establecimiento de límites a su ejercicio y determinando el concreto nivel de vigencia social de tales derechos fundamentales en distintos campos de las relaciones jurídico-privadas (relaciones laborales, asociaciones, contratación en masa, arrendamientos, etc.). Lo controvertido es en qué términos los jueces, a falta de desarrollo legal, pueden aplicar directamente la Constitución, los derechos fundamentales en ella regulados, a las relaciones entre particulares para proteger la eficacia de tales derechos fundamentales frente a violaciones producidas en el relaciones jurídico-privadas. Este debate no se produce solamente aquí, ni siquiera solamente en la Europa continental. Afirma J. FRIESEN¹²¹³ que “el verdadero debate sobre si los derechos constitucionales pueden

¹²¹³ “Should California’s Constitutional Guarantees of Individual Rights Apply Against Private Actors?”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 17 (1989), p. 112, citado por Jesús ALFARO AGUILA-REAL en “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 73, nota al pie núm. 53.

oponerse frente a actores privados se refiere a si los jueces deberían emprender pasos en este sentido sin legitimación legal (*unaided by statute*)”.

C) ¿QUÉ SOLUCIÓN HA DADO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A SUPUESTOS DE NO DESARROLLO LEGAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES?

Como paso previo a analizar el problema concreto de la aplicación directa por los jueces de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares, hay que analizar la postura adoptada por el Tribunal Constitucional en relación a la eficacia de los derechos fundamentales que, por la naturaleza del campo en que han de aplicarse o por exigencias de la propia Constitución, exigen un desarrollo legal, cuando el mismo no ha tenido lugar.

Afirma Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²¹⁴ que el problema de la “suplencia jurisdiccional del legislador”, se produce en aquellos casos en que, si bien la existencia del derecho fundamental no queda supeditada a la ley (puesto que tal derecho fundamental está reconocido en la Constitución), su ejercicio sólo puede ser regulado por la ley. Este problema se plantea de un modo nítido en aquéllos ámbitos en los que la Constitución, por sus innovaciones materiales, no puede considerarse integrada, indirectamente, a través de la legalidad preconstitucional. Y hace referencia a tres supuestos en los que el Tribunal Constitucional reconoció y amparó el derecho fundamental pendiente de regulación legislativa: la objeción de conciencia (STC 15/1982, de 23 de abril), la libertad expresión e información mediante la televisión por cable (STC 31/1994, de 31 de enero) y el derecho al cumplimiento de la limitación de la informática para la protección de la intimidad (STC 254/1993, de 20 de julio).

Se trataba de supuestos en los que el ejercicio del derecho fundamental precisaba ineludiblemente de un desarrollo legislativo, en el caso de los arts. 30.2 y 18.4 de la Constitución porque así lo exigía expresamente la Constitución, y en el caso de la televisión

¹²¹⁴ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 59 y siguientes.

por cable, en cuanto modalidad de ejercicio de las libertades de expresión e información del art. 20.1.a y d de la Constitución, por exigirlo las características de esa forma de ejercicio de tales derechos fundamentales, dada la necesidad de utilizar espacios públicos y de reglar un medio de utilización de las libertades de expresión o información que, a diferencia de la prensa escrita, no permite su utilización por todo el mundo.

En todas estas sentencias, el Tribunal Constitucional constató el incumplimiento u omisión del legislador llamado a regular el derecho fundamental en cada caso comprometido, derecho fundamental cuya concurrencia declaró y amparó en el fallo. En las dos primeras sentencias el Tribunal Constitucional se limitó a declarar la nulidad de los actos públicos que impidieron el ejercicio del derecho, lo que en el caso de la entonces no reglada objeción de conciencia acompañó con el mandato de suspensión de la incorporación a filas del recurrente en amparo.

Luis AGUIAR DE LUQUE¹²¹⁵ califica esta conducta del Tribunal Constitucional¹²¹⁶ como actividad de “suplencia legislativa” en supuestos de inconstitucionalidad por omisión que afectaban a derechos fundamentales, que en tanto derechos accionables ante el Tribunal Constitucional (en realidad, derechos accionables también y con carácter previo ante los jueces ordinarios) gozaban de aplicación directa aunque fuera con un contenido mínimo, y no podían quedar totalmente negados en tanto no mediara la intervención del legislador.

En el caso de la televisión por cable, la STC 31/1994, de 31 de enero¹²¹⁷ declaró la inadmisibilidad de que el legislador difiera indefinida e injustificadamente la regulación de una actividad que, como la de la televisión local por cable, afecta directamente al ejercicio de los derechos fundamentales a la libre expresión y comunicación, y que la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20, en su manifestación

¹²¹⁵ “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la constitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 30.

¹²¹⁶ En relación a la STC 15/1982, de 23 de abril, única que se había dictado cuando fue escrito el trabajo.

¹²¹⁷ Sobre esta sentencia, Marcos GÓMEZ PUENTE, “Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la Televisión”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 84, 1994, págs. 629-651.

de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Pero en vez de limitarse a constatar la ausencia de tal desarrollo legislativo y lo que de atentatorio al derecho fundamental tiene tal falta de desarrollo legislativo, el Tribunal Constitucional otorgó amparo al recurrente aplicando el “contenido mínimo” que, a falta de desarrollo legislativo, podía predicarse del derecho fundamental regulado exclusivamente por el precepto constitucional. Declara el Tribunal Constitucional en el fj 7º de esta sentencia:

“Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (art. 9.1 y 53.1 C.E.) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la misma Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediateamente aplicable (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 9º; 254/1993, fundamento jurídico 6º). Ciertamente es que cuando se opera con la interpositio legislatoris es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 8º; 254/1993, fundamento jurídico 6º), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) C.E., de modo que deba ser protegido por todos los Poderes Públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

El legislador ha demorado, hasta el presente, el desarrollo de la televisión local por cable con el consiguiente sacrificio del derecho fundamental. En efecto, dada la escasa complejidad técnica de la regulación de su régimen concesional en atención al soporte tecnológico empleado para la emisión y la ilegalidad sobrevinida que la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones supuso para una actividad que con anterioridad había recibido alguna cobertura jurídica por parte de la jurisprudencia (entre otras, SSTS de 17 de noviembre y 11 de diciembre de 1986; 21 de febrero, 6, 7, 10 y

13 de marzo, 21 de abril y 10 de julio de 1987), la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local y por cable implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen constituye un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta, que, en razón de la publicatio de la actividad de difusión televisiva, podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación. Puesto que dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implican, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa -de imposible consecución, por demás- el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20.1 a) y d) C.E.

En consecuencia, las Resoluciones administrativas impugnadas, que requirieron a las demandantes de amparo el cese en sus emisiones y el desmontaje de sus instalaciones por falta de una autorización administrativa han lesionado los derechos fundamentales de las recurrentes, y ello ha de llevar derechamente el otorgamiento del amparo solicitado."

En el caso del art. 18.4 de la Constitución (que, regulado en la Constitución como un mandato al legislador, ha sido "transformado" en un derecho fundamental de autodeterminación informativa del que son titulares los ciudadanos), el Tribunal Constitucional impuso a la autoridad administrativa la obligación de informar al recurrente sobre la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal y acerca de los datos personales que le concernieran.

El Tribunal Constitucional, en la STC 254/1993, de 20 de julio, reiterando la doctrina establecida en la STC 15/1982, de 23 de abril, negó que la falta de desarrollo legislativo¹²¹⁸ privara a dicho derecho fundamental de toda eficacia¹²¹⁹. Afirmaba el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 6º:

“El primer problema que este derecho suscita es el de la ausencia, hasta un momento reciente, en todo caso posterior a los hechos que dan lugar a la presente demanda, de un desarrollo legislativo del mismo. Ahora bien, a esa ausencia de legislación no se pueden enlazar las desmesuradas consecuencias que postula el abogado del Estado. Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado. Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma (STC 15/1982, f.j. 8).

Es cierto que, como señalamos en esa misma sentencia, cuando se opera con una «reserva de configuración legal» es posible que el mandato

¹²¹⁸ El desarrollo legislativo de este derecho se hizo por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, anterior a la fecha de la sentencia pero posterior al momento en que el recurrente de amparo hizo la solicitud de información a la Administración e interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante la negativa de la Administración a facilitarle la información solicitada. Posteriormente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, derogó y sustituyó a la Ley Orgánica 5/1992.

¹²¹⁹ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, página 61, se muestra disconforme con la tesis adoptada por el Tribunal Constitucional en esta sentencia. En una obra anterior, “El legislador de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 484, había entendido que es la propia norma constitucional del art. 30.2 de la Constitución la que reclama la integración mediante la legislación de su contenido dispositivo, consiguiendo mediante dicha legislación la plena efectividad del derecho fundamental, existiendo en dicho precepto constitucional una reserva de configuración legal del derecho.

constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador. Pero de aquí no puede deducirse sin más (como hace el abogado del Estado), que los derechos a obtener información ejercitados por el demandante de amparo no forman parte del contenido mínimo que consagra el art. 18 C.E. con eficacia directa, y que debe ser protegido por todos los poderes públicos y, en último término, por este Tribunal a través del recurso de amparo (art. 53 CE).”

En el caso sometido a la consideración del Tribunal Constitucional, la solicitud de información del particular respecto de sus datos de carácter personal incluidos en ficheros automatizados se había dirigido frente a la Administración. Pero el mismo problema existía respecto de ficheros automatizados en manos privadas¹²²⁰. La tesis que se mantiene en la sentencia del Tribunal Constitucional, ¿podría sostenerse si la solicitud de información sobre los datos personales existentes en un fichero automatizado se hubiera dirigido hacia una empresa privada dedicada a la formación de estos ficheros automatizados de datos personales? ¿Hubiera sido también directamente aplicable el derecho fundamental del art.

¹²²⁰ Sobre todo los llamados “registros de morosos”, en aquel momento carentes de control y garantía alguna por la ausencia de regulación legal, y que estaban causando serios problemas a numerosos ciudadanos, que, por ejemplo, se veían impedidos o gravemente obstaculizados para desempeñar una actividad profesional o comercial al estar su nombre en alguno de tales “ficheros”, por razones a veces peregrinas. Así, había empresas que para formar registros de morosos acudían a los libros de sentencias de los Juzgados de Primera Instancia, registrando como morosos a todos aquellos que aparecían condenados en las sentencias dictadas por el Juzgado, con lo que aparecían en estos registros personas condenadas en un juicio por un accidente de circulación, en el que su compañía aseguradora no había pagado la indemnización por entender que no existía culpa en su asegurado o por pura desidia, o personas cuya condena había sido revocada en segunda instancia. Algunos jueces, a finales de los años 80 y principios de los 90, negamos a las empresas que estaban formando esas bases de datos el acceso a los libros de sentencias del Juzgado, aplicando directamente el art. 18.4 de la Constitución, por entender que la falta de cauces por los que los interesados pudieran exigir la cancelación o rectificación de su registro en caso de infracción de los principios de veracidad, adecuación, pertinencia o no excesividad (que según el art. 5 del Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981 y ratificado por Instrumento de 27 de enero de 1984, publicado en el B.O.E. de 15 de noviembre de 1985, debían inspirar la normativa interna) suponía que las bases de datos así creadas vulneraban tal derecho fundamental. El citado Convenio, Derecho vigente en España al haber sido ratificado, no establecía mecanismos concretos para hacer efectivo el derecho, conteniendo tan sólo un desarrollo a nivel de principios, con lo que había que aplicar directamente la norma constitucional interpretada con auxilio del citado Convenio. Si bien en un principio el Consejo General del Poder Judicial revocó estas resoluciones (correspondía al Consejo General del Poder Judicial, y no a otros órganos jurisdiccionales, conocer del recurso contra estos acuerdos dado que eran resoluciones administrativas y no propiamente jurisdiccionales, aunque estuvieran dictadas por jueces, pues tenían relación con el gobierno interno del órgano judicial), más adelante adoptó una postura más matizada. Finalmente la cuestión quedó resuelta cuando se dictó la legislación orgánica de desarrollo del art. 18.4 de la Constitución.

18.4 de la Constitución, al menos en su “contenido mínimo”, a falta de desarrollo legislativo, en una relación jurídico-privada?.

El Tribunal Constitucional, en la STC 11/1998, de 13 de enero, declaró la existencia de un supuesto de violación del art. 18.4º de la Constitución, en conexión con el art. 28.1º (que consagra la libertad de sindicación) en el caso de una empresa que utilizó los datos de afiliación sindical, que tenía en su poder a efectos de descontar de las nóminas las cuotas sindicales, para detraer los haberes a todos los afiliados a un sindicato que había convocado una huelga, independientemente de que se hubieran sumado o no a dicha huelga. Es decir, el Tribunal Constitucional ha reconocido eficacia directa al art. 18.4º de la Constitución en las relaciones entre particulares, en una sentencia en la que hubo de resolverse directamente en base a dicho precepto constitucional puesto que la regulación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, no establecía norma alguna que contuviera reglas de solución al conflicto¹²²¹.

Es cierto que la STC 254/1993, de 20 de julio, entre otras consideraciones en las que el Tribunal Constitucional basa su decisión, contiene la de que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos. Esta afirmación parece estar motivada porque en el caso objeto del recurso de amparo que se resolvía, la violación del derecho fundamental se había producido por la Administración, luego es lógico que se utilizara ese argumento, que más adelante parece referirse al “deber de protección” que tienen los tribunales del derecho fundamental no desarrollado legislativamente. Pero creo que no existe ninguna razón de peso para negar que esa misma eficacia pueda tenerla el derecho fundamental no desarrollado legislativamente en las relaciones jurídico-privadas, al menos en ese “contenido mínimo” mencionado por el Tribunal Constitucional.

¹²²¹ También en la STC 202/1999, de 8 noviembre declaró que la existencia de diagnósticos médicos de los trabajadores en una base de datos sobre «absentismo con baja médica», cuya titularidad correspondía a otra empresa privada, un banco, vulneraba el art. 18.4 de la Constitución (además del art. 18.1). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional ya hacía algunas referencias a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, al Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y a la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Como se vio anteriormente¹²²², la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales opera de forma combinada con la Disposición Derogatoria de la Constitución, que soluciona los problemas originados por las situaciones en las que la ausencia de norma postconstitucional de desarrollo de los derechos fundamentales coincide con la existencia de normas preconstitucionales que regulan la materia de forma contraria al reconocimiento constitucional del derecho fundamental, evitando que el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales se vea desvirtuado por la aplicación de la normativa preconstitucional restrictiva o desconocedora de los derechos fundamentales. En este sentido, es especialmente clara la STC 77/1982, de 20 de diciembre, en cuyo f.º 2º se afirma:

“Los derechos fundamentales se ejercitan de acuerdo con su contenido constitucionalmente sancionado y de estar éste desarrollado legalmente, de acuerdo también con lo que disponga la Ley correspondiente, siempre que esta sea posterior a la Constitución y no haya sido declarada inconstitucional por este Tribunal. Si la Ley reguladora del derecho fundamental es anterior a la Constitución e infringe ésta, no cabe duda que debe considerarse inaplicable en lo que vulnere dicha norma constitucional por haber quedado derogada. Lo mismo debe concluirse, y con mayor razón, cuando la norma que vulnera lo dispuesto en la Constitución Española es de naturaleza reglamentaria, y todo ello sin necesidad de que el legislador, la Administración o los Tribunales, según los casos, hagan una declaración en tal sentido”.

El Tribunal Constitucional ha utilizado la técnica de la aplicación directa de los derechos fundamentales no desarrollados legislativamente, combinadamente con la Disposición Derogatoria de la Constitución, para afirmar la eficacia directa del derecho fundamental no desarrollado en las relaciones jurídico-privadas.

En una temprana sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 80/1982, de 20 de diciembre, ya se planteó el problema de la eficacia en las relaciones jurídico-privadas,

¹²²² Ver *supra* epígrafe IX-A-a-1, “normatividad, aplicabilidad y eficacia directa de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales”.

concretamente en un litigio sobre reconocimiento de filiación, del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de filiación (art. 14, en relación al art. 39.2 de la Constitución). Pese a la interdicción de discriminación por razón de nacimiento establecida en el art. 14 de la Constitución, y pese a que el art. 39 de la Constitución establece que los hijos son “iguales ante la ley con independencia de su filiación”, el legislador ordinario no había desarrollado este derecho fundamental en esta parcela del Derecho privado, y el Código Civil seguía estableciendo efectos dispares para las distintas clases de filiaciones, con discriminación de las no matrimoniales. La Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo entendieron que la falta de desarrollo legislativo del derecho fundamental del art. 14 de la Constitución en el ámbito de la filiación le privaba de eficacia, debiendo ser considerado un mero “principio programático” de la acción futura del legislador.

El Tribunal Constitucional (que en su sentencia habla en todo momento de derecho fundamental y no de principio de igualdad, poniendo por tanto el acento en lo que de derecho subjetivo hay en el art. 14 de la Constitución por encima de lo que tiene de principio objetivo informador de la legislación y de la actuación de los poderes públicos en general) desestimó la tesis de la mera eficacia programática, reconoció el carácter normativo de la Constitución y sentó la procedencia de aplicar directamente, en las relaciones jurídicas relativas a la filiación, la regulación constitucional del derecho fundamental. Aunque el mecanismo utilizado por el Tribunal Constitucional fue el de la fuerza derogatoria de la Constitución, en cuanto norma plenamente jurídica, que supondría la derogación de las normas preconstitucionales que establecían una discriminación por razón del tipo de filiación, también puede entenderse que se aplicó directamente el derecho fundamental aunque en esta parcela del ordenamiento careciera de desarrollo legislativo¹²²³, porque es justamente esta aplicación directa la que provoca la derogación de la legislación anterior incompatible.

¹²²³ Tal desarrollo legal no tuvo lugar hasta la promulgación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil, en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, que introdujo en el Código Civil un precepto, el párrafo 2º del art. 108, según el cual “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

Posteriormente, la STC 155/1987, de 14 de octubre, declaro que aunque el apartado primero del art. 807 del Código Civil («son herederos forzosos los hijos y descendientes legítimos respecto de sus padres y ascendientes legítimos») fue expresamente derogado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que le dio una nueva redacción suprimiendo la mención a la “legitimidad” de la filiación, esa distinción debía ya entenderse derogada para las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la Constitución, cuyos mandatos chocan frontalmente y, por tanto, derogan en una inconstitucionalidad *per relationem* las normas que se les opongan.

Podría objetarse que no se trata de un problema de *Drittwirkung*, puesto que se trata del derecho de igualdad en la ley: es la ley, el Código Civil, no la actuación de un particular, la que discriminaba entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Pero se trataba de una discriminación oponible, ciertamente porque la ley lo permitía, frente a particulares en relaciones jurídico-privadas, las relativas a la filiación y a sus consecuencias (como es el caso de los derechos legitimarios en la sucesión *mortis causa*). Que dichas relaciones jurídico-privadas estuvieran regidas por Derecho imperativo, como es el relativo al estado civil o a la sucesión forzosa, no es óbice para que se trate de una cuestión de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, puesto que estas relaciones no están regidas necesariamente por Derecho dispositivo, sino que lo están unas veces por normas de esta naturaleza y otras por normas de Derecho imperativo, incluso en materia de obligaciones y contratos¹²²⁴.

D) LA APLICABILIDAD DIRECTA POR LOS JUECES ES CONSECUENCIA DEL CARÁCTER DE “DERECHOS” QUE TIENEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La “constitucionalización” fue el proceso que convirtió a ciertos derechos en derechos fundamentales. Las “Declaraciones de Derechos” americanas, que, junto con el

¹²²⁴ Como ocurre, por ejemplo, con la previsión de nulidad de la renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo en las obligaciones del art. 1102 del Código Civil o la prohibición de contrariedad a las leyes, la moral y al orden público de las estipulaciones contractuales, art. 1255 del Código Civil.

Frame of Government, integran las primeras Constituciones de las colonias en Norteamérica, son desde el primer momento Derecho positivo en cuanto parte de la Constitución. Son derechos tan susceptibles de tutela judicial cómo los viejos derechos del *common law*.

Esta característica de las Declaraciones de Derechos norteamericanas tardó en ser acogida por las Constituciones europeas. En la Constitución de Weimar, como se ha dicho anteriormente¹²²⁵, los derechos fundamentales tenían un valor fundamentalmente programático y eran encarnación del principio de legalidad en la actuación de la Administración: ninguna invasión de los distintos ámbitos de libertades y de facultades de las que eran titulares los particulares podía ser hecha por la Administración si no era con arreglo a la ley. Por tanto, no se trataba propiamente de derechos “justiciables”, que pudieran ser objeto de tutela judicial efectiva en base a su reconocimiento constitucional.

En la Ley Fundamental de Bonn hay un cambio substancial. El art. 19.4 prevé que “toda persona cuyos derechos sean vulnerados por los poderes públicos tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales”. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal entienden que los derechos fundamentales recogidos en la Ley Fundamental son derechos dotados de tutela judicial efectiva. Los ciudadanos pueden acudir a los jueces ordinarios y al Tribunal Constitucional para que amparen sus derechos fundamentales frente a las violaciones de los mismos provocadas por la actuación de los poderes públicos.

En nuestra Constitución también los derechos fundamentales están dotados de tutela judicial efectiva. Los derechos fundamentales, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los derechos subjetivos, están dotados de una excepcional “rigidez” en cuanto a la reforma de su regulación constitucional, exigen que la regulación de su ejercicio se haga por ley, y vinculan al legislador, que no puede desconocer su contenido esencial, por ser “fundamentales”; pero han de ser tutelados directamente por el juez, al igual que el resto de

¹²²⁵ *Supra* epígrafe II-B, “escisión entre la protección de los derechos en los ámbitos público y privado. Los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos”.

los derechos subjetivos, en cuanto que son “derechos”¹²²⁶. La tutela jurisdiccional no hace “fundamentales” a ciertos derechos; los hace, sencillamente “derechos”¹²²⁷.

Por tanto, cuando un particular solicita que se le ampare judicialmente en su derecho fundamental (accionando para la defensa del mismo o invocándolo al defenderse de la acción contra él ejercitada) no está pretendiendo que se haga efectivo un principio del ordenamiento jurídico o un elemento objetivo incorporado al sistema democrático de gobierno (v.g. el derecho de sufragio como elemento configurador del gobierno democrático de la sociedad, la libertad de expresión como garantía de una opinión pública libre, el derecho a no ser discriminado como elemento configurador de unas relaciones sociales estructuradas en torno a principios democráticos, etc.). Esto podría ser lo perseguido, por ejemplo, si el proceso seguido por la violación de derechos fundamentales fuera un proceso penal y existiera una acusación popular ejercitada por una asociación o una serie de ciudadanos que desean que esos principios rectores encarnados en los derechos fundamentales prevalezcan en la organización política y social. Pero cuando el ciudadano pide tutela judicial de su derecho fundamental frente a la vulneración que ha sufrido, es el aspecto subjetivo del mismo, su carácter de “derecho”, el que se quiere proteger.

Lo mismo ocurre cuando el ciudadano acude, tras agotarse la vía judicial, al Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de amparo. Dicho recurso, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional, es un medio de proteger los derechos fundamentales frente a las vulneraciones que puedan sufrir. No tiene por objeto la protección de principios objetivos o asegurar la correcta interpretación de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales¹²²⁸. Como dice la STC 114/1995, de 6 de julio, f.j. 2º, para que proceda un recurso de amparo

¹²²⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN, voz “derechos fundamentales”, Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

¹²²⁷ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 23. Ver también *supra* epígrafe IX-A-b, “garantías individuales y jurisdiccionales”.

¹²²⁸ Por más que por algunos autores se haya postulado el reforzamiento en clave objetiva del recurso de amparo, reforzamiento que parece inspirar el anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aprobado en Consejo de Ministros de 26 de agosto de 2005, al exigir la “especial trascendencia constitucional del recurso” como requisito de admisibilidad. Sobre este particular, puede verse el interesante cruce de opiniones entre Pedro CRUZ VILLALÓN y Luis María Díez-PICAZO en los artículos “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, del segundo de ellos, en *Revista Española de*

“...no basta la alegación de que los preceptos constitucionales en los que los diversos derechos fundamentales se proclaman han sido erróneamente interpretados o aplicados, pues el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas respecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales, sino sólo y exclusivamente sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales cuando se ha alegado una vulneración concreta y efectiva de los mismos”

Esto también ocurre cuando se solicita la tutela de los derechos fundamentales que han sido vulnerados en relaciones jurídico-privadas (por ejemplo, cuando se pide la protección jurisdiccional del derecho al honor vulnerado por una información periodística, o un asociado solicita la tutela judicial de su derecho de asociación que entiende vulnerado por el acuerdo de expulsión adoptado por los órganos de la asociación). Ha de entenderse que también en estas relaciones privadas el particular es titular de derechos fundamentales, y no solamente de una expectativa legítima a que la normativa sobre derechos fundamentales sea aplicada por los tribunales, lo que en el fondo no se diferencia mucho a la expectativa legítima que tienen todos los ciudadanos a que los tribunales fallen conforme a Derecho y que es distinta a la efectiva titularidad de un derecho subjetivo cuya protección se solicite a los tribunales.

De otro modo no podría entenderse que la legislación prevea procesos judiciales civiles y laborales (o en ciertos casos, especialidades procesales) para la protección de tales derechos fundamentales, dado que este tipo de procesos sólo procede por regla general cuando la violación del derecho fundamental se ha producido en el seno de relaciones

Derecho Constitucional núm. 14, enero-abril 1994, y “Sobre el amparo”, del primero de ellos, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, mayo-agosto 1994, al hilo de la intervención de Pedro CRUZ VILLALÓN, “El recurso de amparo: el juez y el legislador”, en un simposio de constitucionalistas celebrado en Sevilla en septiembre de 1991, que dio lugar a la publicación de *Los procesos constitucionales (Segundo Simposio de Derecho Constitucional)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

jurídico-privadas mantenidas entre particulares, previsión legal que, como se ha visto¹²²⁹, se hizo ya por el legislador constituyente en una ley tramitada simultáneamente a la Constitución, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Tomás QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO¹²³⁰ critica la postura del Tribunal Constitucional Federal alemán cuando, por ejemplo, en la sentencia del caso *Lüth* evita afirmar que recurrente de amparo sea titular de un derecho fundamental a la libertad de expresión en el seno de la relación jurídico-privada sobre la que versa el caso sometido a su consideración y resuelve el recurso de amparo afirmando que el parágrafo 826 del Código Civil alemán, BGB, ha quedado modificado por la Constitución. Esta transformación que para los defensores de la *Drittwirkung* mediata sufren los derechos fundamentales, en el seno de las relaciones entre particulares, en valores y principios objetivos, de los que nadie es titular, supone una “degradación” de los derechos fundamentales, que es además incompatible con la previsión en nuestro ordenamiento jurídico de procesos civiles y laborales de protección de los derechos fundamentales, que, salvo en el caso de procesos laborales dirigidos contra organismos públicos, tienen necesariamente por objeto vulneraciones de los derechos fundamentales producidos por otros particulares.

Por tanto, un elemento básico para afirmar que los jueces ordinarios pueden aplicar directamente la regulación constitucional de los derechos fundamentales es que éstos no son solamente principios objetivos que configuran el ordenamiento jurídico, sino también, y principalmente, derechos subjetivos de los que son titulares los ciudadanos, también en sus relaciones con otros particulares, y cuya tutela judicial efectiva pueden impetrar a los tribunales, por vía de acción o de excepción, hayan sido o no desarrollados legislativamente.

¹²²⁹ *Supra* epígrafe IX-C-c, “la protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales”.

¹²³⁰ “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 54, 63 y 77.

E) DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL LEGISLADOR Y TÉCNICAS JUDICIALES DE “APLICACIÓN DIRECTA” E “INTERPRETACIÓN CONFORME”

Como se vio anteriormente, al legislador corresponde regular el ejercicio de los derechos fundamentales, respetando el contenido esencial de los mismos y el principio de proporcionalidad en el establecimiento de límites a su ejercicio, y esta regulación tiene especial importancia en lo que se refiere al ejercicio de tales derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, por cuanto que es al legislador al que le corresponde la opción política de determinar cuál debe ser el nivel de vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, qué contenido “adicional” deben presentar tales derechos fundamentales en las referidas relaciones, y qué solución ha de darse a los supuestos de conflicto entre derechos fundamentales de distintos titulares.

Ahora bien, como ya se ha expuesto¹²³¹, algunos de los derechos fundamentales regulados por la Constitución no han sido desarrollados por el legislador. Esta falta de desarrollo legislativo ha sido mayor cuanto más reciente era la promulgación de la Constitución, por puras razones de *tempo* en la actividad del legislador. Pero aun hoy son significativas estas ausencias de desarrollo legislativo postconstitucional de derechos fundamentales, en algunos casos en su totalidad (como es el caso del derecho de huelga), y en la mayoría de los casos, de aspectos sustanciales del derecho fundamental en cuestión.

a. Aplicación directa de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales

Que la Constitución se insertara en un ordenamiento jurídico preexistente, que se mantuvo en su práctica totalidad, y que se tardara cierto tiempo, como por otra parte era inevitable, en alcanzar un desarrollo legislativo significativo de los derechos fundamentales, justificó en buena parte las técnicas judiciales de aplicación de las normas constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales, concretamente la de “aplicación directa” de tales

¹²³¹ *Supra* epígrafe XI-A, “el desarrollo y la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por el legislador”.

normas y la de “interpretación conforme” a los derechos fundamentales de las normas legales preexistentes.

El Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias, afirmó la aplicabilidad directa de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sin necesidad de que fueran desarrolladas legislativamente. Así, la STC 80/1982, de 20 de diciembre, fj. 1º, declara que “...no puede caber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los artículos 14 a 38...”; en la STC 81/1982, de 21 de diciembre, fj. 2º, se dice que “...no puede, en modo alguno, olvidarse la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas...”; en la STC 39/1983, de 17 de mayo, fj. 2º, se afirma: “los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo “. En la STC 185/1988, de 14 de octubre, se afirma: “...teniendo en cuenta la naturaleza de la Norma constitucional, como Ley suprema y básica, y la especial fuerza vinculante directa de los derechos fundamentales, no supeditada a intermediación legal alguna...”. En similares términos se había pronunciado el Tribunal Constitucional en otras sentencias, tanto anteriores como posteriores (SSTC 21/1981, de 15 de junio, fj 17, 15/1982, de 23 de abril, fj 8º, 16/1982, de 28 de abril, fj 1º, 74/1987, de 25 de mayo, fj. 4º, 254/1993, de 20 de julio, fj. 6º, 31/1994, de 31 de enero, fj 7º, etc.).

Esta aplicación directa ha tenido dos vertientes fundamentales. La primera, la posibilidad de resolver litigios en base a la aplicación directa de las normas de la Constitución reguladoras de los derechos fundamentales cuando no existen normas de desarrollo del derecho fundamental y la legislación preconstitucional no sirve, por sus características antidemocráticas o simplemente porque no contemplaba esa materia, para integrar el bloque de desarrollo legislativo del derecho fundamental. Tales son los casos, como se ha visto, de los derechos fundamentales a la objeción de conciencia, a la libertad de información a través de la televisión por cable o a la autodeterminación informativa, en que el Tribunal Constitucional aplicó directamente lo que consideró el contenido mínimo que

resultaba de la regulación constitucional (SSTC 15/1982, de 23 de abril, 31/1994, de 31 de enero y 254/1993, 20 de julio).

La segunda vertiente ha sido la relativa a la eficacia derogatoria que las normas constitucionales de derechos fundamentales tienen respecto de la legislación anterior incompatible con las exigencias constitucionales. Esta eficacia derogatoria se produce respecto de las normas preconstitucionales que presenten una incompatibilidad material con la Constitución, no una incompatibilidad formal consistente en no tener el rango normativo que la Constitución exige para el desarrollo legislativo regulador de esa materia. La STC 11/1981, de 8 de abril, ff. 5º, declaró:

“...no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación”.

Como explica Francisco RUBIO LLORENTE¹²³² “al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del Derecho, la Constitución opera sólo *ex nunc* y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que la fueran conforme al sistema anterior”¹²³³. En este sentido, la STC 76/2003, de 23 de abril, establece en su ff. 4º que las normas preconstitucionales

¹²³² “La Constitución como fuente del Derecho”, *cit.*, pág. 83.

¹²³³ También en la República Federal de Alemania se aplicó esta tesis de no retroactividad respecto de la exigencia contenida en el art. 19.1 *in fine* de la Ley Fundamental de Bonn en el sentido de que cuando una ley, al amparo de una reserva legal prevista en la Ley Fundamental, limite un derecho fundamental, debe mencionar el derecho afectado mediante la cita del artículo en que está contenido. El Tribunal Constitucional Federal entendió que esta obligación de citar expresamente el derecho afectado sólo existe para las normas promulgadas tras la Ley Fundamental de Bonn, sin afectar a las normas anteriores, ni tampoco, según el Tribunal Constitucional Federal, a las leyes nuevas que reproducen sin modificación limitaciones ya existentes a la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn o incluso que las reproducen con muy ligeras variantes (en este sentido, Ekkehart STEIN, “Derecho Político”, *cit.*, pág. 246).

“...no devienen nulas por el hecho de que, posteriormente la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias, pues la reserva de Ley del art. 36 o del art. 53.2 no puede aplicarse retroactivamente (por todas, SSTC 11/1981, 83/1984, 219/1989 y 111/1993)”.

Esto ha servido para evitar que la promulgación de la Constitución hubiera producido un enorme vacío normativo, en concreto en materia de derechos fundamentales, donde la inexistencia de leyes orgánicas con anterioridad a la Constitución, o la regulación por decretos-leyes o decretos-legislativos de materias que tras la Constitución no podían ser reguladas por dichos instrumentos legislativos, hubiera supuesto partir prácticamente desde cero. Ahora bien, habiéndose evitado una derogación casi completa de la normativa anterior con esa admisión de pervivencia de las normas formalmente incompatibles con el sistema de fuentes de producción del Derecho establecido en la Constitución pero respetuoso con sus exigencias materiales, ello no quita que determinadas normas preconstitucionales hayan sido declaradas derogadas por su incompatibilidad material con la Constitución.

Es el caso de la regulación que establecía el Código Civil sobre los efectos diversos que los distintos tipos de filiación tenían, con discriminación de la no matrimonial (“ilegítima” o “natural”) respecto de la matrimonial (“legítima”). Así lo declaró la STC 80/1982, de 20 de diciembre, que en su fj. 2º afirma:

“Lo dicho hasta aquí no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo, el de la vinculatoriedad inmediata del artículo 14 y la afirmación de que, en consecuencia, todo español tiene, desde el momento mismo de la entrada en vigor de la Constitución, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, por lo cual no puede perpetuarse, vigente la Constitución, esta situación discriminatoria entre los regímenes contenidos en los artículos 118 y 137 del Código Civil. Antes de la promulgación de la Ley 11/1981, modificadora del Código Civil, que es en el momento en que tuvo que

sentenciar la Audiencia Territorial de Sevilla, el artículo 137 había quedado derogado por el juego del artículo 14 y la disposición derogatoria tercera de la Constitución...”

El legislador acogió también esta idea de la aplicación directa de las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, estableció en su art. 7:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el cap. II del tít. I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el art. 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”.

La diferenciación que en esos apartados hizo el legislador entre los derechos y libertades del Capítulo II en general y los de la Sección 1ª de dicho capítulo, el art. 14 y la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución, que son los derechos enunciados en el art. 53.2, ha sido fuertemente criticada. El art. 53.2 de la Constitución establece unos medios reforzados de protección (amparo judicial y amparo constitucional), pero tan fundamentales son unos como otros derechos, y por tanto no hay razón para diferenciar la aplicación sustantiva que de unos y otros derechos ha de hacerse por los jueces ordinarios¹²³⁴.

Que se haya pasado de una insistencia por los autores (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Luis PRIETO SANCHÍS, etc), a principios de los años 80, en la afirmación de la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales sin necesidad de *interpositio legislatoris* a poner el acento en necesidad casi ineludible de desarrollo legislativo del

¹²³⁴ Ver *supra* epígrafe III-C, “trascendencia de la ubicación de los derechos en las distintas partes de la Constitución”.

derecho fundamental para que el mismo pueda ser aplicado por los tribunales en la resolución de los litigios concretos (Javier JIMÉNEZ CAMPO) no sólo responde al “movimiento de las olas” en materia de derechos fundamentales a que hacía referencia HÄBERLE¹²³⁵, que se da en éste como en otros campos, sino también a la situación distinta que existía en uno y otro momento: cuando GARCÍA DE ENTERRÍA afirma tal aplicabilidad directa, en términos que luego serían acogidos plenamente por el Tribunal Constitucional, de no ser posible la aplicación directa por los tribunales de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución aun sin estar desarrollados legislativamente, tales derechos no habrían tenido justiciabilidad alguna y no habrían sido “derechos” fundamentales sino en todo caso “principios programáticos” fundamentales. Pero, en realidad, ni en 1980 existía una carencia absoluta de desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, puesto que aparte de las leyes postconstitucionales, muchas leyes preconstitucionales podían servir de desarrollo legislativo de la Constitución en cuanto a los derechos fundamentales, interpretándolas conforme a los nuevos principios y valores constitucionales, ni ahora existe un desarrollo legislativo completo de tales derechos fundamentales, de modo que pueda prescindirse absolutamente de la regulación constitucional y limitar la resolución de los litigios en que tales derechos fundamentales se invocan a la simple aplicación de la legislación de desarrollo, como se comentará más adelante.

b. Interpretación del ordenamiento jurídico conforme a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales

La otra técnica que en los primeros tiempos de la Constitución permitió evitar un vacío normativo total sobre derechos fundamentales fue la de “interpretación conforme”¹²³⁶. Como explica M^a Ángeles AHUMADA RUIZ¹²³⁷, el advenimiento de la Constitución no supuso la generación espontánea de un ordenamiento nuevo, y sólo una pequeña parte de las

¹²³⁵ “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 149 y siguientes.

¹²³⁶ Sobre la “interpretación conforme” en el ordenamiento jurídico de la República Federal Alemana, Albrecht WEBER, “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania”, *cit.*, pág. 48.

¹²³⁷ “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril 1991, pág. 174 y siguientes.

normas preexistentes fue derogada por la Constitución. Esto provocaba la necesidad de readaptación de las normas viejas al nuevo orden constitucional y de emanación de normas nuevas en sectores “vacíos” de regulación. No se trataba sólo de la ejecución de “mandatos al legislador” previstos en la Constitución, sino que se hacía preciso solucionar carencias normativas en sectores en que la reserva de ley impide la suplencia por otra fuente. En estos últimos casos, el hecho de que desde un principio se admitiera la validez de normas preconstitucionales siempre que fueran materialmente conformes con la Constitución, aunque procedentes de fuentes formales no acordes con lo establecido en la normativa postconstitucional, hizo posible que en la tarea de adecuación a los principios constitucionales participaran los tribunales y muy especialmente el Tribunal Constitucional a través de la técnica de la “interpretación conforme”, con lo que se liberó al legislador de una pesada carga, si bien temporalmente. Esta técnica ha permitido que con la Constitución hayan convivido leyes preconstitucionales durante largos años, algunas de las cuales regulaban incluso derechos fundamentales (v.g., Ley de 24 diciembre 1964, de Asociaciones), y que algunas sigan incluso vigentes (v.g., el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, cuyos arts. 1 a 11, en el Capítulo 1º del Título I, regulan la huelga).

Esta técnica responde al principio de conservación de los actos jurídicos, que también se aplica, con otros matices, a la interpretación de los contratos (arts. 1284 y 1289 del Código Civil), al considerarse que es preferible interpretar la ley de modo que pueda considerarse a la misma conforme a la Constitución y, por tanto, válida, evitando así su expulsión del ordenamiento jurídico y el vacío que ello supone. Cuando de leyes postconstitucionales se trata (o al menos, emanadas del Parlamento democrático¹²³⁸), juega además el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, ya reconocido por tribunales extranjeros como el Tribunal Constitucional Federal alemán o el Tribunal Supremo de los Estados Unidos¹²³⁹, pero que ha de ser observado también por el juez ordinario a la hora de realizar el enjuiciamiento de constitucionalidad de la norma preciso

¹²³⁸ Sobre la presunción de constitucionalidad de normas legales emanadas del Parlamento que elaboró la Constitución pero anteriores a la promulgación de ésta puede verse Víctor FERRERES COMELLA, “Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 224.

¹²³⁹ Sobre la presunción de constitucionalidad en general de las leyes, *idem*, págs. 141 y siguientes y 215 y siguientes.

para aplicarla o plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹²⁴⁰.

El Tribunal Constitucional afirmó la necesidad de realizar esta “interpretación conforme” desde sus primeras resoluciones. Así, en la STC 19/1982, de 5 de mayo, fj. 7º, declaró que “a partir de la entrada en vigor de la Constitución, es un imperativo para todos los poderes llamados a aplicar la ley interpretarla conforme a aquélla, esto es, elegir entre sus posibles sentidos aquél que sea más conforme con las normas constitucionales”. En relación a las relaciones entre particulares, el Tribunal Constitucional ha considerado la “interpretación conforme” a la Constitución de las normas jurídico-privadas como una manifestación del deber de protección que los poderes públicos, y concretamente la jurisdicción, tiene respecto de los derechos fundamentales en el seno de tales relaciones. En este sentido, en el ATC 382/1986, de 18 de diciembre, fj. 3º, se afirma:

“Siendo ésta la forma en que se canalizan ante este Tribunal los casos de derechos fundamentales generados en las relaciones entre particulares, resulta imprescindible precisar en qué consiste dicho deber de protección a fin de calibrar los límites y posibilidades de la jurisdicción de amparo constitucional en estos supuestos. Pues bien, en una primera aproximación a la cuestión es dable sostener que tal obligación se traduce respecto de los órganos judiciales en la exigencia de que interpreten y apliquen la legalidad ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales, los cuales, por lo tanto, deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse la controversia entre particulares”.

El legislador positivizó esa exigencia de “interpretación conforme” en el art. 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el apartado 3º de dicho artículo se establece asimismo la exigencia de que el juez ordinario, “por vía interpretativa”, realice la “acomodación de la norma al ordenamiento constitucional” antes de plantear la cuestión de

¹²⁴⁰ En este sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 97.

inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que había sido declarado anteriormente por el Tribunal Constitucional (STC 14/1981, de 29 de abril, fj. 1º).

Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁴¹ entiende que la interpretación de la ley conforme a la Constitución es un imperativo jurídico-constitucional para todos los aplicadores del Derecho, siempre y cuando resulte factible. Este principio hermenéutico no es un criterio de interpretación que se añada a los tradicionales del art. 3.1 del Código Civil. La “interpretación conforme” es más bien una directriz para seleccionar, de entre los varios entendimientos posibles de un precepto, el que mejor se ajusta a las exigencias constitucionales. Presupone una previa interpretación legal, según los cánones tradicionales. Más allá de lo que éstos permitan no hay interpretación conforme de la Constitución sino sencillamente alteración judicial de la ley so pretexto de la Constitución. La interpretación *secundum constitutionem* no puede ser interpretación *contra legem* (SSTC 22/1985, de 15 de febrero, fj 5 y 222/1992, de 11 de diciembre, fj 2).

Luis Díez-PICAZO¹²⁴² muestra su preocupación porque esta “acomodación” de la ley a la Constitución por vía interpretativa que establece el art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial suponga algo más que una interpretación de la ley. Una vez que el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la obligación que tienen jueces y tribunales de interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, carece de sentido el art. 5.3 como no sea que esa “acomodación por vía interpretativa” de las leyes a la Constitución sea algo más que la interpretación conforme a la Constitución que establece el art. 5.1, una “manipulación” en las leyes vigentes que Díez-PICAZO, en cuanto puede suponer una actuación *contra legem*, tilda de gravemente subversiva¹²⁴³.

El problema es que el propio Tribunal Constitucional, movido quizás por un *horror vacui*, ha evitado declarar la inconstitucionalidad y, por tanto, la derogación de numerosas

¹²⁴¹ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 51.

¹²⁴² “Constitución, ley, juez”, *cit.*, pág. 20 y siguientes.

¹²⁴³ Sobre los riesgos de desvinculación del juez del imperio de la ley que conlleva esa “acomodación”, *supra* epígrafe X-B, “el riesgo del juez desvinculado”.

normas preconstitucionales realizando una interpretación de las mismas que no encaja en los cánones hermenéuticos tradicionales del art. 3.1 del Código Civil¹²⁴⁴. Por poner un ejemplo, en un campo como el del proceso civil, en el que la contradicción entre las normas legales y la Constitución no era quizás tan tajante como en algunas parcelas del proceso penal, pero en el que la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en algunas normas complementarias no satisfacía en muchos de sus preceptos las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución, el Tribunal Constitucional fue “adaptando” tales preceptos a las exigencias constitucionales, viendo en los mismos lo que no estaba en su texto, mediante sentencias de las que se han venido en llamar “manipulativas”, y que evitaron que existiera un vacío en la normativa procesal que impidiera el normal desarrollo de los procesos judiciales. Cuestiones como la subsanabilidad de la falta de acreditación de la consignación de las rentas para recurrir las sentencias de desahucio frente a la exigencia legal de tener acreditado, al recurrir, la realización de tal consignación (SSTC 46/1989, de 21 de febrero, 130/1993, de 19 de abril), la posibilidad de contradicción en el proceso de jura de cuentas, configurado en la Ley de Enjuiciamiento Civil sin posibilidad alguna de contradicción (STC 110/1993, de 25 de marzo), el carácter no automático del arresto del quebrado previsto en la anterior legislación concursal (STC 178/1985, de 19 de diciembre), etc., han sido resueltas por el Tribunal Constitucional mediante una “interpretación conforme” a la Constitución de los preceptos legales que en algunos casos, entiendo, exceden de las técnicas interpretativas clásicas del art. 3.1 del Código Civil.

Algo parecido ha ocurrido respecto de normas post-constitucionales, si bien en este caso al *horror vacui* antes indicado puede unirse un cierto respeto a la dignidad de la norma emanada por el legislador democrático, a la “presunción de constitucionalidad” que ha de atribuirse a tal norma¹²⁴⁵, que lleva al Tribunal Constitucional a buscar una interpretación de

¹²⁴⁴ María Luisa BALAGUER CALLEJÓN (“Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”, *cit.*, pág. 111-112), afirma en este sentido que “en un afán de conservación de las normas, el Tribunal Constitucional a veces ha apurado estos límites de la interpretación conforme por encima de la voluntad del legislador o por encima de las propias posibilidades lingüísticas del texto”. Tania GROPPi (“¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes en las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* núm. 38/39, Valencia, 2002, pág. 69 y siguientes) afirma que estos nuevos tipos de sentencias constitucionales (sentencias aditivas de principio, sentencias de interpretación conforme [*adeguatrice*]) se explican por la exigencia de reducir el impacto de los pronunciamientos de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico.

¹²⁴⁵ Ver sobre esta cuestión Víctor FERRERES COMELLA, “Justicia Constitucional y Democracia”,

la ley que permita mantener su conformidad con la Constitución antes que declarar su inconstitucionalidad y “expulsarla” del ordenamiento jurídico¹²⁴⁶.

Puede decirse que, de algún modo, en algunas de estas sentencias, concretamente las dictadas en recursos de amparo, el Tribunal Constitucional también realiza una “imputación judicial”, de modo que atribuye al juez una falta de interpretación conforme, cuando en realidad el problema radicaba no en la interpretación judicial sino en la propia ley, que no había sido aún modificada para adaptarla a las exigencias derivadas del art. 24 de la Constitución. Para Francisco RUBIO LLORENTE¹²⁴⁷, junto a este “forzamiento al máximo” de la letra de los preceptos legales para hacer de ellos una interpretación conforme a la Constitución, de manera que la concesión de amparo no implique la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha tendido a sustituir el enjuiciamiento de la ley por el enjuiciamiento del juez, de manera que en ocasiones se ha imputado al juez la violación de un derecho fundamental por incumplir obligaciones, concretamente en materia procesal, que la ley ordinaria no le impone, supuestos éstos en los que el juez ha interpretado la ley de acuerdo con las pautas interpretativas que establece el art. 3.1 del Código Civil, por lo que quizás el problema estribaba más en la redacción de la ley que en la actuación del juez. Al hilo de esta reflexión, RUBIO LLORENTE pone de manifiesto la dificultad de compaginar la afirmación tantas veces realizada por el Tribunal Constitucional de que el derecho fundamental contenido en el art. 24 de la Constitución es un derecho fundamental de configuración legal con el hecho de que en ocasiones se impute al juez que se ha limitado a dar cumplimiento a la ley procesal (por ejemplo, al inadmitir un recurso de apelación contra una sentencia de desahucio por incumplirse el requisito exigido por la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de acreditar estar al día en el pago de las rentas o haberlas consignado judicialmente) la infracción de tal derecho fundamental, siendo así que el carácter de derecho fundamental de configuración legal debería llevar a la conclusión de que sólo infringiendo la ley procesal podría vulnerarse el derecho fundamental.

cit., págs. 36 y siguientes, 141 y siguientes y 215 y siguientes.

¹²⁴⁶ Esta preocupación no es exclusiva de nuestro Tribunal Constitucional. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional italiano, en las sentencias 356/1996, 65/1999, 174/1999, 200/1999 y 319/2000, afirma que “las leyes no se declaran inconstitucionales porque es posible darles una interpretación inconstitucional, sino porque no es posible darles una interpretación constitucional”. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano puede consultarse en <http://www.giurcost.org/index.php>.

¹²⁴⁷ “El recurso de amparo constitucional”, *cit.*, pág. 149-150 y 165.

El entonces presidente del Tribunal Constitucional, Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER¹²⁴⁸, afirmaba significativamente: “Con demasiada frecuencia el Tribunal Constitucional no ha cuestionado la constitucionalidad de normas que, como «derecho vivo», es decir, en su común y consolidada interpretación judicial, llevan a un resultado inconstitucional y por ello debería cuestionarse su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional debería cambiar de enfoque y centrarse en la crítica de la norma que ha permitido esa interpretación consolidada disconforme con la Constitución, más que en la crítica de esa interpretación consolidada, no estimando el recurso de amparo sin, al mismo tiempo, autoplantearse la cuestión de inconstitucionalidad de esa norma para declararla inconstitucional...”. En esta línea, Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁴⁹, afirma, en relación a la utilización de la analogía para evitar discriminaciones derivadas de normas legales que prevén un determinado derecho o tratamiento favorable para determinada categoría de destinatarios pero no para otros, que “esta afirmación de self-restraint por el Tribunal [Constitucional] debería conducir a situar el origen de la discriminación acaso constatable no en la resolución judicial que rehusó colmar la laguna de la norma, sino en la norma misma, con lo que la cuestión de la «laguna» pasaba a ser ya la de la «omisión» reglamentaria y la de la desigualdad en la aplicación de la ley a presentarse como cuestión de una posible desigualdad en la ley”. Debe recordarse que en la “guerra de las dos Cortes” que se originó en Italia entre la Corte Constitucional y la de Casación, la primera de ellas aceptó no dictar sentencias “interpretativas” en las cuestiones de inconstitucionalidad cuando la interpretación de la ley cuestionada reputada como inconstitucional fuera la universalmente aceptada o la jurisprudencia mayoritaria de la Corte de Casación, que había de ser considerada como el *Diritto vivente*¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ “Jurisdicción y justicia constitucional”, comunicación con la que clausuró el coloquio *La jurisdicción constitucional en España*, cit., pág. 234.

¹²⁴⁹ “La analogía «secundum constitutionem»”, cit., pág. 15.

¹²⁵⁰ Sentencia 133/1984. La *Corte Costituzionale* ha hablado también de “aproximación interpretativa prácticamente unánime de la jurisprudencia” o de “solución interpretativa generalmente aceptada” (Sentencia 110/1997), de “consolidada jurisprudencia de casación” (Sentencia 206/1997) o de “jurisprudencia dominante” (Sentencia 110/1995). La doctrina ha subrayado que no es suficiente una decisión, ni aun siendo de casación, para determinar el nacimiento del *Diritto vivente*, sino que es precisa una jurisprudencia constante también de los jueces de instancia, sin dejar de tener en cuenta, junto a este aspecto cuantitativo, el aspecto cualitativo y por tanto, esencialmente, de la jurisprudencia de casación. Por ello este *Diritto vivente* puede dejar de existir como consecuencia del pronunciamiento de decisiones de signo interpretativo distinto. Sobre esta cuestión, Silvio GAMBINO, “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana en la perspectiva

c. Pervivencia actual de tales técnicas

Pero actualmente ya no vale la explicación que justificó en un principio la procedencia de las técnicas de aplicación directa de los derechos fundamentales y de interpretación del ordenamiento conforme a la normativa constitucional de los derechos fundamentales. Ha transcurrido ya un periodo de tiempo considerable desde la entrada en vigor de la Constitución, y sin embargo se observa que la doctrina del Tribunal Constitucional no ha variado sustancialmente en esta materia, en concreto cuando resuelve recursos de amparo por vulneraciones producidas en relaciones entre particulares y, es más, cuando se examinan las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo puede observarse que sus argumentaciones sustanciales invocan directamente los preceptos de la Constitución reguladores de los derechos fundamentales, y en mucha menor medida normas legales de desarrollo de los mismos.

La explicación puede ser doble.

1.- En primer lugar, están los problemas antes apuntados¹²⁵¹ en relación al desarrollo legislativo de los derechos fundamentales en cuanto a su eficacia en las relaciones entre particulares, que, como se dijo, ni está completado ni resuelve, ni puede resolver, todo lo relativo a posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el seno de estas relaciones.

2.- La otra explicación a que la tesis de la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales por los tribunales persista en términos prácticamente inalterables desde la promulgación de la Constitución puede quizás enlazar con un fenómeno que excede del Derecho constitucional y que afecta de modo general a todos los campos del ordenamiento jurídico: la vocación (por llamarlo de algún modo) que tienen las normas de las que puedan inferirse derechos para los particulares a ser eficaces y poder ser aplicadas por los tribunales,

comparada”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución, cit.*, pág. 275 y Roberto ROMBOLI, “La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, mayo-agosto 1999, págs. 25 y siguientes.

¹²⁵¹ *Supra* epígrafe XI-A-d, “desarrollo legal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

pese a que las normas en cuestión sean fragmentarias o estén creadas como normas-principio, o normas-marco, destinadas a un posterior desarrollo legislativo que no se haya producido adecuadamente. Aunque algunos autores opinan que más que una “vocación” de estas normas a ser eficaces, lo que hay es una “vocación” de todo órgano judicial al activismo y a dar eficacia a normas genéricas o normas-marco que no deberían, en su opinión, ser eficaces sin una regulación legislativa que permita tal eficacia en los supuestos concretos.

Parece que una característica de la cultura jurídica actual es la falta de resignación del ciudadano a no poder disfrutar de un derecho porque la norma en la que inicialmente se establece el mismo carezca del desarrollo que, en principio, sería necesario para la plena efectividad de dicho derecho y para que, en consecuencia, el mismo pudiera ser tutelado judicialmente, y la existencia de una exigencia social generalizada a que se otorgue una eficacia directa y práctica a estos derechos pese a la falta de desarrollo legislativo concretizador.

Un ejemplo de lo que expongo es el de las Directivas comunitarias no transpuestas¹²⁵². Superando la tesis de que las normas de las Directivas no eran invocables por los particulares por cuanto que de las mismas sólo nacerían obligaciones para los Estados miembros en orden al desarrollo y transposición al Derecho nacional de las Directivas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado reiteradamente que los particulares podían invocar directamente los derechos que se deducen de una Directiva, en sí misma considerada, cuyo plazo de ejecución haya vencido, pues “sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189¹²⁵³ reconoce a la Directiva excluir en principio que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas”¹²⁵⁴.

¹²⁵² En la Constitución Europea, la tradicional “Directiva” se redenomina como “Ley marco europea” (art. I-33-1, que establece: “La ley marco europea es un acto legislativo que obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la competencia de elegir la forma y los medios”).

¹²⁵³ Posteriormente el precepto del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea pasó a ser el 249, y, como se ha expresado, en la Constitución europea se regula, con el nombre de ley marco europea, en el art. I-33-1.

¹²⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del caso *Van Duyn*, de 4 de

Así pues, de unas normas que, de acuerdo con los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, tienen como destinatarios a los Estados miembros, y que están destinadas a la aproximación y armonización de legislaciones, mediante el desarrollo por parte de los Estados del contenido de dichas Directivas dictando las correspondientes normas legales o reglamentarias, en un determinado plazo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha deducido en ciertos casos (normas precisas e incondicionadas y transcurso del plazo de transposición sin que la misma haya tenido lugar, o lo haya sido defectuosamente) la existencia de derechos subjetivos para los ciudadanos de los Estados miembros, directamente tutelables por los tribunales. Y aunque en principio tales derechos sólo podrían invocarse frente a los Estados, en las relaciones verticales, porque los destinatarios de las Directivas son exclusivamente los Estados, la progresiva expansión, “como una mancha de aceite”¹²⁵⁵, del concepto de Estado¹²⁵⁶, y técnicas como las del efecto reflejo frente a terceros derivado del efecto directo vertical¹²⁵⁷, el principio de interpretación conforme a la Directiva del Derecho interno¹²⁵⁸, o el efecto de exclusión de la norma

diciembre de 1974.

¹²⁵⁵ Araceli MANGAS MARTÍN, “Las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno de los Estados Miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, *cit.*, pág. 72.

¹²⁵⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de febrero de 1986, caso *Marshall*, en relación con los servicios de salud públicos ; de 22 de junio de 1989, caso *Costanzo*, en relación con las Administraciones locales ; de 12 de julio de 1990, caso *Foster*, en relación con empresas concesionarias de servicios públicos.

¹²⁵⁷ Se produce en aquellos supuestos en los que la Directiva es formalmente invocada frente a un Estado, pero de su aplicación se derivan necesariamente, aunque de forma indirecta, efectos para particulares. Así se ha producido en asuntos relacionados con las Directivas en materia de contratación pública, en que la invocación de la Directiva, en muchos casos, ha tenido como consecuencia un perjuicio no tanto para el Estado incumplidor cuanto para el particular al que se le podía privar de la adjudicación de un contrato público efectuada en virtud de la legislación nacional por no ser ésta conforme, en virtud del incumplimiento estatal de la obligación de transposición, con la Directiva correspondiente (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del caso *Gebroeders Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988). Otro ámbito en el que se están dando este tipo de situaciones es el de la contratación laboral cuando el empleador es el Estado. En supuestos, por ejemplo, de discriminación por razón de sexo en el acceso al trabajo, el efecto directo de la Directiva correspondiente puede obligar al Estado incumplidor de la obligación de transposición a revocar un contrato con un particular contrario a la Directiva y concluido de acuerdo con la legislación nacional incompatible. La admisión de la eficacia directa vertical en estos casos no sólo tiene consecuencias para el particular perjudicado, sino que introduce un trato discriminatorio de los justiciables, que, en un mismo supuesto, podrán obtener diferentes soluciones en atención al carácter público o privado del empleador, ya que en este último caso, siguiendo la doctrina *Marshall*, no podrá recurrirse a invocar la Directiva incompatible con la legislación nacional y no traspuesta (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de julio de 1990, caso *Foster*).

¹²⁵⁸ Entre otras, sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los casos *von Colson y Kamann*, de 10 de abril de 1984, asunto 14/83; *Gebroeders Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988,

nacional incompatible¹²⁵⁹, así como la creación de la institución de la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de la obligación de transposición de la Directiva¹²⁶⁰, han hecho que la eficacia de estos derechos derivados de Directivas no transpuestas sea mayor de lo que en principio pudiera entenderse como una eficacia limitada a relaciones de Derecho público, entre el ciudadano y el Estado.

Parece, por tanto, que cada vez se acepta menos que la declaración de derechos contenida en una norma sea meramente programática o que su exigencia sólo pueda realizarse a nivel institucional, que no pueda ser directamente aplicada en los litigios en los que se ven involucrados los ciudadanos por falta de desarrollo legislativo, y la exigencia ante los tribunales de la tutela de tales derechos es un fenómeno cada vez más palpable.

También en el caso de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, se observa que en los litigios en los que están en juego relaciones jurídico-privadas, pese a la falta de un desarrollo legislativo exhaustivo que concrete la eficacia de cada derecho fundamental en las distintas relaciones de Derecho privado, los particulares exigen la tutela de su derecho fundamental¹²⁶¹, sin que se acepte que la falta de desarrollo legislativo pueda privar de eficacia a los derechos fundamentales en la relación de Derecho privado.

asunto 31/87; *Johnston*, de 15 de mayo de 1986, asunto 222/84; *Kolpinghuis Nijmegen*, de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86; *Marleasing*, de 13 de noviembre de 1990, C-106/89; *Wagner Miret*, de 16.12.1993, asunto 334/92; *Faccini Dori*, de 14 de julio de 1994, C-91/92; *Luigi Spano* de 7 de diciembre de 1995, asunto C-472/93; *Rockfon*, de la misma fecha, asunto C-449/93; *El Corte Inglés c. Cristina Blázquez* de 7 de marzo de 1996, asunto C-192/94; *Luciano Arcaro*, sentencia de 26 de septiembre de 1996, asunto C-168/95.

¹²⁵⁹ Sentencia de 30 de abril de 1996, caso *CIA Security International*. La Directiva 83/189 establece, entre otras cosas, la obligación de información a la Comisión sobre la adopción de normativas nacionales en materia de homologación de sistemas y centrales de alarma. La empresa CIA Security International demandó a dos empresas por competencia desleal, acusándolas de haber difundido informaciones falsas en las que se afirmaba que sus sistemas de alarma no respetaban la legislación belga, y argumentó que la legislación belga no podía ser aplicada al no haber sido notificada a la Comisión como se exigía en la Directiva. Planteada la cuestión prejudicial por el órgano judicial belga, el TJCE concluyó la inaplicabilidad de la normativa nacional contraria a la Directiva: «la Directiva 83/189 debe interpretarse en el sentido de que el incumplimiento de la obligación de notificación da lugar a la inaplicabilidad de los reglamentos técnicos de que se trate, de modo que éstos no pueden ser invocados contra los particulares». Es decir, se admitió directamente la inaplicabilidad del Derecho nacional contrario a una Directiva en una relación entre particulares.

¹²⁶⁰ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, caso *Francovich y Bonifaci*.

¹²⁶¹ Ingo VON MÜNCH (“*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania”, *cit.*, pág. 33) afirma, refiriéndose a la situación en la República Federal Alemana, que “en un número increíblemente alto de procesos civiles, demandante, demandado o ambas partes invocan uno o más derechos fundamentales. En no pocas ocasiones, incluso en litigios sobre nimiedades, se recurre a la artillería pesada de los derechos fundamentales. En este sentido, puede hablarse de un uso inflacionista de tales derechos”.

F) LA FALTA DE DESARROLLO LEGISLATIVO DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Como se ha expuesto, parte de la doctrina se muestra contraria a la aplicabilidad directa de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución en las relaciones entre particulares y entiende que los jueces sólo pueden reconocer y tutelar la eficacia de dichos derechos en las relaciones jurídico-privadas cuando existe una ley que los desarrolla, que regula su ejercicio y que determina su nivel de eficacia en las distintas materias de Derecho privado.

También se ha expuesto cómo en este campo el desarrollo de los derechos fundamentales, especialmente de los que he llamado “transversales” (“inespecíficos” para la doctrina laboralista, cuando se trata de contraponerlos con aquellos específicos de la relación laboral, como los de sindicación o huelga) en cuanto que afectan a muy variadas materias y no solamente a un tipo de relación jurídico-privada, es con frecuencia fragmentario, limitándose en ocasiones el legislador a reiterar la vigencia del derecho fundamental en una determinada relación jurídica o en un determinado aspecto de esta relación jurídica, sin añadir ninguna precisión a la norma constitucional que lo establece, y en otras ocasiones tal desarrollo legal simplemente no existe.

Para Luis AGUIAR DE LUQUE¹²⁶² “tan inconstitucional es una actuación positiva del legislador vulneradora del orden constitucional, como la no actuación cuando constitucionalmente está prevista, o dicho en otros términos, tan alterada queda la plenitud del texto constitucional y tan negada la voluntad del constituyente con un actuar contrario a la Constitución como con un no actuar”. Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ¹²⁶³, tras recordar que la supremacía de la Constitución se manifiesta como plena indisponibilidad de la Constitución por el legislador ordinario, plantea que el legislador puede infringir la Constitución no sólo con sus actos, sino también con sus silencios.

¹²⁶² “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 25

¹²⁶³ “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 3.

En relación con la regulación constitucional de los derechos fundamentales, el obstáculo que para la eficacia de derechos establecidos en una Constitución normativa supone la existencia de “lagunas” en la regulación legal de tal eficacia en las relaciones jurídico-privadas es salvado por algunos autores recurriendo a la figura de la “inconstitucionalidad por omisión”. Jesús ALFARO AGUILA-REAL¹²⁶⁴, que, como se ha dicho, no admite que los jueces ordinarios puedan aplicar directamente las normas constitucionales sobre derechos fundamentales en las relaciones entre particulares si no hay un desarrollo legislativo, pues entiende que es únicamente al legislador a quien compete la protección de los derechos fundamentales en estas relaciones, afirma que “la vía correcta para reponer en su derecho al particular en caso de *infracciones de derechos fundamentales imputables al legislador* –dado que los particulares no pueden recurrir al Tribunal Constitucional directamente por medio del recurso de inconstitucionalidad- debería ser la *cuestión de inconstitucionalidad*. El juez debería remitirse al Tribunal Constitucional no sólo –como ya hace- en los casos en los que la regulación le parezca inconstitucional sino también en los casos en que, no siendo posible un desarrollo judicial del Derecho *conforme con la Constitución, la ausencia de protección (es decir, de regulación)* sea inconstitucional” (la cursiva está en el original).

La polémica sobre la inconstitucionalidad por omisión no es nueva, no se contrae a la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, ni afecta exclusivamente a nuestro ordenamiento jurídico. Sobre este último particular, en el ordenamiento jurídico portugués adquiere una especial importancia, pues su Constitución tiene como peculiaridad la existencia de un gran número de preceptos necesitados de desarrollo legislativo para su operatividad. Por ello, el art. 283 de la Constitución portuguesa prevé un recurso directo, para el que están legitimados el Presidente de la República, el Defensor del Pueblo (“Provedor de Justiça”, regulado en el art. 23 de la Constitución) y, en caso de violación de derechos de las regiones autónomas, los presidentes de las asambleas regionales, por el que el Tribunal Constitucional verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer exigibles las normas constitucionales. La sentencia estimatoria es meramente declarativa, dirigida a poner

¹²⁶⁴ “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 77.

en conocimiento del órgano legislativo competente la inconstitucionalidad de su incumplimiento de su deber de legislar, por lo que está en la práctica desprovista de efecto vinculante¹²⁶⁵.

En nuestro país, la doctrina suele distinguir entre omisión total o absoluta y omisión parcial o relativa. Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ¹²⁶⁶ entiende que la primera constituye el silencio del legislador, y la segunda el silencio de la ley, y que tales silencios sólo constituirán una omisión inconstitucional cuando supongan una infracción constitucional por dar lugar a una “norma implícita” contraria a la Constitución. En el silencio de la ley habría un intento del legislador por hacer efectivo el permiso o cumplir con el mandato constitucional, pero sería incompleto o defectuoso.

Para la doctrina mayoritaria, omisión relativa sería la que se produce cuando el legislador, al desarrollar un precepto constitucional, lo hace parcialmente, disciplinando tan sólo algunas relaciones y no otras sustancialmente análogas, o bien cuando injustificadamente delimita el ámbito de aplicación de la regulación contenida en la ley en atención al sexo, raza, opinión, religión, etc, por lo que puede lesionarse el principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado.

Estas omisiones relativas son en realidad desarrollos inadecuados de la Constitución por cuanto que, al menos en el segundo de los supuestos expuesto, pueden violar las exigencias del art. 14 de la Constitución. Son supuestos en los que el Tribunal Constitucional suele dictar, caso de estimar que efectivamente se ha infringido el art. 14 de la Constitución, sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial de una norma en relación con la vulneración del principio de igualdad: inconstitucionalidad “en cuanto” no prevé, “en cuanto” no incluye, etc. (en Italia, sentencias de inconstitucionalidad *in quanto*, en

¹²⁶⁵ Antes de la reforma constitucional de 1982 la competencia estaba atribuida al Consejo de la Revolución en el art. 279, que establecía: “ De la inconstitucionalidad por omisión. Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable”. Dicha “recomendación” del Consejo de la Revolución se hacía previo dictamen de la Comisión Constitucional (antiguo art. 284.b).

¹²⁶⁶ “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, págs. 4, 49 y siguientes.

Alemania, *soweit-satz*). Como recuerdan M^a Ángeles AHUMADA RUIZ¹²⁶⁷ y Luis AGUIAR DE LUQUE¹²⁶⁸, la solución que a estos supuestos da el Tribunal Constitucional suele ser problemática, sobre todo cuando soluciona la inconstitucionalidad interpretando extensivamente la norma, incluyendo en el ámbito de aplicación de la norma a los supuestos inicialmente omitidos en la misma o recurriendo a la analogía, dado que el principio de igualdad no impone el tratamiento igual, sino que la diversidad de tratamientos esté justificada, sea razonable, y porque uno de los límites en el recurso a la analogía es que no es posible interpretar extensivamente lo que se regula como excepción. Esta solución, propia de las denominadas sentencias “manipulativas” o “aditivas”¹²⁶⁹, corre el riesgo de afectar a la división de funciones entre el Tribunal Constitucional y el legislador, que tradicionalmente ha respondido a la contraposición entre legislador negativo y positivo¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *cit.*, pág. 186 y siguientes.

¹²⁶⁸ “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 29 y siguientes..

¹²⁶⁹ En contra, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 204, nota al pie núm. 35, quien considera que estas sentencias no deben confundirse con las sentencias “manipulativas” en sentido estricto, pues no se trata de anular ciertas palabras o frases del enunciado legal, ni de sustituir la norma deducible del enunciado por una nueva creada por analogía, sino que el efecto sustitutivo se produce por la eliminación de la norma implícita (la derivada del silencio de la ley) contraria a la Constitución y su sustitución por una nueva norma implícita que crea una situación jurídica cuando menos no contraria a la Constitución.

¹²⁷⁰ En este riesgo incidía el voto particular del magistrado Jerónimo AROZAMENA SIERRA a la STC 103/11983, de 22 de noviembre, y el de los magistrados Francisco RUBIO LLORENTE y Luis DíEZ-PICAZO en STC 116/1987, de 7 de julio, que declaraba:

“Como se ha recordado en multitud de ocasiones, al enjuiciar la constitucionalidad de las Leyes, el Tribunal actúa adoptando el papel de lo que se ha llamado un «legislador negativo», esto es, decretando la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por su contradicción con la Constitución. Y esta es la única función que en rigor puede serle requerida. En el caso concreto, era claro que el Tribunal que propuso la cuestión no podía buscar ni la nulidad de la norma, ni el mantenimiento de su vigencia, puesto que con ninguna de las dos soluciones se podía atender a la pretensión que ante él estaba planteada.

El Tribunal proponente de la cuestión trató de que el Tribunal Constitucional creara una norma nueva convirtiéndose en «legislador positivo». Y esto es, finalmente, lo que el Tribunal ha hecho. Es verdad que en algunos casos relacionados con el derecho a la igualdad del art. 14 CE y con problemas de discriminación el Tribunal ha realizado lo que los italianos llaman una «sentencia manipulativa», mediante la nulidad parcial de la disposición, anulando de ella un inciso o una palabra, pero esto se ha hecho utilizando precisamente esa técnica y con referencia, además, a las discriminaciones típicas del art. 14. En el caso presente, la técnica sólo aparentemente se quiere repetir. En el ap. 1º del fallo se declara parcialmente nulo un artículo de la Ley porque ha excluido de su ámbito de aplicación a una categoría de sujetos. De suerte que no hay en rigor nulidad de ningún inciso o de ninguna parte de la disposición legal. Lo que se produce es un reajuste dentro del texto legal, que, a nuestro juicio, el proceso de inconstitucionalidad no permite.

Por lo que se refiere al segundo tipo de cuestiones, entendemos que las

En este sentido, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ¹²⁷¹, afirma que el juez, a falta de ley de desarrollo de un precepto constitucional, puede aplicar directamente la Constitución pero no puede declarar aplicable analógicamente, con carácter general, otra regulación legal, pues suplantaría al legislador en su labor de “cerrar” la “apertura” de la Constitución, con lo que se afectaría incluso al equilibrio entre los poderes¹²⁷². Ha de recordarse que, en materia de derechos fundamentales, la previsión de la segunda parte el art. 53.1 de la Constitución supone que la regulación general del ejercicio de los derechos fundamentales sólo puede hacerse por ley (que en el caso de que se trate de un desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I habrá de ser ley orgánica, conforme al art. 81 de la Constitución), es decir, corresponde al poder legislativo, no al Tribunal Constitucional o a los jueces ordinarios.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha hecho uso en ocasiones de la analogía *secundum constitutionem* para solucionar omisiones legislativas, como ocurrió en la STC 36/1982, de 16 de junio, en cuyo f.º 4º, ante la falta de un desarrollo postconstitucional del derecho de reunión que estableciera los plazos y el procedimiento de la “comunicación previa a autoridad” exigida por el art. 21.2 de la Constitución, el Tribunal Constitucional llenó el vacío legislativo aplicando los requisitos formales de la Ley preconstitucional 17/1976, de 29 de mayo, reguladora del derecho de reunión, sustituyendo la exigencia de “solicitud de autorización” por la de “comunicación previa”. En alguna ocasión, incluso, el Tribunal Constitucional ha rechazado una cuestión de inconstitucionalidad por entender que la duda sobre la constitucionalidad de la norma que preveía una determinada solución para un supuesto pero no para otro semejante se refería a una laguna legal que el órgano judicial podía y debía haber colmado mediante la analogía (STC 83/1983, de 21 de octubre, f.º 2º), y en otras ocasiones ha dictado sentencias interpretativas en las que ha realizado una extensión

diferenciaciones entre categorías de personas que el texto legal toma en consideración no carecían de fundamento razonable, de suerte que el legislador era libre de establecer, respecto de cada una de ellas, regímenes jurídicos diferenciados. No se trata de juzgar -una vez más hay que repetirlo- la bondad o la justicia intrínseca de la norma, cosa que la propia sentencia puntualiza al excluir la alegación relativa al art. 1.1 C.E...”

¹²⁷¹ “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 159.

¹²⁷² Ver *supra* epígrafe X-A, “los riesgos para el equilibrio entre el legislador, el tribunal constitucional y el juez ordinario”.

analogía de la solución prevista por la ley a supuestos no contemplados en la misma (STC 74/1987, de 25 mayo, en la que extiende el derecho al intérprete que el 520.2.e] de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce al extranjero que no comprenda o no hable el castellano al español que se encuentre en el mismo supuesto).

Con ello surge la duda, expuesta por Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁷³ de si puede el juez ordinario extender analógicamente normas de leyes postconstitucionales, y excluyentes *ex silentio*, con fundamento en que así lo impone el principio de igualdad, o debe, más bien, plantear, en tales casos, cuestión de inconstitucionalidad sobre la “omisión” legislativa. La analogía, que junto al recurso a los principios generales es el instrumento que mejor expresa la colaboración creadora del juez con la ley en el proceso de realización del Derecho no debe suponer una alteración de las reglas, constitucionales y legales, que disciplinan el control de las normas, ni una conversión del juez ordinario en *dominus* de la ley, so pretexto de la Constitución

Porque, como indica este autor, la lógica de la analogía es la de la igualdad, y por ello mismo su empleo o rechazo en el proceso de aplicación judicial del Derecho ha de resultar relevante a efectos constitucionales. Mas una utilización inadecuada de este instrumento puede convertir al juez ordinario en señor del Derecho, y no en operador sometido al imperio de la ley, y puede, como se ha dicho, hacer peligrar el difícil equilibrio existente en este campo entre los poderes del Estado democrático y poner en cuestión el papel del Tribunal Constitucional como único legitimado para expulsar del ordenamiento jurídico las leyes contrarias a la Constitución.

Pero para la cuestión que se está tratando en este trabajo, la omisión relativa no plantea especiales problemas, por cuanto que si el juez ordinario considera que la ley que regula el ejercicio de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada lo hace violando el principio de igualdad o el derecho fundamental a no ser discriminado del art. 14 de la Constitución y entiende que no procede realizar una “interpretación conforme” mediante las técnicas del art. 3.1 del Código Civil o una analogía *secundum constitutionem* por inmiscuirse en las funciones del Tribunal Constitucional, podrá plantear la cuestión de

¹²⁷³ “Analogía «secundum constitutionem»”, *cit.*, pág. 22.

inconstitucionalidad respecto de dicha ley. Lo que plantea problemas en cuanto a la posibilidad de aplicación directa de los derechos fundamentales regulados por la Constitución a las relaciones entre particulares es la omisión legislativa total, la falta de regulación legal del ejercicio de un derecho fundamental o la falta de regulación de la eficacia de ese derecho fundamental en determinadas relaciones jurídico-privadas o en algunos aspectos de las mismas. ¿Supone esta “laguna” legal un caso de inconstitucionalidad por omisión?

De entrada, la categoría dogmática de “inconstitucionalidad por omisión” es sumamente problemática. Javier PÉREZ ROYO¹²⁷⁴ afirma que “la inconstitucionalidad por omisión no existe. Cuando hablamos de inconstitucionalidad por omisión estamos hablando en un sentido figurado y no haciendo referencia a un fenómeno real del universo jurídico en que nos movemos”. M^a Ángeles AHUMADA RUIZ¹²⁷⁵ es también de la opinión de que la “inconstitucionalidad por omisión”, como tal, no está prevista ni en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ni en la Constitución. Según esta autora, se opone al reconocimiento de un control constitucional de la omisión legislativa la dicción literal de los arts. 161.1.a y 163 de la Constitución, que establecen como objeto del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad “leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley”, “una norma con rango de ley”, y que el Tribunal Constitucional considera como objeto del juicio de constitucionalidad el “texto” entendido como soporte material del precepto¹²⁷⁶, y si estamos

¹²⁷⁴ Voz “inconstitucionalidad por omisión”, Diccionario Jurídico Básico, Editorial Civitas, *cit.*, pág. 3501.

¹²⁷⁵ “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *cit.*, pág. 175 y siguientes.

¹²⁷⁶ Declara la STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 4º:

“Si se admite la distinción entre norma como mandato y texto legal como signo sensible mediante el cual el mandato se manifiesta o el medio de comunicación que se utiliza para darlo a conocer, la conclusión a la que hay que llegar es que el objeto del proceso constitucional es básicamente el último y no el primero.

Lo anterior no significa que el Tribunal tenga que renunciar a poder establecer lo que se ha llamado acertadamente una sentencia interpretativa, a través de la cual se declare que un determinado texto no es inconstitucional si se entiende de una determinada manera. Se observará que esta labor interpretativa tiene por objeto el establecimiento del sentido y significación del texto, pero no, en cambio, lo que podría entenderse como interpretación en un sentido más amplio, que sería la deducción o reconstrucción del mandato normativo, mediante la puesta en conexión de textos. Puede el Tribunal establecer un significado de un texto y decidir que es el conforme con la Constitución. No puede, en cambio, tratar de reconstruir una norma que no esté debidamente explícita en un texto, para concluir que esta es la norma constitucional”.

ante una omisión, estamos ante un “vacío” de regulación, ante una “ausencia de texto”. Además, el rango de ley se atribuye a una norma que ha tenido un determinado modo de producción, una determinada forma, por lo que si no hay ese “modo de producción”, esa “forma”, no puede hablarse de un determinado rango normativo, ni aún cuando ese silencio recaiga sobre una materia reservada a la ley. Junto a este argumento “procesal” existiría un argumento “sustantivo”, que negaría la posibilidad de que el juez constitucional, y mucho menos el juez ordinario, controlara la posible inconstitucionalidad de las omisiones legislativas, porque el juez ni puede obligar al legislador a legislar (no existen en el Derecho español medidas como las *Legislative Injunctions* norteamericanas o los *Mandados de Injunção* brasileños¹²⁷⁷), ni puede enjuiciar la constitucionalidad de sus silencios, puesto que estaría realizando un juicio de oportunidad política, con riesgo de una excesiva politización para el órgano jurisdiccional que realizara tal enjuiciamiento.

Por el contrario, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ¹²⁷⁸ cree que el silencio del legislador o de la ley puede generar en ciertos casos lo que este autor denomina una “norma implícita” cuya constitucionalidad puede ser enjuiciada por el juez ordinario (e indirectamente por el Tribunal Constitucional a través de los recursos de amparo interpuestos contra las resoluciones de los jueces ordinarios, o bien directamente cuando se impugne una ley por sus omisiones relativas), pero no en abstracto, puesto que ello constituiría efectivamente un juicio político sobre las intenciones de la “quiescencia” del legislador, sino en cuanto a sus consecuencias concretas, por lo que el objeto del control jurídico de un silencio legislativo no sería éste, sino su consecuencia, la norma implícita que cabe derivar de ese silencio, sea del legislador o de la ley. Según la tesis de este autor, el fallo que dictaría el juez ordinario no tendría por objeto establecer el Derecho aplicable enjuiciando su validez (lo que a lo sumo constará en los fundamentos de la resolución judicial), sino resolver todos los puntos litigiosos que hayan sido alegados y debatidos por las partes en el proceso, por lo que el mencionado fallo no consistiría en la declaración de una inconstitucionalidad por omisión, sino en la estimación o desestimación de las pretensiones de las partes, restableciendo una situación jurídica no contraria a la

¹²⁷⁷ Analizados por José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, pág. 222 y siguientes.

¹²⁷⁸ “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, principalmente págs. 120, 121, 160 y 161.

Constitución. Para poder hacer tal cosa, el juez ordinario debería decidir el Derecho aplicable y es ahí donde tendría que controlar los silencios del legislador (o, en ciertos casos, de la ley), y decidir si de ellos se deriva o no una norma implícita que regula la situación jurídica litigiosa y, de existir, si es contraria o no a la Constitución, de lo que dependería su aplicabilidad. Al actuar así, el juez ordinario no estaría sustituyendo la voluntad legislativa por la suya, sino que estaría dando cumplimiento al mandato constitucional, restableciendo una situación jurídica no contraria a la Constitución haciendo uso de los instrumentos que el propio ordenamiento le ofrece. No se trataría, pues, de un control social o político, sino de un control jurídico, dado que la naturaleza del control depende del modo de su realización, no sólo de su objeto. Pero, concluye este autor, no siempre el silencio legislativo tiene relevancia jurídica, porque cuando la norma constitucional está dotada de eficacia directa no hay omisiones inconstitucionales.

Examinando la jurisprudencia constitucional, podría concluirse que el Tribunal Constitucional, en la STC 24/1982, de 13 de mayo, parece admitir la existencia de supuestos de inconstitucionalidad por omisión cuando declara, en su f.º 3º, que “...la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace”. Pero, según entiende Javier PÉREZ ROYO¹²⁷⁹, dicha declaración sólo significa, como ha sido concretado por el Tribunal Constitucional en posteriores sentencias (SSTC, 98/1985, de 29 de julio, f.º 3º y 45/1989, de 20 de febrero, f.º 11º) una admisión de la inconstitucionalidad por omisión cuando hay una actividad “incompleta”, una actividad “omisiva” por parte del legislador, es decir, cuando el legislador por mandato constitucional tendría que extender el alcance de una determinada ley a determinadas materias y no lo hace, o cuando al omitir la regulación de determinadas materias produce la vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, la citada STC 98/1985 declara que

“no resulta posible deducir la inconstitucionalidad de una norma por no regular una determinada materia, salvo, como se ha dicho, que existiese un mandato constitucional expreso, dirigido además a tal norma y no a otra diferente”.

¹²⁷⁹ Voz “inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág.3502.

En relación a las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional acogió desde un primer momento la tesis de que toda la Constitución obliga y es efectiva desde el momento de su publicación, procediendo incluso a interpretaciones que, derivadas de los principios constitucionales, permitieran en ausencia de desarrollo legislativo una aplicación *per saltum* de la Constitución. Y esta aplicación se hizo bien directamente, cuando la ausencia de cualquier normativa preconstitucional hiciera imposible utilizarla a modo de desarrollo impropio del derecho fundamental, como sucedió en la STC 15/1982, de 23 de abril, sobre la objeción de conciencia, que aplicó directamente lo que entendió como “contenido mínimo” del derecho de objeción de conciencia al servicio militar recogido en el art. 30.2 de la Constitución ante la falta de desarrollo legislativo de tal precepto, o bien a través de la técnica de “interpretación conforme” de la normativa preconstitucional o de la analogía *secundum constitutionem*, como sucedió con la STC 36/1982, de 16 de junio, antes citada, relativa al derecho de reunión.

En todo caso, las únicas dudas que podrían plantearse en cuanto a la posible existencia de una inconstitucionalidad por omisión en materia de derechos fundamentales serían en relación a aquellos supuestos en que para el ejercicio del derecho fundamental se hace necesario la regulación de un procedimiento o una autorización administrativa, porque en ese caso la falta de desarrollo legislativo equivaldría en la práctica a la prohibición de ejercicio de ese derecho. Tal es el caso de la STC 31/1994, de 31 de enero, que resuelve un recurso de amparo contra una orden de clausura de emisoras locales de televisión por cable, en la que el Tribunal Constitucional declara inconstitucional la falta de desarrollo legal en esta materia. Se trata, como ya se ha comentado, de un supuesto de omisión parcial o relativa, por cuanto que existía una ley de desarrollo del derecho fundamental, concretamente los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 a) y d), en el campo de la televisión privada, pero no regulaba determinados supuestos de ejercicio del derecho fundamental, como eran los relativos a la televisión local por cable. Declara al respecto el f.j 6º de esta sentencia:

“Es de resaltar, a los efectos de los presentes recursos de amparo, que el legislador, al contemplar la gestión por los particulares del servicio de

televisión, sólo ha regulado expresamente hasta el momento la emisión de cobertura nacional por medio de ondas hertzianas, no habiendo desarrollado la modalidad de televisión por cable, y, más concretamente, la de alcance local. En efecto, la Ley 10/1988 sobre Televisión Privada, a la luz de su contenido legal, únicamente puede entenderse como Ley de esa modalidad de televisión privada de ámbito nacional y no de la de todas las posibles formas de gestión indirecta de la misma, pues no contempla una regulación global de la gestión por los particulares de la televisión como servicio de difusión, ni siquiera de todas las modalidades técnicamente posibles de televisión privada, con distinto alcance y mediante diversos soportes tecnológicos; y es tan sólo una ordenación parcial del acceso a un medio o soporte tecnológico, entre todos los posibles, de la actividad televisiva”.

El Tribunal Constitucional entendió que esta omisión de desarrollo legislativo suponía, por la naturaleza de las relaciones jurídicas a que da lugar el ejercicio del derecho fundamental, un impedimento para el ejercicio del derecho fundamental, y así lo declaró en ese mismo f.º 6º:

“Por lo que hace a la televisión local por cable, la omisión del legislador en su desarrollo, plasmada en la ausencia de regulación legal del régimen concesional de esa modalidad de televisión, viene de hecho a impedir no ya la posibilidad de obtener la correspondiente concesión o autorización administrativa para su gestión indirecta, sino siquiera la de instar su solicitud, lo que comporta, dentro del contexto de la normativa aplicable, la prohibición pura y simple de la gestión por los particulares de la actividad de difusión televisiva de alcance local y transmitida mediante cable”.

Pero incluso en este caso en que, a efectos discursivos, argumentó la ilegitimidad, desde el punto de vista constitucional, de una omisión legislativa que impedía, al no preverla, una determinada manifestación del ejercicio de un derecho fundamental, el Tribunal Constitucional dio amparo al derecho fundamental en base a la aplicación directa del texto constitucional, anulando el acto administrativo que acordaba el cese de las

emisiones televisivas. En modo alguno se “autoplanteó” una cuestión de inconstitucionalidad omisiva en base al art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹²⁸⁰.

En esta línea, la posterior STC 88/1995, de 6 de junio, que resuelve un supuesto similar al de la 31/1994, declara de modo significativo en su f.º 7º, en relación a la aplicación directa por los tribunales de un “contenido mínimo” del derecho fundamental respecto de cuyo desarrollo legislativo el legislador se haya mostrado pasivo:

“Por medio de la STC 31/94, y las que le han seguido, este Tribunal, obviando la pasividad del legislador, ha venido a posibilitar un contenido mínimo, en el sentido de la STC 15/82, de las libertades de expresión y comunicación, incorporando un derecho a la televisión como instrumento (derecho de creación de medios) en el específico ámbito de las colectividades locales, reconociendo directamente, ex Constitutione, y como remedio de urgencia, el derecho a operar en este ámbito por el concreto medio del cable, teniendo en cuenta la «escasa complejidad técnica» de su regulación y la especificidad de un soporte, se añade, que no supone el agotamiento de un medio escaso”.

En los casos examinados, la eficacia de los derechos fundamentales afecta a relaciones jurídico-públicas, entre el particular y el poder público. En el caso de relaciones entre particulares, es más difícil que concurra un supuesto de ejercicio de un derecho fundamental que requiera un procedimiento, no digamos ya una autorización administrativa, que permita su ejercicio, aunque en algunos casos sí que puede ser por lo menos adecuado una cierta reglamentación en el modo de ejercicio del derecho (por ejemplo, en el derecho de huelga, plazos, modos de comunicación, etc., o en el derecho de autodeterminación informativa, plazos, modos y vías de exigir a los responsables de ficheros automatizados de

¹²⁸⁰ Fernando SANTAOLALLA (“Televisión por cable y control de omisiones del legislador [En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero]. Epílogo sobre la televisión privada [STC 127/1994]”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, pág. 177) critica esta sentencia por entender que el Tribunal Constitucional, al controlar las omisiones del legislador, amplía su función constitucional y se convierte en un legislador positivo.

datos personales de titularidad privada información sobre los datos personales incluidos en los mismos, requisitos que tales ficheros han de reunir, condiciones y plazos de ejercicio del derecho de acceso, rectificación o cancelación de datos, etc).

En todo caso, si, como se ha expuesto, la omisión legislativa propiamente dicha (falta de desarrollo legal del ejercicio de un derecho fundamental, o de un determinado aspecto del mismo, en una determinada relación jurídica) no permite al juez el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pues falta justamente la “norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, [que] pueda ser contraria a la Constitución”¹²⁸¹ (art. 163 de la Constitución), no siendo tampoco posible abstenerse de resolver en base a la falta de norma aplicable (prohibición de *non liquet* que resulta del art. 1.7 del Código Civil y 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en el caso en que se esté discutiendo la eficacia de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada y exista una “omisión del legislador”, el juez ordinario ha de tutelar el derecho fundamental recurriendo directamente al texto de la Constitución, aplicándolo directamente, protegiendo siquiera el “mínimo contenido” de ese derecho fundamental derivado directamente de la Constitución, puesto que “la dilación en el cumplimiento del deber [de regulación por ley del ejercicio del derecho fundamental] que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella” (STC 15/1982, de 23 de abril, fj. 8º).

En un sistema en el que los derechos fundamentales se conciben como preexistentes y vinculantes para el legislador, no hay especiales problemas cuando hay un desarrollo legislativo de los mismos que permite que las cuestiones relativas a su eficacia en las relaciones entre particulares sean resueltas aplicando la ley: si la legislación de desarrollo no respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales, si las limitaciones que tal legislación impone al ejercicio de los derechos fundamentales no son proporcionadas, la

¹²⁸¹ En este sentido se pronuncia también José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 223 y siguientes. Por su parte, Luis AGUIAR DE LUQUE, “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la constitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 26, entiende que puede plantearse por el juez la cuestión de inconstitucionalidad siempre que exista una norma anterior, con rango de ley, de cuya validez dependa el fallo, que, a falta de desarrollo del legislador postconstitucional, posibilite el planteamiento de la cuestión. Pero en ese caso, opino que la cuestión de inconstitucionalidad no se plantea respecto de la omisión legislativa propiamente dicha, sino respecto de la ley preconstitucional, si se entiende que su regulación es contraria a las exigencias materiales de la Constitución y el juez prefiere no aplicar directamente la disposición derogatoria de la Constitución.

posible inconstitucionalidad de la ley es controlable por el Tribunal Constitucional a través del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad.

El problema surge cuando no hay desarrollo legislativo, o cuando el desarrollo legislativo no es exhaustivo, no contempla la totalidad de cuestiones en las que está en juego el derecho fundamental en las relaciones entre particulares. Existe el peligro de que, de aceptarse la tesis de que los derechos fundamentales sólo son eficaces en las relaciones entre particulares en la medida en que la legislación de desarrollo lo prevea y regule, se produzca un retroceso a estadios de nuestra tradición constitucional ya superados, situaciones en las que, en el campo de las relaciones jurídico-privadas, “la parte material de la Constitución contendría sólo principios «programáticos», indicaciones que sólo en cuanto el legislador recogiera llegarían a encarnarse en normas jurídicas verdaderas, las leyes de desarrollo de tales principios, únicas normas aplicables por los Tribunales y vinculantes para los poderes públicos y para los ciudadanos”¹²⁸². En las relaciones entre particulares, los derechos fundamentales serían meros “giros en el vacío” a los que sólo el legislador daría contenido.

No parece que tal situación sea compatible con la concepción de la Constitución como una Constitución normativa que ha adoptado el Tribunal Constitucional desde su inicio y con la concepción de los derechos fundamentales como preexistentes a la legislación. El derecho fundamental existe sin necesidad de que el legislador regule su ejercicio, por lo que ejercitar la competencia que le atribuye el art. 53.1 de la Constitución, al prever la reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, es en principio una decisión libre del legislador, que no afecta a la existencia y exigibilidad del derecho fundamental¹²⁸³. La única solución, descartada la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad por omisión del desarrollo legislativo, es la aplicación directa de la Constitución por el juez ordinario, y por el juez constitucional cuando hay recurso de amparo, delimitando correctamente cuál es el ámbito protegido por el derecho fundamental y qué facultades y garantías quedan “extra muros” del derecho fundamental reconocido en la Constitución, aplicando un “contenido mínimo” del derecho fundamental

¹²⁸² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, *cit.*, pág. 39

¹²⁸³ En este sentido, Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, “La inconstitucionalidad por omisión”, *cit.*, pág. 36.

no desarrollado en la relación jurídico-privada, y utilizando el principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de litigios sobre derechos fundamentales, que en relaciones jurídico-privadas suelen versar sobre situaciones de conflicto, en los que los derechos fundamentales y bienes jurídicos enfrentados han de verse recíprocamente limitados. En estos supuestos de omisiones legislativas en la regulación del ejercicio de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, si los jueces ordinarios no aplicaran directamente la regulación constitucional aduciendo la falta de ley, quien habría violado el derecho fundamental no sería el legislador como causante de la omisión legislativa, sino los jueces ordinarios por no aplicar una norma constitucional dotada de eficacia directa.

G) LA RESISTENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INACCIÓN DEL LEGISLADOR. EL “CONTENIDO ESENCIAL” DEL DERECHO FUNDAMENTAL, ¿“CONTENIDO MÍNIMO” APLICABLE POR EL JUEZ ORDINARIO?

Como se ha comentado a lo largo de este trabajo, una de las características de los derechos fundamentales en nuestra Constitución es la de ser derechos resistentes al legislador¹²⁸⁴, esto es, derechos preexistentes a la acción del legislador, que en su actividad legislativa ha de respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1 de la Constitución).

La “resistencia” de los derechos fundamentales, como característica básica de su “fundamentalidad”, ha sido reconocida por la doctrina normalmente en relación a la “acción” del legislador. El “contenido esencial” mencionado en el art. 53.1 de la Constitución ha sido entendido como una institución cuya virtualidad afecta a la actividad del legislador. Es considerado como uno de los “límites de los límites” de los derechos fundamentales¹²⁸⁵: la

¹²⁸⁴ En la doctrina se repite esta idea de los derechos fundamentales como derechos frente al legislador. Francisco RUBIO LLORENTE, “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *cit.*, pág. 6, afirma que el criterio formal distintivo de los derechos fundamentales es el de ser “derechos frente al legislador”, indisponibles para éste. También Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 26 y 81, opina que lo propio y definitorio de derecho fundamental es “su resistencia frente al legislador”.

¹²⁸⁵ Sobre los “límites de los límites” de los derechos fundamentales, Luis AGUIAR DE LUQUE, “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril 1993, págs. 25 y siguientes.

acción del legislador, en cuanto pueda ser limitadora de los derechos fundamentales, tiene a su vez como límite el respeto al contenido esencial de los mismos. Ignacio DE OTTO Y PARDO¹²⁸⁶ hace referencia a este extremo, afirmando que “dado que la regulación del ejercicio se concibe como actividad que engloba también la limitación, la garantía del contenido esencial que se formula para aquella se entiende también establecida como límite para la actividad limitadora de los derechos, como «límite de los límites»”.

La influencia alemana en este punto es indudable. El art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, tras prever el art. 19.1 que una ley pueda limitar un derecho fundamental y las condiciones en que ha de realizarse tal limitación (que la misma esté prevista en la propia Ley Fundamental de Bonn, que la ley tenga carácter general y haga mención del derecho fundamental limitado y el artículo de la Ley Fundamental que lo establece) dispone que “en ningún caso podrá verse afectado el contenido esencial de un derecho fundamental”. Y también en la doctrina alemana se ha concebido este “contenido esencial” como “límite de los límites” (*Schranken-Schranken*)¹²⁸⁷.

Sigue afirmando Ignacio DE OTTO Y PARDO¹²⁸⁸ que la teoría de los límites de los derechos fundamentales tiene que completarse con la de los límites de los límites, porque de no ser así los derechos y libertades no tendrían una mínima resistencia frente a los demás bienes constitucionalmente protegidos y el orden constitucional se vencería en definitiva hacia estos últimos en deterioro de aquéllos. El principio de unidad de la Constitución en que se basa toda limitación de los derechos fundamentales avala esta afirmación, porque es preciso concordar todas las normas constitucionales. Ningún derecho puede sacrificarse enteramente a los demás derechos o bienes y las limitaciones que éstos fundamenten están a su vez limitadas por la necesidad de respetar el derecho constitucionalmente reconocido.

¹²⁸⁶ “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 125.

¹²⁸⁷ Esta institución ha sido recogida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, dentro del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, al establecerse en el art. II-112-1: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades” (ver *supra* epígrafe V-E, “el espacio supranacional europeo”).

¹²⁸⁸ “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el

Enlazando con esta idea, para Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁸⁹ los derechos fundamentales se caracterizan por su resistencia frente a una intervención legislativa llevada a cabo en exclusiva según consideraciones de utilidad social o interés general. Estas consideraciones acompañan a toda la legislación y condicionan en plenitud la existencia de los principios rectores del Capítulo III del Título I, pero no son oponibles sin límite por el legislador a la hora de ordenar los derechos que, como ocurre con los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I de la Constitución, cuentan con su propio “contenido esencial”, derechos que preexisten a la legislación. Esto los configura como derechos “contramayoritarios”, en expresión de la doctrina norteamericana¹²⁹⁰. En palabras de Hartmut JÄCKEL, la protección del contenido esencial significa que no existe ningún interés en la comunidad capaz de justificar la derogación de un derecho fundamental¹²⁹¹.

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en este sentido, por ejemplo, al declarar que la interdicción rotunda de censura previa de art. 20.2 de la Constitución excluye cualquier relativización de tal prohibición mediante apelación a “cualesquiera clase de intereses, incluidos los de carácter más general o comunitario” (STC 52/1983, de 17 de junio, f.º 5º) o al descartar que el alegato de que la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 debe ceder ante las exigencias de un fin social de rango superior, por ser inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (STC 22/1984, de 17 de febrero, f.º 3º).

art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 126.

¹²⁸⁹ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 26 y siguientes.

¹²⁹⁰ Algún otro autor considera que lo que es contramayoritario es que un órgano jurisdiccional pueda controlar la constitucionalidad de las leyes. En palabras de Alexander BICKEL, citado por Víctor FERRERES COMELLA (“Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 41, nota al pie 21), la *judicial review*, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes es una fuerza contramayoritaria. “Cuando el Tribunal Supremo [de los Estados Unidos] declara inconstitucional una ley o una acción del Ejecutivo electo, tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en contra”.

¹²⁹¹ “Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung, Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG”, pág. 112 y 114, citado por Rafael NARANJO DE LA CRUZ en “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 151. Esta idea del contenido esencial está íntimamente unida a la de la dignidad de la persona que sirve de fundamento al orden político y a la paz social en la Constitución (art. 10.1), de modo que se estaría afectando al contenido esencial de un derecho fundamental cuando el individuo es tratado como si no fuera persona, cuando es degradado a objeto, a simple medio, a magnitud fungible (Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *op. cit.*, pág. 144-145).

La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre una teoría “relativa” y otra “absoluta” para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales¹²⁹². De acuerdo con la teoría relativa, el contenido esencial carece en realidad de toda autonomía conceptual y se identifica con la necesidad misma de justificación del límite por el bien que se trata de preservar: el contenido esencial se ve afectado cuando el límite carece de justificación en el bien que se trata de proteger¹²⁹³, cuando experimenta una restricción superior a la necesaria para lograr el fin que motiva la limitación. No habría, pues, un contenido esencial fijado de una vez por todas, sino que estaría dotado de unas dimensiones variables. El contenido esencial sería aquella parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcionado. Contenido esencial y principio de proporcionalidad se confunden¹²⁹⁴.

La teoría absoluta del contenido esencial conecta con la idea del núcleo resistente al legislador del concepto de “garantía institucional” elaborado respecto de la Constitución de Weimar¹²⁹⁵. Considera que existe en todo derecho fundamental un “componente sustancial” que excluye por completo cualquier injerencia de los poderes públicos, aunque la misma persiga un fin legítimo y sea fruto de una respetuosa aplicación del principio de proporcionalidad¹²⁹⁶.

El Tribunal Constitucional parece haberse inclinado por esta teoría absoluta¹²⁹⁷ cuando, en la STC 11/1981, de 8 de abril, f.j. 8º, estableció dos vías para fijar lo que haya de

¹²⁹² Sobre la teoría absoluta y la relativa en la República Federal de Alemania y las primeras resoluciones de los tribunales, tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, en uno u otro sentido, Ekkehart STEIN, “Derecho Político”, *cit.*, pág. 247. En su opinión, la Ley Fundamental de Bonn se inclina por la teoría absoluta del contenido esencial.

¹²⁹³ Ignacio DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, 1992, pág. 129.

¹²⁹⁴ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 147 y siguientes.

¹²⁹⁵ Pedro CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 61; Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág.148. Sobre la relación entre el contenido esencial de los derechos fundamentales y la institución de la “garantía institucional”, ver *supra* epígrafe III-D, “derechos fundamentales, garantías institucionales y mandatos o habilitaciones al legislador”.

¹²⁹⁶ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág.149.

¹²⁹⁷ Así lo entienden Manuel MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, pág. 150, y Luis PRIETO SANCHÍS,

entenderse por “contenido esencial” de un derecho fundamental. Dice el Tribunal Constitucional:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta.

Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha

“Estudios sobre derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 143-144.

llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”.

Se observa, pues, que el Tribunal Constitucional atribuye notas de dinamicidad al concepto de contenido esencial, al referirlo al “momento histórico” de que en cada caso se trata y a las “condiciones inherentes en las sociedades democráticas”, alejando el concepto de “contenido esencial” de la idea de contenido “inamovible” o “petrificado”. De este modo, como pone de relieve Javier JIMÉNEZ CAMPO¹²⁹⁸, la resistencia del derecho fundamental frente a la ley y el reconocimiento simultáneo de la acción conformadora de la ley conviven aunque sean opuestos. El respeto al “tipo abstracto del derecho” o a los “intereses jurídicamente protegidos” con su reconocimiento se impone al legislador, pero tal condicionamiento queda “referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas”.

Por otra parte, para la determinación de cuál sea el contenido esencial de un derecho fundamental es básico buscar en la Constitución, de un modo sistemático, considerándola en

¹²⁹⁸ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 69 y siguientes.

su conjunto y no tomar solamente en consideración el precepto regulador del derecho fundamental. En este sentido, la STC 67/1984, de 7 de junio, fj 2º, afirma:

“El desarrollo y regulación del ejercicio de este derecho fundamental, que vincula a todos los Poderes Públicos, corresponde al legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial (arts. 81 y 53.1 de la Constitución); contenido que puede extraerse en parte de la propia Constitución, interpretada de forma sistemática, dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás”.

Y la STC 37/1987, de 26 de marzo, declara en su fj 2º:

“Por otra parte, no cabe olvidar que la incorporación de tales exigencias [las derivadas de su dimensión social] a la definición misma del derecho de propiedad responde a principios establecidos e intereses tutelados por la propia Constitución, y de cuya eficacia normativa no es posible sustraerse a la hora de pronunciarnos sobre la vulneración o no por la Ley impugnada del contenido esencial o mínimo del derecho a la propiedad agraria que ésta delimita y regula”.

Tampoco puede desdeñarse como instrumento útil para fijar cuál haya de ser considerado como “contenido esencial” de un derecho fundamental la regulación que del mismo se contenga en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales creados por los mismos (en concreto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos creado por el Convenio de Roma), por aplicación del art. 10.2 de la Constitución, a la vista además de que en el sistema de derechos fundamentales conformado por las Constituciones nacionales y los derechos fundamentales reconocidos en el acervo comunitario, dicho Convenio, y sobre todo la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo¹²⁹⁹ que lo interpreta y aplica, aparece como

¹²⁹⁹ En este sentido, Antonio LÓPEZ PINA (“Encuesta. El tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, *cit.*, pág. 37) manifiesta que “en España, se ha propuesto, así, que se extraiga de la jurisprudencia de Estrasburgo el límite absoluto a los límites de los derechos, en términos de la doctrina del *contenido esencial*, en la medida en que define con carácter vinculante para los Estados el alcance de ciertos

“denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo”¹³⁰⁰.

Un segundo problema que se plantea respecto de la búsqueda de lo que haya de entenderse como “contenido esencial” de un determinado derecho fundamental, una vez que vemos que el Tribunal Constitucional ha optado por la teoría “absoluta”, es la contraposición entre la concepción “espacial” y la concepción “temporal” del mismo.

De acuerdo con la primera concepción, podrían observarse en la estructura del derecho fundamental unos círculos concéntricos. Dentro del círculo interior se hallaría lo que podría considerarse como el contenido esencial que el legislador no puede traspasar en ningún momento, ni siquiera cuando el límite pudiera venir justificado por la protección de otro derecho o bien de rango constitucional¹³⁰¹.

Manuel MEDINA GUERRERO¹³⁰² distingue incluso tres zonas concéntricas en esta estructura espacial de los derechos fundamentales: en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales estaría el contenido “esencial”, absolutamente intangible para el legislador, y el contenido “no esencial”, claudicante ante límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, estaría el contenido “adicional”, formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales, sujeto por tanto a la total disponibilidad del legislador (a diferencia del contenido “no esencial”, en el que una limitación del derecho fundamental sería admisible sólo si es “proporcionada” en atención al fin constitucional que se persigue¹³⁰³).

derechos que ninguna justificación constitucional puede luego desconocer”.

¹³⁰⁰ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, fj. 6º. Ver *supra* epígrafe V-E, “el espacio supranacional europeo”.

¹³⁰¹ Ignacio DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 132.

¹³⁰² “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 40 y siguientes.

¹³⁰³ Ignacio DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La

Esta distinción permitiría en un momento dado una “regresión” o “reversibilidad” en la regulación de los derechos fundamentales, en virtud de la alternancia que se produjera entre las distintas opciones políticas que tienen cabida en la Constitución, pero que sólo podría afectar a ese contenido adicional del derecho fundamental que hubiera sido añadido anteriormente por el legislador o, en cuanto que la limitación del derecho fundamental fuera proporcionada, podría afectar al contenido no esencial del derecho fundamental.

Luis María DÍEZ-PICAZO¹³⁰⁴ rechaza que en materia de derechos fundamentales el legislador esté sometido a una cláusula de *stand still* en virtud de la cual sólo podría modificar en sentido expansivo, nunca limitativo, la regulación ya existente. La Constitución deja márgenes para que el legislador democrático, guiado por la coloración de la mayoría en cada momento, lleve a la práctica diferentes “políticas de derechos fundamentales”.

Sin embargo, para Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS¹³⁰⁵, cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales, se impone por los tratados internacionales sobre tales derechos y por las propias Constituciones una obligación de no regresividad, que veda al legislador o al ejecutivo la adopción de legislación o reglamentación que reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población. Aunque al referirse a la doctrina alemana, concretamente a Konrad HESSE, en relación a la tesis mantenida por éste sobre la “irreversibilidad de las conquistas sociales”, hacen mención a la irreversibilidad de las conquistas sociales al menos en su contenido esencial, y ahí podría estar la clave: cuando los avances en materia social y económica hacen que determinados contenidos de esos derechos fundamentales de contenido social y económico puedan considerarse, dadas las circunstancias sociales e históricas existentes, como integrantes del contenido esencial de tales derechos, es evidente que una regresión en las políticas económicas y sociales debidos a un cambio en la mayoría parlamentaria no puede vulnerar ese contenido esencial, y lo mismo podría decirse si esos contenidos, aun no formando parte del contenido esencial, se consideraran parte del contenido constitucionalmente protegido

garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 132.

¹³⁰⁴ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 123.

¹³⁰⁵ “Los derechos sociales como derechos exigibles”, *cit.*, págs. 95 y siguientes.

del derecho fundamental y la limitación provocada por la medida social regresiva no fuera proporcionada.

En este sentido, la STC 9/1988, de 22 de marzo, diferenciando tan sólo el contenido esencial del contenido “que las normas crean y pueden alterar y suprimir”, declara en su fj 5º-c:

“...el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho; de forma que los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental (STC 9/88, f. j. 2º, penúltimo párrafo)”.

La STC 51/1988, de 22 de marzo, reconoce también la existencia de facultades o derechos “adicionales” al núcleo “mínimo e indisponible”, en concreto en el derecho fundamental a la libertad sindical. Dice esta resolución en su fj. 5º:

“...a) el art. 28.1 de la Constitución integra derechos de actividad de los sindicatos (negociación colectiva, promoción de conflictos), medios de acción que, por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de la actividad a que el sindicato es llamado por el art. 7 C. E., son un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical; b) es evidente que, junto a los anteriores, los sindicatos pueden ostentar facultades o derechos adicionales, atribuidos por normas infraconstitucionales que pasan a integrar el contenido del derecho(...); c) el reconocimiento o creación -por norma legal o, incluso, reglamentaria- de un medio de acción sindical, adicional a los mínimos indispensables, y que atribuye a los sindicatos (no a otros sujetos colectivos de las relaciones laborales sin reconocimiento constitucional) facultades o derechos también adicionales, impide alegar que afecten al contenido esencial de la libertad sindical los actos singulares de aplicación o inaplicación, en su caso, de la norma con efecto impeditivo, obstaculizador o

limitativo del ejercicio de tales facultades o derechos; pero el derecho fundamental se integra no sólo por su contenido esencial, sino también por esos derechos o facultades básicas que las normas crean y puedan alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho; de forma que los actos contrarios a esos otros derechos o facultades adicionales sí pueden calificarse de vulneradores del derecho fundamental (STC 9/1988, fundamento jurídico 2.º, penúltimo párrafo)

Se desprende de lo expuesto que ese contenido “adicional” no está protegido por el recurso ni por la cuestión de inconstitucionalidad, en cuanto que puede ser eliminado por el legislador. El contenido “no esencial” sí estaría protegido por el recurso o la cuestión de inconstitucionalidad en tanto que la limitación que afecte a ese contenido “no esencial” no sea proporcionada (adecuada a otro bien o fin constitucional, indispensable para su consecución, y que las ventajas que se obtengan con la limitación no superen a los inconvenientes, subprincipios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Pero se desprende también de lo expuesto que la vulneración por un poder público o por un particular del contenido no esencial o del contenido adicional del derecho fundamental constituye una vulneración del derecho fundamental y por tanto está protegida tanto por los tribunales ordinarios (incluso a través del proceso preferente y sumario previsto en el art. 53.2 de la Constitución si se trata de un derecho fundamental contenido en el ámbito de dicho precepto) como por el recurso de amparo en el caso de ser uno de los derechos fundamentales regulados en los arts. 14 a 29 y la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución. Así, y con relación al derecho de libertad sindical del art. 28.1 de la Constitución, la STC 13/1997, de 27 de enero, f.º 3º, declara:

“Los Sindicatos, junto a los medios de acción que configuran el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical por contribuir de forma primordial al desenvolvimiento de las funciones que constitucionalmente les corresponden (art. 7 de la CE), pueden ostentar otras facultades o derechos adicionales atribuidos por normas legales o reglamentarias que pasan a

engrosar el contenido del derecho, siendo, por tanto, los actos contrarios a tales facultades susceptibles de impugnación a través del recurso de amparo por incidir en el contenido de ese derecho (SSTC 39/1986 y 184/1987, entre otras)”

Aunque tal afirmación ha de matizarse, puesto que si el precepto legal que desarrolla el derecho fundamental regula aspectos no relacionados directamente con el bien jurídico protegido en el derecho fundamental, de importancia claramente secundaria, “insignificantes”, en palabras del Tribunal Constitucional, podría considerarse que la vulneración de tales aspectos del contenido “adicional” podrá suponer una vulneración de la legalidad pero no del derecho fundamental, por lo que carecería de tutela a través del proceso especial de protección de los derechos fundamentales o del recurso de amparo constitucional. En este sentido, la STC 30/1992, de 18 de marzo, declara en su f.º 5º:

“Aunque los actos contrarios a los derechos o facultades que integran el contenido adicional de la libertad sindical pueden conceptuarse como vulneración del art. 28.1 CE, ha de matizarse que no todo incumplimiento de cualquier precepto referido a aquel contenido adicional, por insignificante que sea, integra el núcleo de la libertad sindical a efectos de la admisión del recurso de amparo”.

Del mismo modo, no todas las infracciones de las leyes reguladoras del ejercicio de los derechos fundamentales pueden considerarse como vulneración del derecho fundamental, y así lo ha declarado también el Tribunal Constitucional (especialmente en relación a los llamados “de configuración legal”, como el derecho a la tutela judicial efectiva, y, dentro de éste, del derecho a no sufrir indefensión), que en la STC 71/1989, de 29 de abril, f.º 4º, declara:

“La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establecen el recurso de amparo como instrumento procesal encaminado a remediar violaciones de los derechos fundamentales, entendidas como tales las que, de manera real y efectiva, ocasionen lesión de los mismos, pues es

obvio que no todas aquellas infracciones de las leyes que desarrollan los derechos o regulan su ejercicio constituyen por sí solas auténticas violaciones que necesiten ser corregidas y así lo ha declarado reiteradamente este Tribunal en numerosas resoluciones, de las que, aun estando la mayor parte de ellas referidas a la indefensión, es dable obtener la doctrina general de que las infracciones de las normas procedimentales que las leyes establezcan en garantía de derechos fundamentales tan sólo alcanzan relevancia constitucional cuando de ellas se deriva un resultado de lesión material en el derecho fundamental de que se trate”.

Pedro CRUZ VILLALÓN¹³⁰⁶ entiende que la tesis del Tribunal Constitucional de considerar el “contenido adicional” del derecho fundamental protegido por el recurso de amparo (salvo, como se ha dicho, en lo relativo a desarrollos “insignificantes” de tal derecho fundamental o a vulneraciones de tal contenido adicional que no suponen una lesión material del derecho) se deriva de una defectuosa comprensión “espacial” o “topográfica” de la garantía del contenido esencial, por cuanto que llevaría a la consecuencia de que derechos de creación legal o reglamentaria, que integraran ese contenido “adicional” del derecho fundamental, estarían protegidos en amparo, mientras que auténticos derechos fundamentales dotados de la garantía del contenido esencial, como son los de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, carecerían de esta protección. En opinión de Pedro CRUZ VILLALÓN, el legislador no cubre una zona suplementaria en la normación de los derechos fundamentales, y Constitución y legislación operan sobre un mismo objeto, el derecho fundamental, en términos de una verdadera y auténtica “colaboración internormativa” en la que cada uno de los legisladores, el constituyente y el constituido, tendría asignada su propia función.

Personalmente entiendo, sin embargo, que es difícil dar una solución alternativa a la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional. Siendo claro que la comprensión “espacial” de la garantía del contenido esencial no puede llevar a compartimentaciones simplistas, sin

¹³⁰⁶ “El legislador de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia, cit.*, pág. 133 y siguientes y “Derechos fundamentales y legislación”, *cit.*, pág. 420.

embargo sí que hay veces que el legislador ha añadido determinadas facultades “adicionales” al derecho fundamental (como, por ejemplo, las que para los asociados se derivan del principio de organización democrática “irreversible”, en el sentido de que los asociados no pueden “democráticamente” decidir que prescinden de esa organización democrática, y de los derechos que de la misma resultan para ellos, que la Ley Orgánica 1/2002, de 22 marzo, reguladora del derecho de asociación, ha establecido), que han de estar protegidas por los procesos de amparo “judicial” y constitucional, aunque si en una posterior regulación el legislador las eliminara¹³⁰⁷ carecerían ya de tal régimen de protección, mientras que los derechos fundamentales de la Sección 2ª, por una opción del constituyente, carecen de la garantía reforzada que supone el recurso de amparo constitucional, sin perjuicio de que gocen de la tutela judicial efectiva por medio de los procesos ordinarios de la que disponen todos los derechos, sean o no fundamentales.

Que el Tribunal Constitucional ha usado esta comprensión “espacial” o “topográfica” del contenido esencial es algo admitido por la doctrina¹³⁰⁸, y que se ve con claridad, además de en las dos sentencias parcialmente transcritas, en sentencias como por ejemplo la STC 196/1987, de 11 de diciembre¹³⁰⁹, y en otras en las que el Tribunal Constitucional ha utilizado, para referirse al contenido esencial, expresiones como las de “barrera infranqueable” (STC 6/1981, de 16 de marzo, f. 4º), “núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer” (STC 37/1981, de 16 de noviembre, f. 2º) “núcleo irreductible” del derecho (STC 101/1991, de 13 de mayo, f. 2º) o “núcleo mínimo” (STC 30/1992, de 18 marzo, f. 4).

¹³⁰⁷ Posibilidad que hay que reconocer en base a los distintos grados de desarrollo de los derechos fundamentales posibles en base al principio de pluralismo político consagrado en la propia Constitución. Esta posibilidad de “marcha atrás” ha sido reconocida para otros aspectos del desarrollo de la Constitución (concretamente, el de los medios de control de la inconstitucionalidad de las leyes) por la STC 66/1985, de 23 de mayo). Como se ha expuesto *supra*, autorizada doctrina entiende que no puede considerarse que el legislador esté sometido a una cláusula de *stand still* en virtud de la cual sólo podría modificar en sentido expansivo, nunca limitativo, la regulación ya existente y que la Constitución deja márgenes para que la mayoría parlamentaria existente en cada momento lleve a la práctica diferentes “políticas de derechos fundamentales”.

¹³⁰⁸ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 168 y siguientes, Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 70 y siguientes.

¹³⁰⁹ En esta sentencia se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 527.a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto que al establecer en todo caso la designación de Abogado de oficio al detenido incomunicado, podía vulnerar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada. El Tribunal Constitucional entendió que la designación del Letrado no forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la asistencia letrada, por lo que era admisible esa restricción del derecho fundamental por respetar el contenido esencial y ser razonable y proporcionada al fin en atención al cual se establecía.

Esta utilización de una concepción espacial del contenido esencial ha sido criticada también por Javier JIMÉNEZ CAMPO¹³¹⁰, quien entiende que entraña la contradicción de admitir un espacio “débil” o franqueable del derecho constitucional cuyo rango, sin embargo, parece inconciliable con tal disponibilidad parcial del derecho para el legislador y la ilusión de concebir un núcleo firme e inalterable del derecho que pueda ser definido o captado *ex ante* y en abstracto y que resultara inmune al cambio legislativo. Entiende que se trata de una imagen confusionista porque la comprensión escindida del derecho puede conducir ya a la asunción anticipada de que una “parte” del derecho ha de ser necesariamente “cedida” al legislador, ya a entender que lo que éste “añada” a su núcleo indisponible tiene el carácter, también, de derecho fundamental, aunque sea prescindible o eliminable. La concepción escindida del derecho fundamental conduce así o bien a un apriorístico entendimiento del contenido esencial como contenido mínimo (STC 105/1992, de 1 de julio, fj 4º) o bien a la “constitucionalización” de derechos cuyo fundamento está sólo en la ley.

Por eso, Javier JIMÉNEZ CAMPO hace una propuesta de entendimiento temporal, no espacial, del “contenido esencial” o mejor de lo que debe hacer el Tribunal Constitucional al examinar si aquél ha sido respetado. Contenido esencial, según esta visión, no sería un núcleo interno del derecho sino lo que ha de permanecer vivo pese al tiempo, lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo: el Tribunal Constitucional, para ver si se ha respetado el contenido esencial, ha de examinar si la legislación de cada tiempo puede verse como forma histórica del derecho que la Constitución creó. La declaración constitucional del derecho supone la apelación a una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la Constitución, proporciona al intérprete. Así, el derecho fundamental no aparece fragmentado entre un núcleo indisponible y resistente a todo cambio y una envoltura o periferia a merced de legislador. El juicio constitucional a realizar consistiría en examinar si en la regulación legal resulta reconocible o no la imagen del derecho que viene dada por las “ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas” (STC 11/1981, de 8 de abril, fj 8, 49/1988, de 22 de marzo, fj 5), es decir, la tradición de la cultura jurídica. Para JIMÉNEZ CAMPO, en la

¹³¹⁰ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 70 y siguientes.

expresión “contenido esencial” no resuena el eco de los “valores” sino la voz de la tradición jurídica¹³¹¹. Serían, pues, las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento histórico las que establecerían lo que el legislador no puede hacer en materia de derechos fundamentales

El problema de esta tesis es que, al considerar que el contenido esencial es la forma histórica que en cada momento presenta el derecho fundamental que la Constitución creó, puede confundir el “contenido esencial” mencionado por el art. 53.1 de la Constitución con lo que en cada momento histórico deba entenderse como el “contenido constitucionalmente declarado” de que habla el art. 55.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Se diluye el significado específico del contenido esencial como barrera infranqueable para el legislador. Al no distinguir dos zonas en el contenido de los derechos fundamentales, nada sería verdaderamente esencial, a salvo de que el resultado final de la intervención legislativa fuera aceptable en su conjunto¹³¹². Y en tal caso no aparece claro el sentido de la previsión de respeto al contenido esencial del derecho fundamental por parte del legislador que regula el ejercicio de tales derechos que establece el art. 53.1 de la Constitución como algo distinto a la genérica vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales que ese mismo precepto prevé. En este sentido, la STC 61/1989, de 3 de abril, fj. 2º, afirma que

“...no ha de confundirse el ámbito del contenido esencial del derecho, límite que se impone a la actividad del legislador (art. 53.1 de la Constitución), con el ámbito de protección en amparo del derecho fundamental (art. 53.2 de la Constitución) que incluye el efectivo goce del derecho en el marco de su regulación legal, la cual puede, respetando ese

¹³¹¹ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 53 y 71 y siguientes.

¹³¹² Este problema se aprecia también en la teoría de Peter HÄBERLE sobre los límites inmanentes de los derechos fundamentales (“La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 51 y siguientes) según la cual mediante los límites inmanentes se llegaría también al contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la delimitación del derecho fundamental por bienes jurídicos de igual o superior valor, efectuada a través del principio de ponderación, corresponde y encierra a dicho contenido esencial. De esta forma se eliminaría cualquier distinción de espacios dentro de la estructura del derecho fundamental. Si el contenido y los límites de estos derechos coinciden gracias a una interpretación sistemática de la Constitución, y los límites inmanentes, a su vez, rodean al contenido esencial del derecho, llegamos forzosamente, siguiendo esta tesis, a la conclusión de que todo el derecho fundamental es contenido esencial (cfr. Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 91 y siguientes).

contenido esencial, y dentro del margen de elección política, regular de forma más amplia o restrictiva los derechos o medios instrumentales que faciliten al Sindicato y a sus afiliados el ejercicio de la actividad sindical de la Empresa. La consagración legislativa de tales derechos trae consigo que los mismos vengán a integrarse dentro del propio contenido del derecho fundamental (STC 9/1988)”.

Aunque también es cierto que el Tribunal Constitucional, incluso utilizando la visión “espacial” del contenido esencial de los derechos fundamentales en ocasiones ha parecido confundir este contenido esencial con el contenido constitucionalmente declarado, y ha negado amparo cuando ha entendido que tal contenido esencial o mínimo no ha sido infringido. Ello ha ocurrido sobre todo en relación al derecho fundamental a la libertad sindical, en el que la diferenciación entre contenido esencial y contenido adicional del derecho fundamental se ha realizado quizás de una manera menos afortunada por el Tribunal Constitucional (en este sentido, STC 39/1986, de 31 de marzo, f.j. 3^o¹³¹³)

¹³¹³ Se afirma en esta sentencia:

“...los derechos citados con anterioridad son un núcleo mínimo e indisponible, sin el cual el propio derecho de libertad sindical no sería «reconoscible». Es perfectamente claro que los sindicatos pueden recibir del legislador más facultades y derechos que engrosan el núcleo esencial del artículo 28.1 de la Constitución y que no contradicen el texto constitucional. Y también es perfectamente claro que, en ocasiones, es posible introducir diferencias entre los sindicatos, para asegurar la efectividad de la propia actividad que a aquellos se les encomienda, siempre que las diferencias se introduzcan con arreglo a «criterios objetivos», que aseguran que en la selección no se van a introducir diferenciaciones caprichosas o arbitrarias porque, en ese caso, la propia diferenciación contradiría el principio de igualdad de trato y quebraría, sin justificación o con justificación insuficiente, el libre e igual disfrute de los derechos constitucionalmente reconocidos. En la medida en que estos derechos adicionales, concedidos a unos sindicatos sí y a otros no, sobrepasan el núcleo esencial de la libertad sindical -que debe ser garantizado a todos-, tampoco se vulnera el art. 28.1 de la Constitución. Entre estos últimos se encuentra el derecho a la participación institucional, como quiera que se entienda ésta, y que estos es así se deriva, también de las resoluciones interpretativas del Comité de Libertad Sindical, que admite la diferenciación de trato implícita en todo sistema de mayor representatividad sindical si ésta no excede de otorgar privilegios «en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los Gobiernos o, incluso, en materia de designación de delegados ante organismos internacionales» -Comité de Libertad Sindical, citado en Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1982, de 22 de julio, fundamento jurídico tercero-.

C) De todo lo anterior se desprende que la recurrente no puede ampararse en el contenido esencial de su libertad sindical para exigir que le sea permitido estar presente en todo caso en los centros en que se toman las decisiones de política social o económica, pues esa participación en organismos tripartitos no emana necesariamente de la libertad sindical,

Luis María DÍEZ-PICAZO¹³¹⁴, reconociendo los indudables méritos de la visión “diacrónica” del contenido esencial de los derechos fundamentales (méritos que consisten, fundamentalmente, en que vindica la importancia del legislador democrático para la definitiva configuración de los derechos fundamentales, es consciente de que el pluralismo valorativo subyacente a no pocos conflictos que surgen en el terreno de los derechos fundamentales encuentra su mejor cauce posible en el procedimiento legislativo democrático, y es particularmente sensible hacia un fenómeno crucial como es la variabilidad histórica del significado de los distintos derechos), objeta que al razonar así la idea de contenido esencial no se deja espacio para el principio de proporcionalidad: toda intervención legislativa ajustada a las convicciones jurídicas básicas imperantes en ese momento histórico habría de reputarse de proporcionada y sería constitucionalmente admisible.

Como colofón de la tesis expuesta por Javier JIMÉNEZ CAMPO, afirma este autor¹³¹⁵ que el contenido esencial de los derechos fundamentales vincula sólo a la acción del legislador. La lógica de este límite se pierde si se proyecta sobre el juez, porque se trata de garantizar “lo esencial” para que perviva frente a “lo accidental o contingente”, y eso tiene sentido sólo en relación a la acción transformadora de los derechos fundamentales, que es la que lleva a cabo el legislador, no el juez, pues sólo ante el legislador el principio de constitucionalidad se flexibiliza por el principio democrático y pluralista (art. 1.1 de la Constitución). El poder judicial no realiza el principio democrático, sino el de juridicidad, por ello la norma constitucional no hace en su favor apertura alguna del orden de los derechos fundamentales, aunque su interpretación sí le corresponda. Frente al juez no se distingue contenido esencial e inesencial, el derecho fundamental se afirma íntegramente en su delimitación constitucional y legislativa, y así ha de ser amparado por juez. Pero, crítica, en algunas sentencias del Tribunal Constitucional se emplea la expresión “contenido esencial” como criterio de juicio¹³¹⁶ (SSTC 82/1995, de 5 de junio, fj 5º y 164/1996, de 28

sino que es creación de la ley en sentido amplio y a ella sola debe ser remitida”.

¹³¹⁴ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 109-110.

¹³¹⁵ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 68 y siguientes.

¹³¹⁶ En sentido contrario, Juan Andrés MUÑOZ ARNAU (“Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español”, Aranzadi, Pamplona, 1998, pág. 92 y siguientes) se muestra de acuerdo en que la virtualidad del “contenido esencial” esté presente no sólo en el momento normativo, sino también en

de octubre, f 3^{o1317}), como también critica que esta idea de contenido esencial se haya traído a colación erróneamente al enjuiciar resoluciones judiciales (SSTC 12/1981, f 4; 13/1984, f 4^o; 41/1994, f 3^o; 164/1996, f 3^{o1318}).

También en el análisis que Juan Carlos GAVARA DE CARA¹³¹⁹ realiza de la institución del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn, la misma se utiliza desde el punto de vista del control de la constitucionalidad de las leyes, no desde el punto de vista de la aplicación de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales en los procesos de amparo ordinario o constitucional. El contenido esencial es una garantía frente a la situación anterior en que los derechos fundamentales sólo vinculaban a la Administración a través de la ley, pero no vinculaban al legislador.

Sin embargo, en mi opinión, la utilización por el Tribunal Constitucional de la concepción espacial de la estructura del derecho fundamental (que no obsta a que se utilice un criterio temporal, dinámico, en la determinación de qué sea el “núcleo duro” del derecho fundamental, dependiendo del momento histórico y de las circunstancias inherentes a una sociedad democrática) y la utilización del “contenido esencial” o “contenido mínimo” que compondría el “núcleo duro” de ese derecho fundamental como criterio de enjuiciamiento son cuestiones enlazadas entre sí, y que podrían vincularse con la idea de que la “resistencia” que caracteriza a los derechos fundamentales no sólo ha de predicarse frente a la acción del legislador, sino también frente a la inacción del mismo. La supremacía y el carácter normativo de la Constitución, la aplicabilidad y justiciabilidad directas de las normas de

el de su aplicación judicial.

¹³¹⁷ En el caso de la segunda sentencia citada, creo que la cita es errónea, pues no se emplea por el Tribunal Constitucional el concepto ni siquiera la expresión “contenido esencial” para realizar el enjuiciamiento. Donde sí se emplea la diferenciación entre el contenido esencial y el contenido adicional del derecho fundamental como criterio de enjuiciamiento de si se ha producido una vulneración del derecho fundamental es en la STC 30/1992, de 18 de marzo, f 5^o.

¹³¹⁸ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 58. En el caso de estas cuatro sentencias citadas, la 2^a y la 4^a creo que se trata también de error. La 2^a, porque si bien es cierto que el Tribunal Constitucional maneja la idea del contenido esencial, lo es en relación a una disposición laboral, no una sentencia, y la 4^a porque simplemente no utiliza el concepto de contenido esencial.

¹³¹⁹ “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pág. 9 y siguientes.

derechos fundamentales que en ella se contienen, el hecho de que los derechos fundamentales no sean una mera concreción del principio de legalidad, implica que la eficacia de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a que el legislador haya realizado un desarrollo legislativo que regule la eficacia del derecho fundamental en la relación jurídica en la que se invoca tal derecho. Afirma en este sentido Luis PRIETO SANCHÍS¹³²⁰ que “la ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos [fundamentales], pero en ningún caso impedirlo, pues éstos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema”.

En lo relativo a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Juan María BILBAO UBILLOS¹³²¹ entiende que el derecho fundamental se define justamente por la indisponibilidad de su contenido por el legislador, lo que no parece compatible con la afirmación de que los derechos fundamentales sólo operan frente a particulares cuando el legislador así lo decide.

El derecho fundamental ha de ser también “resistente” a la inactividad del legislador, inactividad que, como se ha visto anteriormente, puede deberse a variadas razones, todas respetables, pero que no puede impedir que cuando el particular invoque en un determinado litigio la tutela de ese derecho fundamental que la Constitución le atribuye, dicho derecho fundamental despliegue una mínima eficacia que haya de serle reconocida aunque su ejercicio no haya sido regulado por la legislación de desarrollo. En este sentido, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO¹³²² afirma que el legislador, siempre que legisla, vincula al juez, pero mientras no legisla (en desarrollo de los derechos fundamentales), si se admite que el juez está obligado a fallar, tendrá que hacer directamente (en base al texto constitucional) las ponderaciones necesarias.

Ahora bien, dado que la determinación del nivel de eficacia que ha de reconocerse al derecho fundamental corresponde fijarla al legislador, que goza de libertad política para

¹³²⁰ “Estudios sobre derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 120.

¹³²¹ “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 297.

¹³²² “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *cit.*, pág. 66.

hacerlo, en los términos del art. 53.1 de la Constitución, en los casos en que falte el desarrollo legal, el juez ha de aplicar el contenido “mínimo” que ha de reconocerse al derecho fundamental, es decir, ha de proteger las facultades y el ámbito de inmunidad del ciudadano que, habida cuenta del momento histórico y de las circunstancias inherentes a una sociedad democrática, hayan de considerarse imprescindibles para que pueda considerarse respetado el derecho fundamental que la Constitución atribuye al ciudadano que reclama la tutela judicial de su derecho.

El contenido esencial de los derechos fundamentales supone, pues, una vinculación negativa para el legislador que regula su ejercicio, mientras que el contenido mínimo supone una vinculación positiva, concretamente para el juez en caso de falta de desarrollo normativo o regulación legal del ejercicio del derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional, cuando se le ha planteado el amparo de derechos fundamentales carentes de desarrollo legal, ha concedido el amparo aplicando el “contenido mínimo” deducible del derecho fundamental reconocido por la Constitución, incluso en derechos fundamentales con reserva de configuración legal. La STC 15/1982, de 23 de abril, declara en su f.j. 8º:

“De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la "interpositio legislatoris" no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. (...)

Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero

ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella”.

Y en la STC 254/1993, de 20 de julio, afirma en el f.j. 6º:

“Es cierto que, como señalamos en esa misma sentencia, cuando se opera con una «reserva de configuración legal» es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador. Pero de aquí no puede deducirse sin más (como hace el Abogado del Estado), que los derechos a obtener información ejercitados por el demandante de amparo no forman parte del contenido mínimo que consagra el art. 18 de la Constitución con eficacia directa, y que debe ser protegido por todos los poderes públicos y, en último término, por este Tribunal a través del recurso de amparo (art. 53 de la Constitución)”.

También en la doctrina se ha puesto de relieve la aplicabilidad directa del “contenido mínimo” de los derechos fundamentales sin necesidad de ley de desarrollo¹³²³.

Esta tesis del Tribunal Constitucional, que otorga al “contenido mínimo” del derecho fundamental una función más allá de la mera vinculación “negativa” a la acción del legislador que tiene el “contenido esencial” del art. 53.1 de la Constitución, para entender que vincula positivamente a todos los poderes públicos, incluido el judicial, es de especial importancia en el caso de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones

¹³²³ Por ejemplo, Enrique ALONSO GARCÍA, “La interpretación de la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 21 y 357, Juan María BILBAO UBILLOS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, *cit.*, pág. 297 y siguientes, Tomás DE DOMINGO, “El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* núm. 11, 2002, págs. 270 y siguientes.

jurídico-privadas. Como se ha visto, en este campo del ordenamiento jurídico está más acentuada la falta de desarrollo de los derechos fundamentales, tanto por el tradicional papel de la autonomía de la voluntad, y no la ley, como rectora de la parte sustancial de las relaciones jurídico-privadas, como por la especial dificultad que la complejidad de factores de hecho y de derecho con incidencia en estas relaciones provoca en esta regulación. La idea que se desliza en estas sentencias del Tribunal Constitucional es que existe un determinado contenido de los derechos fundamentales que realiza una función de “resistencia” no sólo frente a la acción del legislador, sino también frente a su inacción. Ello permitiría que el juez ordinario pudiera aplicar un “contenido mínimo” del derecho fundamental cuya regulación de su ejercicio no ha sido desarrollada por el legislador en la relación jurídico-privada en la que tal derecho fundamental esté en juego.

En este sentido, la idea expresada por G. SCHLICHTING¹³²⁴ de que “el juez queda libre por la inactividad del legislador” puede inducir a error. El juez ordinario no puede nunca suplir al legislador en su papel institucional de regular el ejercicio los derechos fundamentales y en su papel político de determinar el nivel de eficacia de tales derechos en las relaciones entre particulares, estableciendo el nivel de eficacia y el contenido adicional que estime conveniente, porque eso es propio de la libertad política que tiene el legislador para desarrollar la Constitución, y concretamente su parte dogmática, de acuerdo con su posicionamiento ideológico. No es posible, en este sentido, una “política de derechos fundamentales” por parte del poder judicial¹³²⁵. Lo que ocurre cuando el legislador ha permanecido inactivo es que el juez carece de una ley que establezca con precisión la eficacia de los derechos fundamentales y entonces ha de realizar una labor de indagación de cuál haya de considerarse el contenido “mínimo” del derecho fundamental para aplicarlo al caso sometido a su conocimiento en el que se ha invocado el derecho fundamental en cuestión. La búsqueda en el “metalenguaje” jurídico, en los intereses que han querido

¹³²⁴ Citado por Alexei Julio ESTRADA, “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *cit.*, pág. 146, nota núm. 170.

¹³²⁵ En este sentido, negando la posibilidad de que exista algo parecido a una política de derechos fundamentales por el poder judicial, se pronuncia Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 58; por el contrario, Ignacio DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 166, entiende que la exigencia de una “política de derechos fundamentales” se dirige al legislador pero también al juez en la medida en que éste contribuya a configurar el derecho.

protegerse con el derecho fundamental, el análisis sistemático de la Constitución y de los bienes y valores jurídicos en ella protegida, los tratados y convenios internacionales ratificados por España y la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (y, cada vez más, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) han de servir al juez ordinario para encontrar qué haz de facultades e indemnidades ha de considerarse que integra en todo caso el derecho fundamental en cuestión y debe protegerse pese a la falta de ley de desarrollo del derecho fundamental.

Aunque el contenido mínimo de un derecho fundamental es difícil de determinar a priori, como suele ocurrir con este tipo de conceptos jurídicos indeterminados, y la realización de esta determinación puede dejar un cierto espacio de arbitrio al operador jurídico en el uso de los materiales de la dogmática y la cultura jurídica para fijar tal contenido mínimo, su carencia dejaría aún más libertad interpretativa al juez¹³²⁶. Por tanto, la existencia de ese “contenido mínimo” ha de considerarse como un instrumento que permite la aplicación de los derechos fundamentales aunque no hayan sido desarrollados por el legislador, pero limitando en lo posible la actuación del juez para evitar que actúe sometido al principio democrático, que corresponde al legislador, y no al principio jurídico, que es el que vincula al juez.

¿Significa eso que el “contenido mínimo” del derecho fundamental que ha de ser aplicado por el juez cuando falta un desarrollo legislativo equivale al “contenido esencial” del que habla el art. 53.1 de la Constitución? Entiendo que la equivalencia no puede considerarse absoluta¹³²⁷. Sin perjuicio de las dificultades ya existentes para saber en realidad qué es el contenido esencial de un derecho fundamental¹³²⁸, lo que es evidente es que la función de esa institución es la de servir de garantía frente a la acción del legislador cuando éste legisla en desarrollo de la regulación constitucional de los derechos

¹³²⁶ En este sentido, respecto del Tribunal Constitucional en relación al contenido esencial del derecho fundamental, Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”, *cit.*, pág. 517.

¹³²⁷ Cfr. Juan Andrés MUÑOZ ARNAU, “Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español”, *cit.*, pág. 93 y siguientes.

¹³²⁸ Juan Carlos GAVARA DE CARA, en su obra “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, *cit.*, hace en las págs. 218 y siguientes un análisis de distintas vías de indagar cuál es el contenido esencial de los

fundamentales, mientras que el contenido mínimo, en el sentido indicado, sirve de garantía frente a la inacción del legislador y como pauta para que el juez pueda aplicar el derecho fundamental (es decir, pueda proteger al ciudadano frente a su vulneración) en los casos en que no existe un desarrollo legislativo que permita solucionar el litigio mediante aplicación de tal ley de desarrollo. Esta distinta función hace que no pueda existir una equivalencia perfecta. Pero entiendo que buena parte de los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para averiguar cuál es el contenido esencial de cada derecho fundamental pueden ser útiles para determinar cuál es el contenido mínimo que deba ser aplicado por el juez cuando no existe una ley de desarrollo que le sirva para resolver el litigio.

El contenido esencial aparece solamente como un límite frente al desarrollo por el legislador, es decir, frente a una regulación abstracta del ejercicio del derecho fundamental. En el caso del contenido mínimo a aplicar en un litigio, se trataría de que, a falta de desarrollo legislativo, el juez debe considerar si la existencia de un determinado derecho fundamental reconocido por la Constitución permite estimar la pretensión deducida en el litigio y basada en el derecho fundamental, es decir, si permite estimar las pretensiones formuladas por el actor en la demanda o por el demandado en su contestación a la demanda. No se trata de desarrollar en abstracto un derecho fundamental, labor que corresponde al Parlamento, y respecto de la cual opera la institución del “contenido esencial” como “límite de los límites” que se impongan al ejercicio del derecho fundamental por su desarrollo legislativo, sino de aplicar al caso concreto el derecho fundamental cuando no hay desarrollo legal, sin vocación alguna de establecer pautas generales que trasciendan al caso concreto objeto de la resolución¹³²⁹. Es en esta resolución del litigio concreto donde ha de operar ese “contenido mínimo”.

El juez, por tanto, cuando aplica el “contenido mínimo” del derecho fundamental no establece cuál debe ser, con carácter general y con vocación de aplicación a una generalidad de supuestos, el nivel de protección que para el ciudadano supone el derecho fundamental en cuestión. Lo único que hace es determinar si, en ese concreto caso sometido a su

derechos fundamentales.

¹³²⁹ De ahí que Juan Andrés MUÑOZ ARNAU (“Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español”, *cit.*, pág. 93 y siguientes) hable de que el Tribunal Constitucional haya utilizado un “contenido mínimo y provisional” de un derecho fundamental no desarrollado legalmente.

conocimiento, el hecho de que la Constitución consagre un determinado derecho fundamental que no está desarrollado legislativamente (bien por una carencia absoluta de regulación, lo que como hemos visto ya es excepcional, bien por una carencia de regulación relativa a la concreta relación jurídica o aspecto de la misma que es objeto del litigio), supone que la pretensión del particular, actor o demandado, debe ser estimada en base a la vigencia de tal derecho fundamental. Así por ejemplo, el principio de no discriminación puede tener diversos desarrollos en el régimen de propiedad horizontal, y por ejemplo en el caso de eliminación de barreras arquitectónicas para personas con discapacidades puede dar lugar a diversos desarrollos legales¹³³⁰, pero parece claro que una cláusula estatutaria o un acuerdo de la junta de propietarios que estableciera discriminaciones entre vecinos por razón de sexo o raza (en cuanto a utilización de elementos o servicios comunes del edificio, actividades permitidas en los inmuebles, etc) será siempre inconstitucional esté o no desarrollado legalmente el art. 14 en esta materia. Por el contrario, si una comunidad de propietarios solicita en una demanda la demolición de unas obras realizadas por un vecino, por afectar a los elementos comunes de un edificio, y el demandado alega que la pretensión es contraria al art. 14 de la Constitución porque hay otros vecinos que también han hecho obras, pero no se alega que exista ningún factor discriminatorio de los previstos en el art. 14

¹³³⁰ Varias han sido las leyes que han desarrollado este extremo, modificando los preceptos correspondientes de la Ley de Propiedad Horizontal. La Ley 3/1990, de 21 de junio, dio la siguiente redacción al art. 16 de la Ley de Propiedad Horizontal: “Los acuerdos de la Junta de propietarios se sujetarán a las siguientes normas: 1º La unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos. No obstante, cuando tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas con minusvalía, bastará el voto de las tres quintas partes del total de los propietarios que a su vez representen las tres quintas partes de las cuotas de participación”. La Ley 8/1999, de 6 de abril, dio nueva redacción al art. 17 de la Ley de Propiedad Horizontal: “La realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación”. La redacción actual de la Ley de Propiedad Horizontal en lo que se refiere a esta cuestión fue dada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, que redactó el art. 10.2 del siguiente tenor: “Asimismo, la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad que sean necesarias para un uso adecuado a su discapacidad de los elementos comunes, o para la instalación de dispositivos mecánicos y electrónicos que favorezcan su comunicación con el exterior, cuyo importe total no exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes”; y el art. 11.3: “Cuando se adopten válidamente acuerdos para la realización de obras de accesibilidad, la comunidad quedará obligada al pago de los gastos aun cuando su importe exceda de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes”. No obstante, no es demasiado claro que esta cuestión afecte directa y primordialmente al derecho a no ser discriminado del art. 14 de la Constitución. La exposición de motivos de la Ley 51/2003 indica que en la misma se trata tanto de desarrollar el art. 14 de la Constitución en cuanto a la interdicción de discriminación como el art. 49 de la Constitución, que establece el principio de política social de integración de los discapacitados, en lo relativo a la política de accesibilidad.

de la Constitución que haya fundado la decisión de la comunidad y se prueba que simplemente la comunidad de propietarios ha decidido poner punto final a una actitud de dejadez en defender los intereses de la comunidad y ha optado por impedir que se sigan realizando obras que modifiquen los elementos comunes, el juez habrá de desestimar la invocación de protección del derecho fundamental contenido en el art. 14 de la Constitución, pero no es necesario que elabore toda una teoría general de hasta qué punto y en qué aspectos de la vida comunitaria dicho precepto constitucional y el derecho fundamental en él consagrado tiene eficacia en las relaciones derivadas de la propiedad horizontal, pues es al legislador a quien corresponde establecer una regulación general, mientras que al juez sólo corresponde resolver el caso concreto.

Como se ha comentado anteriormente¹³³¹, puede resultar paradójico que la motivación de las sentencias, exigida por el art. 120.3 de la Constitución, si es muy exhaustiva, pueda interpretarse como una cierta invasión de las facultades del legislador en cuanto implique la pretensión por parte del juez de establecer criterios generales de solución de conflictos en que esté en juego la eficacia del derecho fundamental, por lo que deberá buscarse un término medio entre el decisionismo inmotivado y la pretensión de formular reglas de aplicación general en la fundamentación jurídica de la sentencia, y habrá de centrarse toda la motivación de la sentencia en las cuestiones concretas que se suscitan en el litigio, sin vocación de establecer reglas que trasciendan al mismo.

Por otra parte, esta aplicación directa por parte del juez del “contenido mínimo” del derecho fundamental en caso de ausencia de desarrollo legislativo no puede cerrar vías al legislador ordinario, que conserva plenamente su competencia para desarrollar legislativamente el derecho fundamental en el momento en que lo crea oportuno y establecer una regulación de la eficacia del mismo en las relaciones entre particulares que no tiene por qué coincidir con la aplicación judicial que hasta el momento se haya realizado del precepto constitucional no desarrollado legislativamente, sobre todo porque ese “contenido mínimo” sólo supone una vinculación positiva para el juez, mientras que el contenido “esencial” supone para el legislador una vinculación negativa. Una vez hecho este desarrollo legislativo

¹³³¹ *Supra* epígrafe X-A “los riesgos para el equilibrio entre el legislador, el tribunal constitucional y el juez ordinario”.

por el legislador, vincula a los demás poderes públicos, y en concreto vincula al poder judicial, de manera que el juez no podrá resolver ya los litigios en que esté en juego el derecho fundamental aplicando directamente la Constitución, sino que habrá de aplicar la ley que desarrolla la previsión constitucional en tanto la misma regule la cuestión debatida en el litigio. Si el juez considera que el desarrollo legislativo de la Constitución no respeta el contenido esencial del derecho fundamental o le impone límites no proporcionados, no podrá inaplicar sin más la ley y basar directamente su resolución en la Constitución, sino que deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Por tanto, el respeto del sistema de fuentes y la utilización del mecanismo de la cuestión de inconstitucionalidad cuando se estime que el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales no respeta su contenido esencial o establece límites a su ejercicio que superan el juicio de proporcionalidad, es el criterio básico que ha de regir la actuación del juez ordinario en esta materia, en cuanto que sometido a la doble vinculación a la Constitución y a la ley (en este sentido, STC 17/1981, de 1 de junio, f.º 1º).

En sentido similar se pronuncia Francisco BALAGUER CALLEJÓN cuando afirma: “El contenido esencial es, en todo caso, una garantía que opera frente al legislador (J. Jiménez Campo). Esto no quiere decir que otros poderes públicos no estén obligados a promover la realización de la garantía frente al legislador: los jueces y tribunales, por ejemplo, aplicarán el derecho constitucional, en su contenido esencial, ante la ausencia de regulación legislativa (STC 15/1982, de 23 de abril). Lo que no pueden hacer estos poderes públicos es alterar el sistema de fuentes y actuar contra la ley por sí mismos. Si no existe ley, deberán evitar el perjuicio al derecho aplicándolo en su contenido esencial. Si existe ley y tienen dudas sobre su constitucionalidad, deberán acudir al Tribunal Constitucional (salvo que se trate de una ley anterior a la Constitución)”¹³³².

¹³³² “Derecho Constitucional”, *cit.*, pág. 273. En este mismo sentido, María Luisa BALAGUER CALLEJÓN (“El contenido esencial del derecho de huelga”, en *Revista de Derecho Político* núm. 34, 1991, pág. 131) afirma que “el art. 53 al hablar del contenido esencial lo hace con referencia a los límites legislativos impuestos... Pero si se admite un contenido esencial en un derecho, éste no sólo ha de operar como mínimo en la regulación legal, sino en todos los ámbitos en que este derecho cobre vida”. Ambos autores utilizan en este caso el concepto de “contenido esencial” como vinculante tanto para el legislador (vinculación negativa) como para el juez (vinculación positiva), sin distinguir a estos efectos entre “contenido esencial” y “contenido mínimo” del modo que se hace en este epígrafe.

¿Qué ha de entenderse como “contenido mínimo” del derecho fundamental aplicable por el juez en caso de vulneración de derecho fundamental o en caso de conflicto entre derechos fundamentales si se da una ausencia de desarrollo legislativo, total o parcial, pero en todo caso relevante a efectos del litigio? Pueden tomarse como referencia algunas de las definiciones que se han dado del contenido esencial¹³³³. Pero ha de resaltarse su aspecto de resistencia frente a la inacción del legislador. A modo de simple aproximación, tal contenido mínimo podría conceptuarse como el contenido necesario e indisponible de cada derecho¹³³⁴, es decir, aquellas facultades, garantías e indemnidades sin cuyo reconocimiento y protección judicial en el concreto litigio no podría considerarse que la Constitución reconoce el derecho fundamental en cuestión, de acuerdo con las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas por los juristas en una determinada sociedad y en determinado momento histórico, por utilizar en lo posible las ideas utilizadas por el Tribunal Constitucional en la STC 11/1981, de 8 de abril, o como las consecuencias jurídicas ineludibles derivadas del reconocimiento constitucional del derecho fundamental, puesto que si tales consecuencias jurídicas no fueran aplicadas en el litigio habría que concluir que el juez no está vinculado por el derecho fundamental, al contrario de lo previsto en art. 53.1 de la Constitución. Y ello sería aplicable tanto al juez ordinario como al juez constitucional, a la vista de la naturaleza homogénea de su función tuitiva de los derechos fundamentales en el

¹³³³ Magdalena LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS (“Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española”, Comares, Granada, 1996, pág. 242), entiende por contenido esencial “la expresión jurídico-positivizada del valor intrínseco de cada uno de esos derechos y libertades reconocidos en la Constitución, resultado de la conjunción entre el valor supremo de la dignidad humana («fundamento del orden político y de la paz social», art. 10.1 C.E.) y el núcleo radical propio de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus manifestaciones particulares (internas o relativas a su ejercicio)”.

¹³³⁴ Me estoy refiriendo al de cada derecho fundamental en concreto, y no al contenido mínimo de los derechos fundamentales “como categoría”. En lo relativo al contenido esencial de los derechos fundamentales, Pedro CRUZ VILLALÓN (“Derechos fundamentales y legislación”, *cit.*, págs. 413-415), entiende que no sólo cabe hablar de un “contenido esencial” de cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados, sino también habría un “contenido esencial” de los derechos fundamentales en su conjunto, como tal categoría, integrado por una vertiente material (derechos fundamentales son aquéllos considerados como tales en la conciencia y en la cultura jurídicas en las que se inserta el Estado constitucional español, “el derecho natural de hoy día” y suponen ante todo la tutela judicial, pues sin tutela judicial no hay derecho y por tanto no hay derecho fundamental) y una vertiente formal (la vinculación al legislador, que se afirma en art. 53.1 de la Constitución a través de dos especificaciones: la garantía del contenido esencial y la reiteración expresa de que estos derechos se tutelan con arreglo a lo previsto en el art. 161.1 de la Constitución, es decir, mediante el control de la constitucionalidad de las leyes).

sistema jurisdiccional de protección de los mismos, con todas las cautelas y matizaciones derivadas de las especialidades de sus respectivas funciones¹³³⁵.

Por lo expuesto, ha de reconocerse el distinto valor del “contenido esencial” y del “contenido mínimo” de los derechos fundamentales: el primero opera “frente al legislador” cuando desarrolla legislativamente el derecho fundamental, mientras que el segundo opera justamente “en defecto del legislador”, a falta de desarrollo legislativo, para que el derecho fundamental pueda tener tutela judicial efectiva y cumplir así la nota de invocabilidad y aplicabilidad directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. Pero los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales desplegados para fijar lo que es el contenido esencial del derecho fundamental pueden servir para fijar el contenido mínimo.

No obstante, ha de recordarse que, de acuerdo con el art. 55.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la sentencia que otorgue el amparo deberá reconocer el derecho o libertad pública de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, y que ese “contenido constitucionalmente declarado” no es solamente el “contenido mínimo”, sino el que resulta del texto de la Constitución y del desarrollo legislativo que haya podido realizar el Parlamento, con una interpretación conforme a los convenios internacionales suscritos por España (especialmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo máximo intérprete es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo), y siguiendo naturalmente la interpretación que haya hecho el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, a quien compete “la definición de la norma” (STC 1/1981, de 26 de enero), no sólo en las sentencias de inconstitucionalidad, sino también en las de amparo (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Sólo en los casos en que no existan estos otros elementos, añadidos al texto constitucional, que permiten determinar el “contenido constitucionalmente declarado” parece prudente que pueda aplicarse el “contenido mínimo” que en todo caso haya de entenderse comprendido en regulación constitucional de derecho fundamental.

Por otra parte, la “inflación” de sistemas jurídicos en interacción con el del Derecho interno, y muy en especial el del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que lo desarrolla, implica el riesgo de que se

¹³³⁵ Ver *supra* epígrafe IX-B-a, “dos jurisdicciones pero un único sistema”.

entienda que el estándar que resulta de esos otros sistemas es el que debe protegerse por los órganos jurisdiccionales antes los que se pide tutela de los derechos fundamentales, cuando en realidad en estos instrumentos internacionales sobre derechos humanos rige el principio de “estándar mínimo”: la protección que se dé a los derechos allí definidos en los Estados miembros no puede ser inferior a la que resulta del Convenio (y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, sin la cual no podría hoy entenderse el sistema del Convenio de Roma). Pero el Derecho interno puede establecer un nivel de protección superior, y será ese, y no el que resulte del sistema de Derecho internacional, el que debe proteger el órgano jurisdiccional nacional.

Asimismo, otro error que se aprecia en ocasiones en las resoluciones de los jueces ordinarios es el de entender que aplican correctamente el ordenamiento jurídico si aplican en todo caso la regulación constitucional y legal de los derechos fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la desarrolla. O, por decirlo de otra manera, que mientras no vulneren la citada regulación de derechos fundamentales y la citada jurisprudencia constitucional, no están cometiendo infracción legal alguna. Por ejemplo, ante un recurso de reposición o de reforma por infracción procesal, suele argumentarse por los jueces ordinarios a veces exclusivamente en clave constitucional para llegar a la conclusión de que si no se ha vulnerado el art. 24 de la Constitución, no ha existido la infracción procesal invocada en el recurso. Pero los derechos fundamentales son unos derechos “de mínimos”, no constituyen todo el ordenamiento jurídico, sino solamente la garantía de unas facultades, derechos e indemnidades que se consideran imprescindibles para preservar la dignidad humana y una sociedad democrática. El ordenamiento procesal no está constituido exclusivamente por el art. 24 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional que lo desarrolla. Pueden existir infracciones legales sin que por ello se infrinjan derechos fundamentales. Puede aplicarse incorrectamente por el juez la normativa procesal sin que se llegue a infringir el art. 24 de la Constitución. Por eso, la argumentación exclusivamente en clave constitucional ha de reservarse a las cuestiones con trascendencia constitucional, pero los derechos que del ordenamiento jurídico resultan para los sujetos jurídicos han de protegerse aunque no tengan anclaje en el sistema de derechos fundamentales.

H) EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO DE ENJUICIAMIENTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL JUEZ ORDINARIO

En la construcción del sistema de “límites de los límites” de los derechos fundamentales, junto al concepto de “contenido esencial” de los derechos fundamentales, el otro papel fundamental corresponde al “principio de proporcionalidad”.

Si bien el contenido esencial tiene base directa en el texto constitucional, por cuanto que el respeto del mismo viene expresamente impuesto en el art. 53.1 de la Constitución, el principio de proporcionalidad carece de tal base textual en la Constitución española. En todo caso se le ha querido buscar una base constitucional indirecta, y así varias resoluciones del Tribunal Constitucional afirman que el principio de proporcionalidad se incardina en la cláusula del Estado de Derecho (SSTC 85/1992, de 8 de junio, fj. 4º, 111/1993, de 25 de marzo, fj. 8º y 9º *in fine*), es inherente al valor justicia proclamado en el art. 1 de la Constitución (SSTC 50/1995, de 23 de febrero, fj. 7º, 173/1995, de 21 de noviembre, fj. 2º), o lo entroncan con los principios de interdicción de la arbitrariedad, art. 9.3 de la Constitución, o la dignidad de la persona, art. 10.1 de la Constitución (STC 55/1996, de 28 de marzo, fj. 8º)¹³³⁶.

Como indica Manuel MEDINA GUERRERO¹³³⁷, la aplicación por el Tribunal Constitucional español del principio de proporcionalidad como “límite de los límites” de los

¹³³⁶ Javier BARNES (“El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 5, septiembre-diciembre 1998, pág. 19) concluye que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se resuelven en afirmar que el principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho y al valor justicia proclamado en el art. 1.1 de la Constitución. María Emilia CASAS BAAMONDE (“La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación [¿o de proporcionalidad?] y principio de buena fe”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, junio 2004, págs. 2), afirma que es un principio derivado del «valor justicia» (art. 1.1. de la Constitución), de la dignidad de la persona (art. 10.2 de la Constitución) y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución), que sanciona los sacrificios innecesarios o excesivos de los derechos que la Constitución garantiza. No obstante, recuerda Javier BARNES la acertada afirmación de Klaus STERN de que los mejores esfuerzos no deben dirigirse tanto a localizar su ubicación en el texto constitucional cuanto a indagar su estructura y fisiología.

¹³³⁷ “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 118 y en la recensión del libro de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE “Escritos sobre derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, 1994, pág. 323.

derechos fundamentales (en los primeros años de su funcionamiento, de una manera imprecisa, a partir fundamentalmente de las SSTC 66/1995, de 10 de enero, y 55/1996, de 28 de marzo, de forma más depurada), junto al contenido esencial, se debe a la influencia alemana¹³³⁸. El Tribunal Constitucional español ha terminado por considerar, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal alemán, que dicho principio es un elemento integrante del Estado de Derecho (STC 85/1992, de 8 de junio, fj 4). También en el Derecho comunitario el principio de proporcionalidad ha tenido un gran desarrollo, especialmente por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por ejemplo al controlar los límites a los “derechos y libertades comunitarias” (no discriminación por nacionalidad, libertades de circulación, etc), lo que quizás explique que el primer apartado del artículo II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa recoja expresamente el principio de proporcionalidad como “límite de los límites” de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de dicha Constitución, haciendo expresa mención a los subprincipios de adecuación y necesidad, al establecer: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Como ocurre con la institución del contenido esencial, el principio de proporcionalidad es habitualmente considerado como una técnica aplicable a la labor del legislador en el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales y en los límites que esta legislación pueda imponer a tales derechos. Una vez sentado que los límites que el legislador puede imponer a los derechos fundamentales han de tener un anclaje constitucional, se trata de evitar que la vinculación del legislador a los derechos fundamentales quede orillada mediante la selección libérrima de los medios a través de los cuales se operan tales limitaciones. En Alemania eso se hizo incorporando al Derecho Constitucional una técnica

¹³³⁸ Peter HÄBERLE (“La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, *cit.*, pág. 67) afirma que dicho principio procede del Derecho de policía y del Derecho administrativo alemán. Ernst FORSTHOFF (“El Estado de la sociedad industrial”, *cit.*, pág. 232 y siguientes) afirma que fue desarrollado por el Tribunal Administrativo Superior prusiano al exigir de la actuación policial que el empleo de medios no fuera más allá de lo imprescindible para alcanzar la correspondiente finalidad policial.

del Derecho Administrativo nacida para controlar la discrecionalidad de la Administración, el principio de proporcionalidad. La incorporación de este principio permite revisar de modo objetivo la corrección de la conciliación entre derechos y bienes constitucionales, que ningún derecho fundamental resulte injustificadamente sacrificado en beneficio del otro derecho o bien jurídico con el que colisiona. De este modo, la reserva de ley que el art. 53.1 de la Constitución establece para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales es, en cuanto que tal regulación implica el establecimiento de límites al ejercicio de tales derechos, una “reserva de ley proporcionada”¹³³⁹.

Afirma Konrad HESSE¹³⁴⁰ que la limitación del derecho fundamental tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo (público) perseguido. Además, el medio tiene que resultar necesario: que no se haya podido elegir otro medio igualmente eficaz pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor al derecho fundamental. Y que ponderando en conjunto la envergadura de la intervención y lo imperioso de los motivos que la justifican, ha de velarse por los márgenes de lo que es razonablemente exigible. Con esta explicación se está refiriendo HESSE a los tres subprincipios o juicios de aplicación sucesiva que, de acuerdo con la construcción dogmática realizada por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, integran el principio de proporcionalidad como técnica de control de los límites de los derechos: el juicio de adecuación, el juicio de indispensabilidad y el juicio de proporcionalidad o ponderación en sentido estricto¹³⁴¹.

El juicio de adecuación va destinado a verificar que, inicialmente, hay un fin que constitucionalmente justifica la restricción del derecho¹³⁴² y que el medio elegido (el límite

¹³³⁹ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 117 y siguientes y “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 5, septiembre-octubre 1998, pág. 121, donde la denomina “reserva de ley proporcional”.

¹³⁴⁰ “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 110.

¹³⁴¹ Un análisis del tratamiento del principio de proporcionalidad por la jurisprudencia constitucional española, distinguiendo los tres subprincipios expresados, puede encontrarse en Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 127 y siguientes, y “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 122 y siguientes.

¹³⁴² Lo que plantea el problema de decidir cuando se está ante un fin constitucionalmente protegido, cuestión esta de gran importancia dado que cuanto más libres son los poderes públicos para elegir el fin de sus actuaciones, más débilmente puede ejercerse sobre ellos cualquier control, y en concreto el derivado del

del derecho fundamental) es apto para la consecución del fin perseguido (SSTC 66/1991, de 22 de marzo, fñ 2 , 66/1995, de 8 de mayo fñ 5 y 55/1996, de 28 de marzo, fñ 6). En este juicio se analiza la relación medio-fin desde un punto de vista técnico, no valorativo: resulta no proporcional, por inadecuada, la limitación de un derecho fundamental que no sirve para la obtención de un fin consistente en la protección o promoción de un bien o derecho constitucionalmente protegido¹³⁴³.

El juicio de necesidad o indispensabilidad supone la valoración de que los límites han de ser estrictamente indispensables o imprescindibles para preservar los derechos o bienes constitucionales que legitiman su establecimiento. Si puede encontrarse un límite adecuado que por infligir un daño menor implica una alternativa menos gravosa o restrictiva de derechos fundamentales ha de rechazarse el límite objeto de enjuiciamiento. En la medida en que los derechos fundamentales son limitados con una intensidad mayor de la que exige el fin constitucionalmente protegido por la restricción, dicho exceso en la limitación resulta innecesario y, por tanto, inconstitucional. Las restricciones a los derechos fundamentales serán proporcionadas cuando “por indispensables, hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de la libertad protegida, un sacrificio menor” (STC 66/1991, de 22 de marzo, fñ 2º). Se trata de averiguar si el límite es imprescindible o si cabía en este caso la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin conseguido (STC 66/1995, de 8 de mayo, fñ 5º). En este juicio se aborda la relación medio-fin desde un punto de vista comparativo, confluyendo elementos propios de un análisis empírico con otros de carácter valorativo, puesto que además de la constatación empírica relativa a la instrumentalidad de la medida, ha de determinarse si la limitación del derecho fundamental es más grave que otra posible, lo que necesariamente implica un juicio valorativo, que se complica por cuanto que una medida limitadora del derecho fundamental que se considere menos gravosa para ese derecho pudiera conllevar perjuicios para otros derechos fundamentales de los que sean titulares terceros ajenos a la

principio de proporcionalidad. La simple mención de un bien en el texto constitucional no permite afirmar, sin más, su carácter de constitucionalmente protegido y, al contrario, no es indispensable que ese carácter de protegido esté previsto expresamente en la Constitución, si puede deducirse tal extremo de forma razonable de la interpretación de la Constitución (en este sentido, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 82-83).

¹³⁴³ Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 103.

relación jurídica debatida, lo que aconseja descartar enjuiciamientos simplistas o excesivamente teoricistas¹³⁴⁴.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en valorar que exista un equilibrio entre las ventajas y perjuicios que inevitablemente se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien jurídico constitucionalmente protegido, realizando una valoración confrontada de intereses particulares y generales contrapuestos, lo que exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes del caso concreto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto abarca los dos polos de la relación; sólo si se ha efectuado una conciliación ponderada del derecho limitado con los bienes constitucionales que justifican la limitación, ésta se encuentra en relación razonable con el resultado perseguido. La restricción del derecho fundamental es proporcionada en sentido estricto si es “ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (STC 66/1995, de 8 de mayo, fñ 5º). Aquí el centro de gravedad recae en el juicio valorativo del peso que corresponde respectivamente a cada uno de los bienes o derechos que constituyen los términos de la relación medio-fin examinada, valoración que ha de realizarse a partir de la propia Constitución, consistiendo por tanto en un juicio estrictamente constitucional¹³⁴⁵.

A estos tres subprincipios hace referencia el Tribunal Constitucional en la STC 14/2003, de 28 de enero, cuando en su fñ. 9º, con cita de otras resoluciones anteriores, afirma:

“En otras palabras, de conformidad con una reiterada doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del

¹³⁴⁴ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 129 y siguientes, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 104 y siguientes.

¹³⁴⁵ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 131 y siguientes, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 108 y siguientes.

principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan basta con recordar que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto; SSTC 66/1995, de 8 de mayo, F. 5; 55/1996, de 28 de marzo, FF. 7, 8 y 9; 270/1996, de 16 de diciembre, F. 4.e; 37/1998, de 17 de febrero, F. 8; 186/2000, de 10 de julio, F. 6)”

La doctrina y la jurisprudencia alemanas han conectado el carácter jurídico-objetivo de los derechos fundamentales (o, lo que a estos efectos es lo mismo, de las normas constitucionales que los reconocen), y la concepción de los mismos como normas-principio y no como normas-regla, con la aplicación del principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de las limitaciones legales a los derechos fundamentales. Así, Robert ALEXY utiliza dicho principio como uno de los pilares fundamentales de su teoría de los derechos fundamentales como normas de principio que han de ser optimizadas, principalmente por el legislador al dictar normas de desarrollo, y afirma, como resumen de su “Teoría de los derechos fundamentales”¹³⁴⁶, que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, y que tal definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y viceversa; que el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad. Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por “optimización”, de acuerdo con la teoría de los principios¹³⁴⁷. Christian STARCK puntualiza esta tesis de ALEXY, en el

¹³⁴⁶ Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

¹³⁴⁷ Robert ALEXY, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 26.

sentido de que la aplicación del principio de proporcionalidad no debe conducir a que sólo una solución –la óptima- sea constitucional. Un determinismo constitucional de este tipo desconocería el carácter marco de la Constitución, absorbería completamente el Derecho ordinario y desembocaría en una continua superrevisión procesal¹³⁴⁸.

Es en este aspecto (el principio de proporcionalidad como causante de un “determinismo constitucional” en el que la legislación se reduciría a una exégesis de la Constitución) en el que se puede enmarcar la crítica que por parte de la doctrina se ha hecho de la aplicación del principio de proporcionalidad en la técnica de construcción de los “límites de los límites” de los derechos fundamentales.

Javier JIMÉNEZ CAMPO¹³⁴⁹ manifiesta su desacuerdo con la tesis que añade el principio de proporcionalidad al respeto del contenido esencial en la construcción de los límites de la acción reguladora del derecho fundamental por legislador. Para este autor, el principio de proporcionalidad o se identifica en este ámbito con lo que impone el respeto al contenido esencial o se subsume en las exigencias propias del principio constitucional de igualdad. Una proyección autónoma es inconciliable con la libertad de configuración del legislador. El respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales y las exigencias del principio constitucional de igualdad definen los límites materiales de la legislación sobre derechos fundamentales, sin que a estas exigencias expresas, deducibles directamente del texto constitucional, deba adicionarse el principio de proporcionalidad. La fórmula según la cual los derechos fundamentales son sólo “limitables” en atención a lo exigido por otros bienes y derechos constitucionales confunde el deber que pesa sobre el legislador en orden a realizar la Constitución en su conjunto con la cuestión del fin o causa de la legislación. Esto hay que conectarlo con el entendimiento temporal y no espacial que Javier JIMÉNEZ CAMPO hace del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, lo que, como indicaba Luis María DÍEZ-PICAZO, no deja espacio para el principio de proporcionalidad, pues toda intervención legislativa ajustada a las convicciones jurídicas básicas imperantes en ese momento histórico habría de reputarse de proporcionada y sería constitucionalmente

¹³⁴⁸ “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, *cit.*, págs. 26 y 27.

¹³⁴⁹ “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 67 y 74.

admisible, salvo que infrinja las exigencias del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución¹³⁵⁰.

En la República Federal de Alemania, Ernst FORSTHOFF¹³⁵¹ critica el control de la constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional Federal en base al principio de proporcionalidad, pues entiende que se hace una indebida aplicación en el Derecho constitucional de una categoría propia del Derecho administrativo, más concretamente del Derecho policial, cuando la situación del legislador frente a la Constitución es distinta a la de la Administración frente al conjunto de normas administrativas, pues la Constitución abre al legislador un amplio espacio para su decisión, no siendo su papel el de un mero ejecutor de la misma. El Tribunal Constitucional, al utilizar este principio en el control de la constitucionalidad de las leyes, estaría invadiendo competencias propias del Poder legislativo en detrimento de la representación del pueblo soberano, produciendo la quiebra del principio de seguridad jurídica.

Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE afirma que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado la tesis de que la limitación de los derechos fundamentales sólo puede llevarse a cabo de acuerdo con el principio de proporcionalidad; la limitación de los derechos fundamentales sólo puede llegar hasta donde resulte apropiado, necesario y proporcionado en sentido estricto, en orden a la consecución de un fin justificable de interés público formulado por la ley limitadora. Y hace una observación interesante, en cuanto insinúa una función del principio de proporcionalidad que va más allá del control de constitucionalidad de los límites que en las leyes de desarrollo puedan establecerse a los derechos fundamentales, función que, concretamente, operaría en el enjuiciamiento de litigios entre particulares en los que está en juego la vigencia de un derecho fundamental¹³⁵²: la utilización del contenido jurídico-objetivo de los derechos fundamentales (que, como se ha visto, es la base de la que parte la doctrina alemana para otorgar a los derechos fundamentales una trascendencia que supere la tradicional de

¹³⁵⁰ Ver *supra* epígrafe XI-G, “la resistencia de los derechos fundamentales a la inacción del legislador...”.

¹³⁵¹ “El Estado de la sociedad industrial”, *cit.*, pág. 231 y siguientes.

¹³⁵² Aunque no sea ésta necesariamente la intención de BÖCKENFÖRDE, muy reacio a la posibilidad de vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

derechos subjetivos de los ciudadanos en relación al Estado), que actúa en todos los ámbitos del Derecho, implica necesariamente la utilización del principio de proporcionalidad como fundamento de ponderación. Los derechos fundamentales como normas objetivas de principio desarrollan su eficacia en todas direcciones y ámbitos jurídicos, también de forma horizontal entre sujetos jurídicos y son en sí mismos indeterminados en su extensión e intensidad. Afectan a diferentes direcciones de libertad y protección, no necesariamente paralelas en cuanto al contenido, y actúan para diferentes titulares de derechos fundamentales. Tienen por ello en sí la tendencia a la “asimetría”. Si no se llega a una ponderación, ciertos contenidos de derecho fundamental se extienden unilateralmente a costa de otros contenidos de derecho fundamental o frente a otros titulares de derechos fundamentales. Por ello es necesaria la construcción del principio de proporcionalidad en la utilización de contenidos jurídico-objetivos de derecho fundamental¹³⁵³.

Pues bien, el examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español permite concluir que el principio de proporcionalidad no ha sido utilizado únicamente en las sentencias que han resuelto recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, en las que se hace un enjuiciamiento abstracto de la constitucionalidad de la norma, como por ejemplo las SSTC 178/1985, de 19 de diciembre, 160/1987, de 27 de octubre, 196/1987, de 11 de diciembre, 19/1988, de 16 de febrero, 141/1988, de 12 de julio, 113/1989, de 22 de junio, 178/1989, de 2 de noviembre, 215/1994, de 14 de julio o 55/1996, de 28 de marzo, es decir, no sólo ha sido utilizado para determinar si la limitación que al derecho fundamental establece el legislador en su desarrollo o en la regulación de su ejercicio es, por proporcionada, constitucional. También ha sido utilizado dicho principio en numerosas sentencias que han resuelto recursos de amparo, en las que no se valora la constitucionalidad de una ley, y concretamente la constitucionalidad de las limitaciones que una ley pueda suponer para el ejercicio de un derecho fundamental reconocido en la Constitución, sino que resuelven si procede conceder amparo de un derecho fundamental cuya vulneración se invoca, y en concreto, en sentencias en las que debe valorarse la eficacia del derecho fundamental invocado frente a otros derechos fundamentales o bienes iusfundamentales en juego, tomando en consideración las concretas circunstancias del caso.

¹³⁵³ “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, *cit.*, páginas 102 y 124,.

María Emilia CASAS BAAMONDE¹³⁵⁴ ha analizado este fenómeno en el ámbito de las relaciones laborales, afirmando que “algunas decisiones de la jurisprudencia constitucional se han servido, sin embargo, del principio de proporcionalidad, principio que originariamente regía o medía las limitaciones resultantes de la actuación de los poderes públicos en el ámbito de los derechos de libertad de los ciudadanos, también de los derechos específicos de los trabajadores –y no en el campo de los conflictos entre privados-, para efectuar su enjuiciamiento del ejercicio por los trabajadores de los derechos fundamentales”. Entiende esta autora que el carácter más estricto del juicio de proporcionalidad, comparado con el de ponderación¹³⁵⁵ y su mayor incisividad explica su utilización frente al poder público y su extensión a conflictos entre privados planteados como consecuencia de la penetración, tan intensa como la del poder público, del poder empresarial de control y vigilancia de los trabajadores ejercido a través del “orden tecnológico”: el principio de proporcionalidad descartaría las intervenciones “más agresivas y afectantes” al derecho

¹³⁵⁴ “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *cit.*, págs. 2-3.

¹³⁵⁵ La ponderación de bienes e intereses constituye una técnica tan profusamente invocada y utilizada como poco definida. Para Luis PRIETO SANCHÍS (“Justicia constitucional y derechos fundamentales”, Editorial Trotta, Madrid, 2003, pág. 18 y 191) “el juicio de ponderación es el modo de argumentar en la aplicación judicial de una Constitución que se quiere normativa y que, al mismo tiempo, aparece repleta de principios y derechos de fuerte contenido sustantivo que se proyectan sobre el conjunto del sistema jurídico, aunque propicien muchas veces soluciones tendencialmente contradictorias. Cuando fracasan las reglas tradicionales de resolución de antinomias [jerarquía, especialidad, preferencia de la ley posterior] y cuando, no obstante, tampoco se quiere abdicar de la toma en consideración de los preceptos constitucionales en toda clase de conflictos, la ponderación parece ser el procedimiento más racional (o razonable) para justificar unas decisiones adoptadas frecuentemente con escaso respaldo normativo”. En términos muy simples, la ponderación consiste en el análisis comparativo entre diversos bienes, derechos o valores jurídicos, íntimamente entrelazados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, en el entendimiento de que en conjunto forman un sistema unitario. Analiza los elementos en conflicto, sus recíprocas interacciones, y su línea de frontera, lo cual, por lo pronto, requiere identificar el contenido básico de cada uno de los elementos en juego. Con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto de conflicto, sino sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso. La ponderación constituye un género más amplio, que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan sólo preocupada por la razonable relación entre costes y beneficios. El juicio de proporcionalidad, pues, es una especie o variante de la ponderación de bienes. En segundo lugar, en los supuestos de conflicto o colisión entre derechos, la proporcionalidad en sentido amplio constituye un criterio más de la ponderación, con todos sus ingredientes (utilidad, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu*). En caso de conflicto, el término de comparación del juicio de proporcionalidad está compuesto por los derechos enfrentados: la restricción de una libertad (medio) en beneficio de otra (fin). Aun presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada, un derecho a favor de otro. La proporcionalidad se pondrá del lado del derecho que padece la restricción, del que padece la peor parte (Javier BARNÉS, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *cit.*, pág. 35 y siguientes).

fundamental y encauzaría la satisfacción del interés empresarial legítimo hacia intervenciones menos gravosas y, en todo caso, necesarias.

Ello implica que el principio de proporcionalidad tiene una virtualidad que no se limita a la actuación del legislador en el desarrollo de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales (y la consiguiente limitación de los mismos), sino que también alcanza a servir de técnica de enjuiciamiento por los tribunales de asuntos en los que está en juego un derecho fundamental. Dado que frente a ese derecho fundamental se encuentran normalmente otros derechos o bienes jurídicos de anclaje constitucional, se trata de utilizar una técnica jurídica para decidir si en el caso concreto ha de ampararse el derecho fundamental cuya vulneración se invoca, o si, ponderando las concretas circunstancias que en el caso concurren, la limitación del derecho fundamental que supone la concurrencia de otros derechos o bienes iusfundamentales que amparan la actuación de las otras partes en el litigio ha de considerarse adecuada constitucionalmente por “proporcionada”, y el derecho fundamental invocado no ha de ser amparado en el caso en cuestión.

Luis PRIETO SANCHÍS¹³⁵⁶, resalta el distinto papel que juega el juicio de proporcionalidad (aunque él le llama de “ponderación”) cuando se usa en el enjuiciamiento abstracto de las leyes y cuando sirve para resolver casos concretos, como son los conflictos entre derechos. En este segundo caso cabría hablar de una función positiva, de búsqueda de la solución que comporte el menor sacrificio de un principio o derecho compatible con la mayor satisfacción de otro según el criterio de proporcionalidad, lo que excluye idealmente otra respuesta distinta a la escogida como más proporcionada. Cuando se trata de enjuiciar en abstracto la constitucionalidad de las leyes, el juicio de proporcionalidad desempeña una función negativa, de exclusión de las soluciones que implican tal sacrificio de un principio que se muestran intolerables a la vista del grado de cumplimiento de otro, lo que deja abierto el camino a una pluralidad de soluciones (todas menos las no proporcionadas).

Esta aplicación del principio de proporcionalidad no ya en la resolución de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad, en las que se examina si las limitaciones que la ley establece al derecho fundamental son constitucionales, por proporcionadas, sino en la

¹³⁵⁶ “El juicio de ponderación”, *cit.*, pág. 213 y siguientes.

resolución de recursos de amparo, lo ha sido, en ocasiones, en supuestos en los que la invocada vulneración del derecho fundamental se había producido por la actuación del poder público, como es el caso por ejemplo de la STC 37/1989, de 15 de febrero, en la que se enjuiciaba la constitucionalidad de la resolución judicial, dictada en un proceso penal, que ordenaba el sometimiento de la recurrente en amparo a un examen ginecológico a fin de que por el médico forense se determinase la realización de una posible intervención quirúrgica de interrupción del embarazo, lo que, en el contexto de las actuaciones sumariales, habría de confirmar la verificación del hecho delictivo presumible, medida que, en los términos en que había sido acordada, se reputó vulneradora del derecho a la intimidad (art. 18.1º de la Constitución) de la recurrente en amparo. Afirma el Tribunal Constitucional en el f.º 8º de esta sentencia:

“Según una muy reiterada doctrina constitucional, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios (STC 26/1981, f. j. 5º), es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (STC 13/1985, f. j. 2º), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, f. j. 2º), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental”.

Otras sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad para resolver recursos de amparo en los que se alegaba vulneración de los derechos fundamentales por la actuación de los poderes público son, por ejemplo, la STC 66/1995, de 8 de mayo, relativa al derecho de manifestación, o, relativas a la proporcionalidad de los límites que en un proceso penal pueden establecerse a derechos fundamentales tales como los de integridad física y moral (afectada por toda clase de intervención corporal no consentida), el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio, las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, 166/1999 y 171/1999, de 27 de septiembre, 126/2000, de 16 de mayo, 136/2000, de 29 de mayo, 299/2000, de 11 de

diciembre, 14/2001, de 29 de enero, 138/2001, de 18 de junio, 202/2001, de 15 de octubre¹³⁵⁷.

Pero también el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad para resolver recursos de amparo dimanantes de litigios en los que la relación enjuiciada no era jurídico-pública, sino jurídico-privada, y la vulneración del derecho fundamental había sido causada originariamente por la actuación de un particular. Así se observa que ocurre en algunas de las sentencias en las que el Tribunal Constitucional ha desarrollado de un modo más preciso el citado principio de proporcionalidad, o al menos algunos de sus subprincipios (puesto que en ocasiones no hacía falta, por ejemplo, analizar si concurría el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, dado que el escrutinio realizado por el Tribunal Constitucional se detenía en el principio de adecuación o, como mucho, en el de indispensabilidad, para concluir que no concurrían uno u otro y otorgar consiguientemente amparo). Algunas de estas sentencias de amparo resuelven un conflicto entre los derechos de la personalidad, concretamente al honor o a la intimidad, y las libertades de expresión e información¹³⁵⁸, como es el caso de las SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, 85/1992, de 8 de junio, 219/1992, de 3 de diciembre y 14/2003, de 28 de enero¹³⁵⁹. En el f.º 2º de la citada STC 219/1992 el Tribunal Constitucional hace referencia a los subprincipios de adecuación e indispensabilidad, al afirmar:

¹³⁵⁷ En las que el Tribunal Constitucional, a su vez, hace una invocación, en el punto relativo a la exigencia de la proporcionalidad en la adopción de la medida de intervención de las comunicaciones en el curso de un proceso penal, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Klass* (Sentencia 6 de septiembre de 1978), *Malone* (Sentencia 2 de agosto de 1984), *Kuslin y Huvig* (Sentencia 24 de abril de 1990), *Haldford* (Sentencia 25 de marzo de 1998), *Klopp* (Sentencia 25 de marzo de 1998) y *Valenzuela* (Sentencia 30 de julio de 1998).

¹³⁵⁸ Analizo estas sentencias en “Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen”, Aranzadi, Pamplona, 1995, capítulo XIV, págs. 313 y siguientes.

¹³⁵⁹ Aunque en esta última el Tribunal Constitucional descarta que el conflicto de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen que se consideraron vulnerados por el recurrente en amparo se hubiera producido con las libertades de expresión e información, dado que la información en la que se distribuía la fotografía del recurrente como sospechoso de un asesinato fue facilitada por las autoridades policiales y, como dice la sentencia, “las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 de la Constitución, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones... la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d de la Constitución (ATC 19/1993, de 21 de enero)”.

“Pero precisamente porque el ejercicio de esa libertad fundamental puede entrañar la limitación de otro derecho fundamental, como el del honor, en el juicio de ponderación debe operar, junto a otras circunstancias (STC 104/1986), el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que exige que «toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos» (STC 85/1992). Si se quiere, dicho en otras palabras: que la eventual limitación de un derecho fundamental, por concurrir con otro en un mismo supuesto, como aquí ocurre, debe ser necesaria y adecuada en relación con el contenido y finalidad que uno y otro poseen de acuerdo a la Constitución”.

Y concluye el Tribunal Constitucional en el fj. 4º de la sentencia, tras analizar las circunstancias del caso objeto del recurso de amparo:

“En suma, de las circunstancias antes examinadas se desprende claramente que en el presente caso no existe la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información, atendido su contenido y finalidad, y el respeto al honor de la persona privada a la que se refiere la noticia publicada en el «Heraldo de Aragón»; habiéndose producido un sacrificio desproporcionado en detrimento del segundo. Pues era escasa o nula la relevancia pública de la información y, además, ésta apareció en un contexto susceptible de afectar al honor de dicha persona”.

También ha utilizado el Tribunal Constitucional el principio de proporcionalidad para enjuiciar posibles vulneraciones de derechos fundamentales en el ámbito laboral, como es el caso de las SSTC 99/1994, de 11 de abril y 6/1995, de 10 de enero, en las que el Tribunal Constitucional lo aplica por primera vez en este ámbito, y otras posteriores como las SSTC 37/1998, de 17 de febrero, fj. 8º, 98/2000, de 10 de abril, fj. 7º a 9º, 186/2000, de 10 de julio, fj. 6º y 7, 265/2000, de 13 de noviembre, fj. 5º y 8º, entre otras.

En el caso de estas sentencias, es significativo que el Tribunal Constitucional utilice el principio de proporcionalidad para enjuiciar si la restricción del derecho fundamental del trabajador motivada por el ejercicio por el empresario de su potestad disciplinaria (que el trabajador consideró constitutiva de una vulneración carente de cobertura constitucional y le llevó a recurrir en amparo) puede considerarse constitucionalmente legítima¹³⁶⁰. Y es significativo porque en casos anteriores, el criterio utilizado para enjuiciar la legitimidad de la restricción de los derechos fundamentales del trabajador en el seno de la relación laboral había sido fundamentalmente el de la buena fe (tal era el caso, por ejemplo, de las SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, 88/1985, de 18 de julio, 6/1988, de 21 de enero, y 126/1990, de 5 de julio), lo que había provocado serias críticas de algún sector de la doctrina, que había considerado que la buena fe no era un bien constitucionalmente protegido, por lo que no podía ser utilizado como criterio de enjuiciamiento de la legitimidad del recorte del derecho fundamental hasta el punto de justificarlo constitucionalmente¹³⁶¹.

Como señala Javier PARDO FALCÓN en su estudio de estas sentencias¹³⁶², el Tribunal Constitucional va a aplicar por primera vez en el ámbito laboral, con una relativa ortodoxia, el principio de proporcionalidad como técnica de control de los límites de los derechos fundamentales. Entiendo interesante resaltar que, además, tal principio de proporcionalidad es utilizado por el Tribunal Constitucional no en el control de la legislación de desarrollo de tales derechos fundamentales, sino en el enjuiciamiento del conflicto entre particulares en el que está en juego el derecho fundamental.

En la aplicación del principio de proporcionalidad que el Tribunal Constitucional hace en estas sentencias, sigue muy de cerca la construcción dogmática que del mismo ha

¹³⁶⁰ Salvo el caso de la STC 37/1998, en la que se trataba de decidir si la conducta de la Ertzaintza, al filmar la actuación de un piquete informativo durante una huelga general, había vulnerado el derecho fundamental a la libertad sindical.

¹³⁶¹ Así, por ejemplo, Ignacio DE OTTO Y PARDO, respecto de la STC 120/1983, caso del Liceo Sorolla, en la que dicho autor considera que falta con toda evidencia un razonamiento verdaderamente constitucional (“La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en la obra “Derechos fundamentales y Constitución”, *cit.*, pág. 122).

¹³⁶² “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 49, enero-abril 1997, págs. 299-309

realizado la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que comprende tres principios o juicios de aplicación sucesiva que antes se comentaron: el juicio de adecuación, el juicio de indispensabilidad y el juicio de proporcionalidad o ponderación en sentido estricto.

Respecto del juicio de adecuación (de la conducta empresarial limitadora del derecho fundamental al fin perseguido), siendo necesario, no es suficiente, y así lo declara el f.º 7º de la STC 99/1994, de 11 de abril:

“Descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”.

El segundo requisito examinado en esta sentencia por el Tribunal Constitucional es el de la indispensabilidad de la medida, segundo subprincipio del principio de proporcionalidad. Y al respecto, afirma el mismo fundamento jurídico:

“Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar -por parte de quien pretende aquel efecto- que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”.

Como observa Javier PARDO FALCÓN, es la primera vez que el Tribunal Constitucional realiza el juicio de indispensabilidad respecto de la limitación de los derechos fundamentales en el ámbito laboral. Y este juicio de indispensabilidad se realiza también en la otra sentencia comentada, la STC 6/1995, de 10 de enero, en la que, reiterando la doctrina de la STC 99/1994, entiende el Tribunal Constitucional que los requerimientos de la empresa

restrictivos de los derechos fundamentales del trabajador han de estar justificados por razones de necesidad “estricta”. Que en las declaraciones del jugador de fútbol que motivaron la sanción disciplinaria laboral

“...no era posible apreciar que comprometiesen ningún interés del empresario, legítimo y acreditadamente imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad productiva, y, por ende, que hubieran causado el daño específico que se requiere en nuestra jurisprudencia para entender excedidos los límites del razonable ejercicio de la libertad de expresión...” (fj. 3º).

Por lo que, resultando dudoso que existiera un interés empresarial (juicio de adecuación), en cualquier caso el Tribunal Constitucional descarta que dicho interés empresarial fuera acreditadamente imprescindible para el normal desenvolvimiento de la actividad productiva (juicio de indispensabilidad).

Concluye su estudio Javier PARDO FALCÓN afirmando que “el abandono por parte del Tribunal Constitucional de criterios subjetivistas como la buena fe a la hora de abordar los conflictos que pueden plantear el ejercicio por parte del trabajador de los derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano y su sustitución por otros instrumentos de control de los límites de los derechos fundamentales mucho más elaborados, como el principio de proporcionalidad, supone sin duda un notable y acertado cambio jurisprudencial sobre la materia”, línea que se continúa en posteriores sentencias del Tribunal Constitucional como las 106/1996, de 12 de junio, y 186/1996, de 25 de noviembre, aunque en otras, como la 4/1996, de 16 de enero, el Tribunal Constitucional vuelve a incidir en la buena fe como criterio de enjuiciamiento de la legitimidad del ejercicio del derecho fundamental por el trabajador (y, correlativamente, en el enjuiciamiento de la restricción que de tal derecho pueda hacer el empresario en el uso de su poder disciplinario).

En sentencias posteriores, que resuelven también recursos de amparo sobre violaciones de derechos fundamentales en el ámbito laboral, el Tribunal Constitucional ha vuelto a utilizar el principio de proporcionalidad como criterio de enjuiciamiento para

resolver sobre la constitucionalidad de la alegada limitación de los derechos fundamentales. Así, en la STC 98/2000, de 10 de abril, el Tribunal Constitucional, tras emitir el juicio de adecuación (en términos someros¹³⁶³, siguiendo su línea de otorgar un cierto margen de discrecionalidad al empresario en la apreciación de la utilidad para el fin empresarial de la medida adoptada), emite el juicio de indispensabilidad, declarando al respecto al final del f. 7º:

“Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad”.

Tampoco en este caso el Tribunal Constitucional llega a realizar el juicio de proporcionalidad estricto, por cuanto que el juicio de indispensabilidad realizado vuelve a dar como resultado, al igual que en las otras dos sentencias comentadas, que la medida empresarial, que restringía en este caso el derecho a la intimidad (se trataba de la instalación de un sistema de grabación de sonido en el centro de trabajo), no era indispensable para la protección de otro bien constitucional con anclaje constitucional, como era en este caso el legítimo fin empresarial de potenciar la seguridad en el centro de trabajo, por lo que no era necesario pasar al siguiente y último subprincipio del principio de proporcionalidad en el control de la constitucionalidad de la restricción del derecho fundamental.

Tal juicio de proporcionalidad estricto sí se realiza, siquiera sea de modo escueto, en la STC 186/2000, de 10 de julio, f. 7º, para concluir que, en el caso enjuiciado, la intromisión que supuso la instalación de un circuito cerrado de televisión, realizada a raíz de detectarse irregularidades, en el derecho a la intimidad del trabajador que desempeñaba su trabajo en la caja del establecimiento era proporcionada y por tanto constitucionalmente legítima, pues, habida cuenta de las circunstancias que en el caso concurrían, superaba los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta.

¹³⁶³ En ocasiones el Tribunal Constitucional se limita a identificar el bien constitucional perseguido.

Un aspecto destacable de la comentada STC 98/2000, al que se hizo referencia con anterioridad¹³⁶⁴ (y que también concurre en la STC 186/2000, de 10 de julio), es que el ejercicio del derecho fundamental cuya vulneración se alegaba no había sido objeto de desarrollo legislativo en ese tipo de relaciones jurídico-privadas (salvaguarda del derecho a la intimidad en el ámbito laboral frente a sistemas de grabación de imágenes o sonido). El Tribunal Constitucional ha de aplicar directamente la regulación constitucional del derecho fundamental, y ha de utilizar el principio de proporcionalidad para valorar la constitucionalidad de restricciones de dicho derecho no reguladas legalmente¹³⁶⁵.

Manuel MEDINA GUERRERO¹³⁶⁶, comentando la STC 85/1992, de 8 de junio, se pregunta hasta qué punto el Tribunal Constitucional puede operar con el principio de proporcionalidad no en el análisis de la resolución judicial a la que se imputa la violación del derecho fundamental, sino del caso en sí en que la violación del derecho fundamental se imputa a la conducta de un particular, y concluye afirmando que ello es posible, en base justamente a lo declarado en la referida sentencia, en su fñ 4^o¹³⁶⁷.

¹³⁶⁴ *Supra* epígrafe XI-A-d, “desarrollo legal de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”.

¹³⁶⁵ Víctor FERRERES COMELLA (“Justicia Constitucional y Democracia”, *cit.*, pág. 248) al analizar el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes que establecen un trato supuestamente discriminatorio, emplea un juicio parecido al de proporcionalidad, que él denomina de “razonabilidad”, y que incluye los subjuicios de legitimidad del fin, adecuación y proporcionalidad estricta. En el subjuicio de adecuación, utiliza los términos empleados por la doctrina jurídica norteamericana de *over-inclusiveness*, cuando la medida legislativa cubre una zona de supuestos que, a la luz del fin perseguido por la norma, no deberían incluirse, y *under-inclusiveness*, cuando la medida no cubre una zona de supuestos que, a la luz del fin perseguido, deberían incluirse, supuestos ambos en los que no se da tal adecuación. En el juicio de proporcionalidad aplicado a las actuaciones de particulares supuestamente vulneradoras de un derecho fundamental, la *over-inclusiveness* supondría una infracción del subprincipio de indispensabilidad o necesidad, puesto que la medida, al afectar a supuestos en los que el fin legítimo perseguido no entra en juego, no era imprescindible o necesaria, pudiendo ser sustituida por otra que limitara su alcance a la consecución del legítimo fin perseguido (por ejemplo, es lo acaecido en el supuesto enjuiciado en la STC 98/2000, de 10 de abril, en la que la grabación del sonido afectaba a cuestiones que excedían de la protección de la seguridad perseguido por la medida empresarial, por lo que se consideró que no superaba el juicio de necesidad). Y la *under-inclusiveness*, es decir, la no consecución de un fin que, a la luz del fin perseguido, debería conseguirse, supondría la infracción del subprincipio de adecuación, puesto que la medida restrictiva del derecho fundamental no estaría justificada al no ser apta para proteger el legítimo fin en la que pretendía apoyarse la restricción del derecho fundamental.

¹³⁶⁶ “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 134, nota 37.

¹³⁶⁷ Si bien en la misma se hacía una expresa invocación de la STC 37/1989, de 15 de febrero, en la que el principio de ponderación se aplicaba en una vulneración de derechos fundamentales producida por un poder público en una relación jurídico-pública.

En mi opinión, las sentencias analizadas, relativas a la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso de vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral o en el conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, son buena prueba de que el Tribunal Constitucional aplica el principio de proporcionalidad directamente al conflicto entre particulares en el que está en juego la eficacia del derecho fundamental y no a la actuación del juez ordinario al enjuiciar tal conflicto. Distinto es que, en ocasiones, la técnica de la “asunción judicial” que se utiliza para sortear el obstáculo que los arts. 41.2 y 44.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional suponen a la admisión de los recursos de amparo en el caso de vulneraciones de derechos fundamentales originadas por actos de particulares pueda llevar a equívocos sobre cuál es la relación jurídica a la que el Tribunal Constitucional aplica el principio de proporcionalidad, si a la relación jurídico-privada objeto del litigio, o a la relación jurídico-procesal constituida por el proceso en el que el juez ordinario resolvió tal litigio.

El propio legislador ha asumido la línea avanzada por el Tribunal Constitucional en el sentido de establecer la utilización del principio de proporcionalidad no ya en el control de la constitucionalidad de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, sino en el enjuiciamiento por los tribunales de los litigios sobre derechos fundamentales, en los que han de resolverse conflictos entre estos y otros derechos o bienes jurídicos. En un primer momento fue el art. 96 del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 abril, que aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, el que estableció que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Posteriormente, la Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha añadido al criterio discriminatorio del sexo previsto en la redacción originaria de este precepto los criterios discriminatorios de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Y asimismo, en sus arts. 32 y 36 ha establecido un precepto similar al de la Ley de Procedimiento Laboral transcrito, pero aplicable a los procesos contencioso-administrativos y civiles.

Luego la ley ya prevé expresamente la aplicación por el juez ordinario del principio de proporcionalidad en determinados litigios sobre derechos fundamentales (concretamente el de no ser discriminado del art. 14 de la Constitución en algunas de sus manifestaciones), también cuando el conflicto se produce entre particulares. De ahí que se prevea su aplicación por la jurisdicción social y civil, que conoce de tales conflictos entre particulares.

Entiendo que la aplicación del principio de proporcionalidad como técnica de enjuiciamiento del conflicto entre derechos fundamentales (o entre éstos y otros bienes iusfundamentales) en las relaciones jurídico-privadas supone un avance respecto de la utilización de otros criterios más difícilmente objetivables como el de la buena fe empleado a menudo por el Tribunal Constitucional, y concretamente utilizado, hasta las sentencias antes comentadas, en los casos en que se invocaba la vulneración de un derecho fundamental en el seno de una relación laboral. Mediante la utilización del principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de las vulneraciones de los derechos fundamentales se “tecnifica” apreciablemente la ponderación entre derechos fundamentales en conflicto (o bien en los conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes iusfundamentales, como aquellos en que, junto al derecho de propiedad, se apoyan los principios de dirección y potestad disciplinaria del empresario). Como indica Luis María DÍEZ-PICAZO¹³⁶⁸, dado que los [preceptos sobre] derechos fundamentales no son generalmente reglas, sino principios, no se aplican generalmente por la técnica de la subsunción, en términos de sí o no, sino por la técnica de la ponderación, siendo mandatos de optimización de valores o bienes jurídicos, el principio de proporcionalidad es, en este contexto, un instrumento muy útil cuando hay que hacer una ponderación, pues permite un notable grado de tecnificación a la hora de buscar un punto de equilibrio entre principios en colisión.

Pero esta “tecnificación” u “objetivización” respecto de otros criterios como la buena fe es sólo relativa. La aplicación de este principio de proporcionalidad para decidir sobre la legitimidad de restricciones a un derecho fundamental, o para decidir qué derecho debe prevalecer en una colisión entre derechos fundamentales, no elude una cierta dosis de subjetividad en la solución, porque, por ejemplo, no puede negarse la dosis de subjetividad

¹³⁶⁸ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 111.

que siempre existe en la apreciación de si la restricción de un derecho fundamental es adecuada para la protección de otro derecho fundamental o de un determinado bien iusfundamental, o si es imprescindible para tal protección, y más aún, en lo que se refiere al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la apreciación de si los beneficios para determinados derechos o bienes jurídicos, iusfundamentales o no¹³⁶⁹, en los que se intenta justificar la restricción de un derecho fundamental tienen suficiente entidad para justificar la restricción, o la apreciación de si tales ventajas son más o menos importantes que los perjuicios que se derivan para otros bienes en conflicto¹³⁷⁰. En alguna ocasión, el Tribunal Constitucional, bien es cierto que en cuestiones no afectantes a derechos fundamentales, ha realizado un ejercicio de *self-restraint* en lo relativo a ese juicio de proporcionalidad estricto, declarando que no le corresponde realizar el juicio político sobre la desproporción entre los medios empleados por el legislador y el fin perseguido, salvo que ello suponga “un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza”¹³⁷¹. De hecho, para que la

¹³⁶⁹ Aunque de acuerdo con Javier JIMÉNEZ CAMPO estos otros derechos que puedan suponer un límite a los derechos fundamentales han de ser también, a su vez, derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional a veces los menciona de un modo genérico. Afirma en este sentido María Emilia CASAS BAAMONDE (“La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *cit.*, pág. 7), que según la jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales no sólo se limitan por los derechos constitucionales, sino también por los bienes constitucionalmente reconocidos o protegidos; e incluso por bienes que disfrutaban de una protección infraconstitucional, como la buena fe contractual, desde la STC 120/1983 en el ámbito de las relaciones laborales. Así, la STC 91/1983, de 7 de noviembre, f. 3º declara que “[l]os derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y entre ellos el de reunión, no son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10 de la Constitución)”. Sin embargo, en otros casos el Tribunal Constitucional parece adoptar un criterio más estricto. La STC 11/1981, de 8 de abril, f. 7º, se refiere a “otros bienes constitucionales protegidos”. La 27/2001, de 29 de enero, f. 3º, con cita de otras anteriores, afirma que “los derechos fundamentales proclamados por la Constitución sólo pueden resultar limitados en los casos que la propia Constitución expresamente prevé o se infieran de la misma, al estar justificadas dichas limitaciones por la necesidad de preservar otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos”. En Alemania, el art. 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad “siempre que no se vulneren los derechos de otro”.

¹³⁷⁰ Manuel MEDINA GUERRERO (“La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 140 y siguientes), en relación con la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento de las leyes que restringen derechos fundamentales, afirma que es en la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto donde está el mayor riesgo de indebida usurpación por el Tribunal Constitucional de función legisladora, el mayor riesgo de decisionismo puro. También se pronuncia en este sentido Rafael NARANJO DE LA CRUZ (“Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 118), avisando del riesgo de que con tal control la norma constitucional pueda disolverse en un espacio de puro subjetivismo, donde la falta de decisión adoptada expresamente por la misma Constitución sería sustituida por las valoraciones subjetivas del órgano de control.

¹³⁷¹ Así ocurrió, por ejemplo, en la STC 66/1985, de 23 de mayo, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la ley orgánica que reformaba la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, suprimiendo el recurso previo de inconstitucionalidad, y en cuyo f. 1º se decía:

“La ilicitud constitucional de la finalidad legal es, en opinión del recurrente, consecuencia

aplicación del juicio de proporcionalidad dé como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de una ley es necesario que la norma limitadora del derecho fundamental infrinja alguno de los subprincipios expuestos de forma “evidente y manifiesta”, “de todo punto patente, clara y manifiesta”¹³⁷².

Los riesgos de subjetividad y de invasión del campo de actuación del legislador cuando el Tribunal Constitucional lo utiliza en el control de la constitucionalidad de las leyes que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales (en cuanto suponen una limitación de los mismos), puesto que deja un amplio campo de maniobra a disposición del intérprete, no pueden negarse, y buena prueba de ello es el elevado porcentaje de estas sentencias que cuentan con votos particulares, que reflejan las disensiones producidas en el Pleno del Tribunal Constitucional. Porque no puede olvidarse que este principio tuvo su origen, como se ha comentado, en el Derecho administrativo, y una aplicación poco matizada de este mecanismo de control supondría considerar al legislador como mero ejecutor de la Constitución, como la Administración que dicta el reglamento lo es de la ley. El Tribunal Constitucional español ha sido consciente de este problema. De ahí que en la STC 55/1996, de 28 de marzo, fj. 6º, declare:

“La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados

de la desproporción existente entre la misma y los medios arbitrados para conseguirla, que, en su opinión, se hubiera conseguido también, con menor sacrificio de las garantías constitucionales que el recurso previo implica, si, al suprimirlo, se hubiera otorgado a este Tribunal la posibilidad de suspender la vigencia de las leyes impugnadas o, manteniéndolo, se le hubiera atribuido carácter sumario. Es evidente, sin embargo, que esta desproporción de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin que se le atribuye es, en los términos en que el recurrente la ofrece, resultado de un juicio político, en cuyo mérito este Tribunal no puede entrar. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza. Como ello no es así, el argumento no permite sostener, ni la ilicitud del Proyecto, ni, como también el recurrente pretende, su falta de «adecuación constitucional»”.

¹³⁷² En este sentido, Javier BARNES, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *cit.*, pág. 16 y 45, con referencia a varias sentencias del Tribunal Constitucional.

de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas”.

La objeción antes aludida afecta, especialmente, al juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Mientras que los principios de adecuación y, aunque de modo más discutible, de necesidad permiten controlar los límites de los derechos fundamentales de acuerdo con criterios generalizables y no necesitados de excesivas dosis de valoración política, la ponderación de los intereses en conflicto propia del principio de proporcionalidad en sentido estricto es difícilmente controlable jurídicamente. Se ha objetado que la aplicación de este subprincipio carece de pautas firmes y estables que permitan una cierta previsibilidad en su utilización, por lo que, para algunos, se trata de una “fórmula vacía”, una “argumentación abierta”, que requiere ser provista de contenido por el órgano que procede a su aplicación, razón por la que debería confiarse en todo caso al proceso político, esto es, al legislador, puesto que se trata de un principio de carácter formal, en cuanto que no es portador de ningún criterio acerca de su contenido que permita llegar a una predecible decisión¹³⁷³, lo que supone un riesgo para la seguridad jurídica si es aplicado por el juez.

Sin embargo, la utilización de este principio supone ventajas respecto de otros alternativos menos elaborados o que dejan una mayor margen de apreciación al juez. Como afirma Javier BARNES¹³⁷⁴, si el juez no dispusiera de un test suficientemente elaborado para discernir el umbral a partir del cual una restricción adquiere relevancia jurídica por desproporcionada existiría un riesgo mayor de activismo o de denegación de justicia. La diferencia respecto de la utilización de otros criterios es que una decisión que siga los pasos impuestos por esta técnica exige al tribunal realizar un análisis expreso en clave constitucional, en clave de derechos fundamentales, lo que en principio dificulta la utilización de criterios basados en un casuismo arbitrario. Y asimismo es más fácil para los terceros seguir el razonamiento del tribunal y ver dónde, en qué paso del razonamiento, ha

¹³⁷³ Así lo pone de relieve Manuel MEDINA GUERRERO, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 128 y siguientes.

¹³⁷⁴ “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, *cit.*, pág. 33.

estado el elemento decisivo para resolver, mientras que en un decisionismo casuista y que no siga estas técnicas de razonamiento es más difícil controlar la decisión jurisdiccional. En el primer caso, las críticas pueden ir dirigidas de un modo más preciso. Cuando quien utiliza este principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de conflictos en los que está en juego un derecho fundamental es el Tribunal Constitucional, la cuestión sólo puede tener trascendencia cara a la crítica pública de sus resoluciones (lo que no deja de tener su importancia) o para acudir a instancias internacionales (fundamentalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo). Pero cuando quien utiliza tal principio en su enjuiciamiento es un órgano judicial, este carácter más técnico del enjuiciamiento y esta mayor claridad del razonamiento que se ha seguido para adoptar la decisión permite a las partes fundamentar de un modo más adecuado sus recursos ante órganos superiores de la jurisdicción ordinaria o, en su caso, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Manuel MEDINA GUERRERO¹³⁷⁵ hace un análisis muy acertado de las ventajas de la utilización del principio de proporcionalidad en el enjuiciamiento de los límites de los derechos fundamentales por el juez constitucional, y que aunque él refiere fundamentalmente al Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento de las limitaciones que al derecho fundamental puede suponer la legislación que regula su ejercicio al resolver un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad, entiendo también aplicable al Tribunal Constitucional cuando lo aplica, como hemos visto, en el enjuiciamiento de las limitaciones que para el derecho fundamental puede suponer un acto de otro poder público o incluso de un particular, al resolver un recurso de amparo, y por la misma razón al juez ordinario cuando tiene que realizar un enjuiciamiento de esta naturaleza. Manifiesta que cuanto menos formalizado y canalizado está el proceso de aplicación del Derecho constitucional, tanto mayor es el margen de maniobra del juez constitucional y, por tanto, la posibilidad de incidir en ámbitos funcionales ajenos (invadiendo la función del legislador). El principio de proporcionalidad añade ciertas pautas, directrices, puntos de referencia que coadyuvan a encauzar y predeterminar la argumentación del juez constitucional, y la hace más visible y previsible a los ojos de la colectividad, facilitándose que ésta desempeñe una tarea de supervisión que, en el caso del Tribunal Constitucional, resulta imprescindible por tratarse

¹³⁷⁵ “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 141.

de un órgano carente de control institucional (y en el caso del juez ordinario, como hemos dicho, facilita la labor de revisión de su resolución por el órgano superior).

No obstante, la aplicación del principio de proporcionalidad en las relaciones entre particulares presenta más problemas que en las relaciones entre éstos y el poder público. En las relaciones entre particulares nos encontramos con frecuencia ante el juego de interacciones recíprocas de los bienes y derechos constitucionales, por lo que puede ocurrir que por considerar desproporcionada una limitación del derecho fundamental del que es titular una de las partes en conflicto se limite de forma desproporcionada el derecho fundamental de la otra parte.

Las objeciones que se hacen a la aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de conflictos entre derechos fundamentales o entre estos y otros bienes jurídicos vienen a demostrar, en mi opinión, que no es posible eliminar toda dosis de subjetivismo en el enjuiciamiento de los conflictos, sobre todo en los casos en los que, como ocurre con los procesos judiciales o constitucionales de protección de derechos fundamentales, y a diferencia de los procesos de constitucionalidad de las leyes, no se trata de enjuiciar “en abstracto” la adecuación de una norma a las exigencias materiales, competenciales o de producción de normas de la Constitución, sino de enjuiciar el conflicto que se produce en un caso concreto, dotado de múltiples matices, necesariamente distintos de un supuesto a otro. Es plausible que en las resoluciones jurisdiccionales que resuelvan estos litigios se utilicen métodos de enjuiciamiento cada vez más técnicos, objetivables y que posibiliten el análisis crítico de las mismas por estar claramente explicitado el razonamiento que lleva a la solución del caso. Pero será siempre inevitable que en un momento u otro del enjuiciamiento, el órgano que adopta la decisión haya de hacer, “sin red normativa”, por utilizar la gráfica expresión de Luis PRIETO SANCHÍS¹³⁷⁶, valoraciones necesariamente caracterizadas de una cierta subjetividad. Lo fundamental es que se respete siempre el sistema de fuentes, que si existe una ley de desarrollo del derecho fundamental aplicable al litigio el juez aplique tal ley o, si la considera contraria a las exigencias constitucionales, plantee la cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 163 de la Constitución). Y que si existe alguna sentencia del Tribunal Constitucional que establezca criterios interpretativos

¹³⁷⁶ “El juicio de ponderación”, *cit.*, pág. 204.

aplicables al supuesto, los mismos sean aplicados por el juez ordinario (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Ahora bien, ¿es el mismo principio de proporcionalidad el que sirve para decidir por el Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los límites que la legislación de desarrollo de los derechos fundamentales impone a éstos que el que sirve para el enjuiciamiento realizado por el juez ordinario o por el Tribunal Constitucional en los procesos en los que se discute la vulneración de un derecho fundamental? Siendo cierto que en el primer caso se discute la corrección constitucional de una normativa abstracta y en el segundo caso ha de solucionarse un caso concreto, con un claro componente fáctico, en el que se discute si los límites que para un derecho fundamental suponen otros derechos o bienes jurídicos, son constitucionalmente admisibles, sin embargo en ambos casos la aplicación del principio de proporcionalidad ha de seguir los pasos derivados de los tres juicios o subprincipios sucesivos, por lo que la dinámica de la aplicación del principio es sustancialmente igual, sin perjuicio de las diferencias propias de enjuiciar la adecuación de los límites que para el derecho fundamental supone una normativa abstracta con las de enjuiciar la adecuación de los límites que suponen los derechos o bienes jurídicos de que son titulares otros sujetos de la relación jurídica y que han de ser ponderados para solucionar si procede amparar en el supuesto concreto objeto del litigio el derecho fundamental cuya vulneración se alega.

No obstante, ha de señalarse que en numerosas resoluciones el Tribunal Constitucional emplea el concepto “proporcionalidad” no tanto en el sentido del principio de proporcionalidad propiamente dicho, formado por los tres juicios o subprincipios indicados, sino en el sentido de equilibrio “proporcionado”, de sopesamiento (*balancing* en expresión anglosajona adoptada por nuestra práctica jurídica) entre los diversos factores a tener en cuenta para decidir sobre la protección del derecho fundamental. Así, por ejemplo, en la STC 204/2001, de 15 de octubre, en cuyo fj. 6º el Tribunal Constitucional declara

“El contexto en el que se expresan opiniones sirve para establecer el alcance del límite de las libertades y derechos implicados, y la proporcionalidad de sus mutuos sacrificios y restricciones, lo que presupone

que se está ante conductas que en principio pueden ser objeto de tutela constitucional”.

Aunque el Tribunal Constitucional no explicita claramente cual es la diferencia entre el juicio de ponderación y el juicio de proporcionalidad, entiendo, por el análisis de las resoluciones del Tribunal Constitucional donde se hace referencia a los mismos, que el segundo es una subespecie del primero, es una “ponderación” que se realiza de un modo concreto, dando los pasos sucesivos derivados de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta propiamente dicha, y por tanto de un modo mucho más técnico que el consistente en una simple “ponderación” casuística de los distintos elementos concurrentes en el conflicto a resolver.

I) DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. LOS LÍMITES INMANENTES

En la aplicación por el juez de las normas reguladoras de los derechos fundamentales y en el proceso de control de la conformidad con la Constitución de la limitación de los derechos fundamentales que tal aplicación lleva consigo cuando existe colisión con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos de anclaje constitucional, pueden distinguirse tres fases: 1) si la facultad menoscabada por el límite forma parte o no del contenido total, del “contenido constitucionalmente declarado” de que habla el art. 55.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, del derecho fundamental tal como es delimitado por la Constitución¹³⁷⁷; en caso afirmativo, 2) si el límite que para el derecho fundamental se deriva de su conflicto con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos de que son titulares terceros supera los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto; y, si la restricción es proporcionada, 3) si afecta al contenido mínimo del derecho fundamental, que en todo caso, aunque no haya desarrollo legislativo, ha de tener eficacia en la relación entre particulares.

¹³⁷⁷ Sobre la necesidad de delimitar el contenido constitucional de los derechos en juego, como tarea previa a determinar el ámbito de ejercicio legítimo de los derechos fundamentales, y comprobar luego los límites genéricos a su ejercicio, María Emilia CASAS BAAMONDE, “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *cit.*, págs. 3 y 4.

Estos dos últimos pasos han sido analizados en los anteriores epígrafes. Y se ha visto que, estando previstos en un primer momento para el control de constitucionalidad de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, también en la labor de enjuiciamiento que lleva a cabo el juez ordinario y el Tribunal Constitucional en el sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales (procesos ordinarios o especiales de protección de los derechos fundamentales, en el caso del juez ordinario, y recurso de amparo, en el caso del Tribunal Constitucional) tiene virtualidad el principio de proporcionalidad y asimismo el “contenido mínimo” de los derechos fundamentales que, no siendo equiparable al “contenido esencial” del art. 53.1 de la Constitución, sí que puede nutrirse sustancialmente de los esfuerzos hechos por la doctrina y la jurisprudencia para determinar lo que sea ese contenido esencial de cada derecho fundamental y libertad pública.

Procede analizar ahora el primero de tales pasos, es decir, decidir si una determinada facultad o garantía forma o no parte del contenido total del derecho fundamental tal como es delimitado por la Constitución. Este análisis ha de hacerse no solamente para el control de los límites legislativos de los derechos fundamentales, en sede del recurso o cuestión de inconstitucionalidad, sino también para resolver los litigios en los que se alega que una determinada facultad o garantía, que se dice forma parte del derecho fundamental, ha sido vulnerada (lo que normalmente equivale a decir limitada de forma contraria a Derecho) por la actuación de un tercero, sea el poder público, sea otro particular en una relación jurídico-privada. Se trata de analizar lo que puede considerarse como elemento subjetivo del derecho fundamental (por quién y frente a quién puede ejercitarse cada derecho fundamental) y las facultades y garantías integrantes del derecho fundamental de acuerdo con lo que en principio resulta del precepto constitucional que lo regula¹³⁷⁸.

También podría incluirse en esta delimitación el examen de lo que se ha venido a llamar los “límites inmanentes”, que no operan desde el exterior del derecho, sino que están insitos en el mismo y contribuyen, desde el interior del mismo, a delimitar su contenido.

¹³⁷⁸ En este sentido, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 35-36.

Este análisis ha de ser en todo caso previo al juicio de proporcionalidad y al examen de respeto del contenido mínimo, puesto que solamente si se considera que la facultad o garantía cuya protección se postula forma parte del contenido total protegido por la norma constitucional reguladora del derecho fundamental procederá decidir si la restricción que sufre el derecho fundamental al colisionar con otros derechos o bienes jurídicos es proporcional y si se respeta su contenido esencial. La tarea previa es, pues, delimitar el contenido constitucional de los derechos en juego y comprobar luego los límites genéricos a su ejercicio

La teoría de los “límites inmanentes” de los derechos fundamentales ha tenido especial importancia en la República Federal Alemana. En la Ley Fundamental de Bonn no se prevé una reserva genérica de ley para regular el ejercicio de los derechos fundamentales y, por tanto, limitarlo. Sólo en determinados preceptos de la Ley Fundamental reguladores de ciertos derechos fundamentales se prevé expresamente una reserva de ley. Es por ello que la doctrina alemana tuvo que elaborar la teoría de los “límites inmanentes” para evitar que los derechos fundamentales sin reserva de ley específica resultaran ser ilimitados. Para la determinación de tales límites no es imprescindible la intervención del legislador, pues los operadores jurídicos pueden aplicarlos directamente, sin perjuicio de que también el legislador pueda, sin necesidad de habilitación, regular tales límites inmanentes haciendo visibles las restricciones existentes *ex Constitutione*¹³⁷⁹. En la Constitución española no existe ese problema, puesto que el art. 53.1 de la Constitución prevé de un modo genérico la reserva de ley para regular el ejercicio de los derechos fundamentales, regulación que naturalmente supone en ciertos casos regular los límites de tal ejercicio, razón por la cual la teoría de los “límites inmanentes” no tiene la importancia que ha adquirido en la doctrina y jurisprudencia constitucional alemanas.

Algunos autores han hecho especial hincapié en la importancia de la correcta delimitación del contenido de los derechos fundamentales para evitar lo que han venido a denominar “falsas colisiones” o “colisiones aparentes”. Así, la identificación correcta del contenido de los derechos fundamentales permite distinguir los supuestos de colisión real de

¹³⁷⁹ En este sentido, Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 70 y siguientes.

derechos y bienes constitucionales de los casos de colisión aparente¹³⁸⁰. Si hay una delimitación correcta del haz de facultades, garantías e indemnidades que constituyen el ámbito protegido por un derecho fundamental, problemas tratados como limitación del derecho fundamental para proteger otros bienes constitucionales muestran ser en realidad problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ninguna ponderación de bienes y valores ni una jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas de derechos fundamentales. No cabe decir entonces que un derecho o libertad debe “ceder” ante otros bienes constitucionalmente protegidos porque aquél tenga un menor peso o un inferior rango, sino que es la propia Constitución la que ha delimitado con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho. Por ejemplo, no ha de decirse que la libertad de conciencia ha de ceder frente al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, porque la Constitución no ha reconocido nada similar a una objeción de conciencia del contribuyente¹³⁸¹.

Se ha acudido por algunos autores¹³⁸² a un criterio estricto en la determinación de qué haya de entenderse por contenido de un derecho fundamental para intentar evitar, o al menos minimizar, los supuestos de colisión de derechos fundamentales entre sí o con otros bienes jurídicos, que obligan a utilizar criterios de control, como es el caso del principio de proporcionalidad, en los que se entiende que existe una amplia posibilidad de decisionismo judicial.

El propio Tribunal Constitucional, en algunas resoluciones (v.g., SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, 170/1987, de 30 de octubre, 129/1989, de 17 de julio), no utiliza técnicas de control, tales como el principio de proporcionalidad comentado, sino que excluye del ámbito del derecho fundamental la conducta en cuestión, por lo que, de acuerdo con su

¹³⁸⁰ Javier JIMÉNEZ CAMPO, “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, *cit.*, pág. 58.

¹³⁸¹ Ignacio DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la constitución”, *cit.*, pág. 143 y siguientes.

¹³⁸² Como es el caso en la doctrina alemana de FRIEDERICH MÜLLER, cuya tesis es analizada por Robert ALEXY (“Teoría de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 300 y siguientes), Manuel MEDINA GUERRERO (“La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 54 y siguientes), Rafael NARANJO DE LA CRUZ (“Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares...”, *cit.*, págs. 54 y siguientes).

argumentación, no ha de resolver colisión alguna del derecho fundamental de que se trate con otros bienes o derechos, por cuanto que la conducta enjuiciada no está amparada por el derecho fundamental invocado. Así, en la primera de las sentencias citadas, el tribunal considera que “el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”. Conforme a esta sentencia, el derecho a la intimidad transformaría su contenido en la relación conyugal, debiendo acomodarse a condicionantes fijados por el ordenamiento jurídico. No hay, pues, que ponderar si la limitación del derecho a la intimidad es o no legítima por estar amparada en otro derecho o bien jurídico constitucional que debe prevalecer en esa colisión, puesto que no se ha producido inmisión alguna en el ámbito jurídico protegido por el derecho fundamental a la intimidad. De este modo, el Tribunal Constitucional elude la utilización de técnicas de control de los límites del derecho fundamental por otro derecho fundamental o bien iusfundamental en conflicto, tales como el principio de proporcionalidad y, con las reservas y matizaciones antes expuestas, la garantía del contenido esencial.

En el seno de las relaciones laborales el Tribunal Constitucional ha operado por regla general con una concepción restringida del contenido de los derechos. Así, la STC 120/1983, de 15 de diciembre, enmarca el ejercicio de la libertad de expresión en el complejo de derechos y obligaciones recíprocas que condiciona su ejercicio, afirmando que manifestaciones del mismo legítimas en otro contexto no lo son en esa relación. El contenido de los derechos fundamentales resulta modelado en el seno de las relaciones contractuales; el cumplimiento leal de las obligaciones voluntariamente aceptadas contribuye a “delimitar el concreto ámbito de la libertad constitucionalmente protegido” (STC 6/1988, de 21 de enero, fj 6º). Ni la libertad puede invocarse para romper el marco contractual en la relación privada, ni los principios de ésta pueden impedir más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato el ejercicio de libertad civil. El contrato de trabajo delimita el contenido de los derechos fundamentales. La STC 170/1987, de 30 de octubre, que resuelve un recurso de amparo sobre un trabajador despedido por no afeitarse, el Tribunal Constitucional entiende que la cuestión carece de entidad constitucional, pues no es un problema de límites sino de delimitación. Se opera, pues, con un concepto restringido del contenido del derecho. La STC 129/1989, de 17 de julio, que resuelve un recurso de amparo sobre una solicitud de cambio

de turno de trabajo para estudiar, entiende que el derecho a la libre organización productiva de empresario no limita el derecho a la educación, sino que lo delimita, por lo que la pretensión de los recurrentes queda fuera del ámbito protegido por el derecho educación¹³⁸³.

En lo que se refiere a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, afirma Manuel MEDINA GUERRERO¹³⁸⁴ que el Tribunal Constitucional opera con una concepción estricta del contenido del derecho fundamental cuando su ejercicio se enmarca en el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas. No hay un único contenido constitucionalmente protegido de aquellos derechos susceptibles de proyectarse en las relaciones jurídicas entre particulares. El amplio contenido que los define cuando se aplican frente a sus genuinos destinatarios, los poderes públicos, sufre una transubstanciación al incrustarse en la esfera privada, su contenido ha de ser reinterpretado restrictivamente para acomodarse a este nuevo ámbito. Abordar los casos de *Drittwirkung* como supuestos de límites de un único contenido constitucionalmente protegido fuerza la doctrina general sobre los límites urdida por la jurisprudencia constitucional. Frente al [contenido del] derecho ampliamente interpretado no cabe oponer un bien de rango constitucional alguno que justifique el límite; sólo puede apelarse a bienes de rango infraconstitucional, buena fe, abuso derecho, deber de fidelidad matrimonio, libre organización productiva.

En mi opinión, es cierto que una correcta identificación del contenido protegido por el derecho fundamental, de qué facultades y garantías han de considerarse amparadas por la norma constitucional y cuáles no, es fundamental a la hora de resolver los litigios donde se invoca la vigencia de un derecho fundamental, y en especial los que se suscitan en el seno de relaciones entre particulares. Así lo ha hecho con frecuencia el Tribunal Constitucional, en ocasiones, como ocurre en las sentencias citadas, para decidir que la facultad cuyo amparo se pide no se encuentra incluida dentro del ámbito protegido por la regulación constitucional del derecho fundamental, y en ocasiones para lo contrario, es decir, para desestimar la

¹³⁸³ En este sentido, Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 100 y siguientes.

¹³⁸⁴ *Op. cit.*, pág. 104 y siguientes

alegación de que la facultad cuya protección se pide esté excluida del derecho fundamental¹³⁸⁵

Asimismo, en esa labor de delimitación de los derechos fundamentales, como previa a cualquier otra consideración en la resolución de un litigio en el que se invoca una vulneración de un derecho fundamental, no puede entenderse que una consideración expansiva del contenido de tales derechos sea necesariamente más acorde con las exigencias constitucionales. Como recordaba Ignacio DE OTTO Y PARDO¹³⁸⁶, por mucho que ampliemos el contenido del derecho fundamental, siempre habrá una línea más allá de la cual pisaremos un terreno no amparado por la garantía, un territorio en el cual la norma constitucional ya no puede invocarse. La cuestión es cuándo nos hallamos ante un límite y cuándo ante una materia ajena al derecho, y éste es un problema de correcta exégesis de las normas constitucionales.

No es necesariamente más “garantista” una concepción expansiva de los derechos fundamentales. En primer lugar, ha de recordarse que el hecho de que una situación no esté protegida como derecho fundamental no equivale a negarle licitud, sino simplemente a relegarla al espacio exterior de lo constitucionalmente irrelevante¹³⁸⁷. En segundo lugar, flaco servicio se hace al sistema constitucional de derechos fundamentales si hipertrofiamos el ámbito protegido por los mismos. Como afirma Konrad HESSE¹³⁸⁸, citando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, cuanto más amplio sea el ámbito de vigencia y aplicación de los derechos fundamentales, mayor será el peligro de sobrecarga

¹³⁸⁵ Así ocurre, por ejemplo, en la STC 98/2000, de 10 de abril, f.j. 6º, cuando declara:

“Debe por ello rechazarse la premisa de la que parte la Sentencia recurrida, consistente en afirmar que el centro de trabajo no constituye por definición un espacio en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, de tal manera que las conversaciones que mantengan los trabajadores entre sí y con los clientes en el desempeño de su actividad laboral no están amparadas por el art. 18.1 CE y no hay razón alguna para que la empresa no pueda conocer el contenido de aquéllas, ya que el referido derecho se ejercita en el ámbito de la esfera privada del trabajador, que en el centro de trabajo hay que entenderlo limitado a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos, pero no a aquellos lugares en los que se desarrolla la actividad laboral”.

¹³⁸⁶ “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 148-149.

¹³⁸⁷ En este sentido, Luis María Díez-PICAZO, “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 105.

¹³⁸⁸ “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 93.

de la Constitución, y de una devaluación de tales derechos. Por otra parte, una correcta identificación del contenido de tales derechos hace que no sea preciso entrar en las siempre difíciles elucubraciones sobre cómo resolver un conflicto entre derechos fundamentales o en decidir si los límites que pretenden imponerse a tal derecho fundamental afectan o no a su contenido esencial o son o no proporcionados, si desde un primer momento se decide que la facultad o garantía cuya protección se pretende no está amparada por la norma del derecho fundamental.

Como decía Ignacio DE OTTO, se trata de un problema de correcta exégesis de las normas constitucionales. Es esencial un conocimiento riguroso de la dogmática y, sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales, que evite considerar como vulnerado un derecho fundamental por haberse desconocido una determinada facultad o garantía, cuando realmente la misma no pueda considerarse como integrante del contenido constitucionalmente protegido.

Ha de tenerse asimismo en cuenta que los propios preceptos constitucionales contienen elementos delimitadores del derecho fundamental que hay que tomar en consideración para delimitar el ámbito protegido por el derecho: la inviolabilidad del domicilio no excluye que pueda entrarse en el mismo, sin o contra la voluntad de su titular, con autorización judicial o en caso de flagrante delito (art. 18.2 de la Constitución); no se protege el derecho a comunicar libremente cualquier información, sino solamente la información *veraz* (art. 20.1.d de la Constitución); el derecho de reunión sólo tiene cobertura constitucional si la reunión es pacífica y sin armas (art. 21.1 de la Constitución); y tampoco está protegido constitucionalmente el derecho de asociación en asociaciones secretas o paramilitares (art. 22.5 de la Constitución).

Luis María Díez-PICAZO¹³⁸⁹ afirma que delimitación no es sinónimo de restricción, pues es posible que se complete la indeterminación del texto constitucional ampliando su sentido primigenio. Sin embargo, en nuestra doctrina, otros autores, como Ignacio DE OTTO¹³⁹⁰, adoptan una visión restrictiva de la delimitación de los derechos fundamentales e

¹³⁸⁹ “Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 103.

¹³⁹⁰ “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el 838

insisten en la importancia de este mecanismo para evitar tener que resolver, mediante la ponderación de bienes y valores o la jerarquización de los mismos, colisiones de derechos fundamentales en las que uno haya de ceder ante otro, cuando tales colisiones no son tales porque la posición de una de las partes enfrentadas no está protegida por un derecho fundamental. Especial importancia da DE OTTO a la exégesis de los preceptos constitucionales (no solamente al concreto precepto que regula un determinado derecho fundamental, sino a tal precepto en relación con el resto de normas de la Constitución), a la determinación de su objeto propio y del contenido de su tratamiento jurídico para evitar la aplicación de instituciones sin anclaje constitucional, como la buena fe o el abuso de derecho.

Para este autor¹³⁹¹, la articulación entre sí de los derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos no se plantea tanto en términos de “límites” como de “delimitación” del contenido del derecho. El contenido de la protección que éste otorga no resulta solamente de la norma que lo reconoce, sino que viene dado por la articulación de esta norma con las restantes de la Constitución, situadas en pie de igualdad y que pueden incidir también sobre la porción de realidad a la que aquel derecho se refiere. Sólo pueden reputarse verdaderos límites aquellas restricciones de dicho contenido que el legislador instaura operando desde el exterior del derecho con efecto constitutivo, esto es, estableciendo una limitación del derecho que de otro modo no tendría. Por el contrario, al analizar las restricciones de los derechos destinadas a proteger otros derechos o bienes constitucionales no se está, en realidad, indagando sobre unos auténticos límites, sino que, en puridad, se están abordando problemas de interpretación unitaria y sistemática de la Constitución, en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y de valores ni, consiguientemente, una jerarquización de esa naturaleza, sino un examen pormenorizado de cada una de esas normas. Por tanto, estando engastados esos mal llamados “límites” en el propio “contenido” del derecho, bastará con ahondar en la interpretación de ese contenido estricto para excluir del ámbito protegido determinadas conductas, sin necesidad de plantear formalmente colisión alguna entre el derecho concernido y otros bienes o derechos de

art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, pág. 143 y siguientes.

¹³⁹¹ “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, *cit.*, págs. 125 y siguientes.

naturaleza constitucional. Devienen así improcedentes buena parte de los instrumentos destinados a la protección de los derechos fundamentales frente a intromisiones ilegítimas, entre otros el principio de proporcionalidad, por lo que en estos supuestos de restricciones derivadas de la salvaguarda de otros derechos o bienes constitucionales es únicamente la identificación del contenido esencial del derecho fundamental afectado lo que garantiza la preservación de éste frente al legislador.

De este modo, ante la invocación de un derecho fundamental, no se trataría de justificar la legitimación de la limitación a tal derecho fundamental, sino de afirmar que no existe derecho fundamental alguno que proteger. “La sanción de un eventual incendio neroniano no es limitación del arte, sino sanción de un incendio”, afirma DE OTTO¹³⁹².

De acuerdo con esta tesis restrictiva de los derechos fundamentales, o al menos con la versión más extrema de la misma, no pueden producirse colisiones de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puesto que sólo uno de los sujetos enfrentados en la relación jurídica será titular de un derecho fundamental, mientras que el otro estará invocando una facultad o una garantía no incluida en el ámbito de protección del derecho fundamental. Por tanto, se tratará de delimitar correctamente los derechos fundamentales para ver cuál de las posiciones de los sujetos enfrentados no está amparada por derecho fundamental alguno. La “colisión” es solamente aparente¹³⁹³.

¹³⁹² *Op. cit.*, pág. 146.

¹³⁹³ En opinión de Claus-Wilhelm CANARIS (“Derechos fundamentales y Derecho privado”, *cit.*, págs. 105-106), en relación con el caso *Lüth* resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (ver *supra* epígrafe IV-C, “la eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”), no hay que ponderar la libertad de opinión de Lüth frente a la libertad artística de Veit Harlan, ya que el art. 5.3 Ley Fundamental de Bonn (que consagra como derecho fundamental la libertad artística) no es aquí, de partida, aplicable, y ni siquiera se llega a una colisión entre ambos derechos fundamentales [porque no hay acción del Estado que viole ese derecho fundamental]. Según CANARIS, este punto de vista restrictivo en la delimitación de los derechos fundamentales es dogmática y metodológicamente relevante, pues puede contribuir a evitar un recurso demasiado apresurado a la ponderación y para evitar la cada vez más creciente hipertrofia ponderativa. Sólo si algún órgano del Estado viniese a ejercer la crítica o a llamar al boicot de un film, el art. 5.3 Ley Fundamental de Bonn sería efectivamente “tocado”, esto es, en su función de derecho de defensa y prohibición de intervención. Esta tesis, que responde a la opinión mayoritaria en Alemania en el sentido de que los derechos fundamentales no tienen eficacia directa en las relaciones entre particulares, creo que no puede trasponerse sin más a nuestro ordenamiento jurídico. ¿Porqué si la crítica la ejerce el Estado se afecta un derecho fundamental y si lo hace un particular no? En todo caso, si la crítica procede de un particular puede que esté legitimada por el ejercicio del derecho fundamental de libertad de expresión (lo que no sucedería en el caso de que procediera de un órgano del Estado, que no es titular de derechos fundamentales), pero eso, en todo caso, hace que la intromisión sea legítima, si la libertad de expresión se ha ejercitado conforme a parámetros constitucionales, pero no hace inexistente el conflicto, la intromisión en el derecho fundamental.

Pero un examen de los supuestos conflictivos de eficacia de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares muestra la incorrección de esta tesis. La cuestión se ve con claridad, por ejemplo, en los supuestos a los que el Tribunal Constitucional ha aplicado la denominada doctrina del reportaje neutral: el particular alega que su derecho al honor ha sido vulnerado por la información dada por un periódico o emisora de radio o televisión, también de titularidad privada. El Tribunal Constitucional ha entendido que en cuanto tal información recoja de modo veraz, sin ser asumidas o reelaboradas por el medio informativo, declaraciones o informaciones de terceros que versen sobre cuestiones de relevancia pública, está amparada por el derecho a comunicar información veraz del art. 20.1.d de la Constitución¹³⁹⁴. Entiendo que en estos casos no puede afirmarse que la posición jurídica del demandante no está amparada por el derecho al honor (por ejemplo, cuando se imputa a un personaje público una conducta corrupta). La cuestión es que se produce una colisión entre dos posiciones jurídicas amparadas por el ámbito de protección de sendos derechos fundamentales, y hay que resolver la colisión utilizando criterios que permitan resolver cuál de los derechos fundamentales en conflicto ha de prevalecer en el supuesto enjuiciado.

La tesis “restrictiva” de Ignacio DE OTTO sobre el contenido del derecho fundamental, que permite excluir del ámbito protegido por el mismo a determinadas conductas sin necesidad de acudir a criterios de solución de colisiones o a decidir sobre la

¹³⁹⁴ La STC 136/2004, de 13 de septiembre, fj. 2º, resume así la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión:

“Nuestra jurisprudencia ha caracterizado lo que denomina «reportaje neutral» en los siguientes términos: a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). No hay, por tanto, reportaje neutral cuando no se determina quién hizo las declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b)]. b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de las mismas, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). Por tanto, si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, dentro de lo que se denomina periodismo de investigación. Dicho de otra forma, el “reportaje neutral” ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido. c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3)”.

proporcionalidad y respeto del contenido esencial de limitaciones del derecho fundamental, es operativa en casos poco dudosos, pero puede resultar perturbadora en casos dudosos, que, precisamente por generar dudas acerca de su resolución, requieren una argumentación que, orientada en torno a la ponderación de derechos o bienes en conflicto, excluya el puro decisionismo en la resolución de las controversias¹³⁹⁵.

Luis PRIETO SANCHÍS¹³⁹⁶ opina que la claridad que introduce la tesis de DE OTTO es más aparente que real, porque el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental no siempre se muestra evidente e indiscutible. Critica este autor a quienes piensan que los derechos fundamentales pueden concebirse como perfectamente delimitados desde la Constitución, que entre ellos y sus “límites” existe algo así como una barrera infranqueable: o mi conducta queda protegida por un derecho y entonces no puede ser restringida, o me muevo fuera de los márgenes externos al derecho fundamental y cualquier norma legal puede imponer restricciones; en definitiva, que entre los derechos fundamentales no pueden producirse conflictos si se delimita adecuadamente su contenido. “En suma –dice PRIETO SANCHÍS-, la propia disparidad de opiniones acerca del contenido de estos derechos acredita lo que queríamos demostrar: pocas veces el contenido de un derecho fundamental se muestra tan indubitado que permita discernir con toda precisión cuándo cierta obligación jurídica representa un límite al derecho y cuándo es una interferencia en la mera libertad natural, ajena a los derechos fundamentales”. Así pues, la tesis de la perfecta delimitación del contenido de los derechos fundamentales en el texto constitucional, sin necesidad de ponderarlos con límites externos, es difícil de sostener en el marco de Constituciones pluralistas dotadas de principios y derechos tendencialmente contradictorios¹³⁹⁷.

En mi opinión, esta concepción restrictiva del ámbito protegido por los derechos fundamentales, si bien tiene el mérito de resaltar que para iniciar el análisis de hasta dónde

¹³⁹⁵ Manuel MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 69.

¹³⁹⁶ “Estudios sobre derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 155 y siguientes y “Observaciones sobre antinomias y el criterio de ponderación”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso (Chile), núm. 45, 2000, pág. 472, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *cit.*, pág. 244.

¹³⁹⁷ Luis PRIETO SANCHÍS, “El juicio de ponderación”, *cit.*, pág. 209.

puede limitarse un derecho fundamental hay que determinar previamente hasta dónde llega el contenido del derecho fundamental, puesto que si la actuación queda fuera de éste no es preciso analizar la legitimidad de la limitación, sirve para evitar conflictos aparentes, pero no para evitar conflictos reales¹³⁹⁸. Tan sólo modifica el campo en el que la resolución judicial ha de decidir, trasladándolo desde la resolución de la colisión entre los ámbitos protegidos de dos derechos fundamentales a la inclusión o exclusión de determinadas facultades, garantías e indemnidades del ámbito protegido de un derecho fundamental. Los problemas que lastran la solución de los conflictos entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental y otros bienes jurídicos protegidos, como son el casuismo, la utilización de soluciones basadas en la aplicación de instrumentos de rango no constitucional, el riesgo de arbitrariedad, etc., se trasladan en definitiva de un campo a otro, del campo de la colisión al campo de la delimitación, pero las consecuencias prácticas son, si no las mismas, sí al menos muy similares. Así ocurre, entiendo, en buena parte de las sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas en las que el mismo resuelve el recurso de amparo declarando que la posición jurídica del recurrente no está incluida en el ámbito de protección del derecho fundamental, de modo que se evita tener que resolver una colisión entre el derecho fundamental invocado y otros derechos o bienes jurídicos, pero en el fondo el Tribunal Constitucional, al decidir que la facultad invocada por el recurrente en amparo no está incluida dentro del ámbito de protección del derecho fundamental, está resolviendo *ex ante* el conflicto entre tal derecho y otros derechos o bienes jurídicos.

Este modo de operar con un concepto restringido del derecho fundamental implica el riesgo de que no son aplicables los mecanismos de protección constitucionalmente habilitados para controlar los límites de los derechos fundamentales¹³⁹⁹, concretamente toda

¹³⁹⁸ Según Rafael NARANJO DE LA CRUZ (“Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.* pág. 59 y 61), esta delimitación restrictiva no logra evitar el conflicto entre bienes y derechos constitucionales, sino, más bien, disimularlo, con lo que ello implica de mayor libertad del intérprete de cara a su resolución, al cubrir con el manto de ficticia objetividad lo que no es sino fruto de una valoración relativa de bienes enfrentados.

¹³⁹⁹ Rafael NARANJO DE LA CRUZ (“Los límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 57 y siguientes) ve en esta delimitación restrictiva del derecho fundamental el riesgo de permitir una restricción “encubierta” del mismo, sin necesidad de someterse a los mecanismos de garantía y de control aplicables a los límites de los derechos fundamentales. Luis María Díez-PICAZO (“Sistema de derechos fundamentales”, *cit.*, pág. 104) ve en la concepción estricta de los derechos fundamentales defendida por Ignacio DE OTTO el inconveniente de que expulsa del campo de los derechos fundamentales situaciones íntimamente relacionadas con tales derechos fundamentales según las convicciones morales y jurídicas imperantes, con el resultado de que se convertirían en situaciones carentes de relevancia constitucional, con lo que el legislador tendría total libertad para regularlas. Por eso, apunta este autor, la concepción predominante del contenido de los derechos

la elaboración teórica existente sobre el principio de proporcionalidad y el contenido esencial¹⁴⁰⁰, por lo que aumenta el riesgo de restricciones arbitrarias del ejercicio del derecho fundamental, dado que si se considera que la facultad o garantía cuya protección se solicita no forma parte del contenido del derecho fundamental, puede dictarse una resolución desestimatoria de la pretensión (formulada en vía de acción o de excepción) de protección del derecho fundamental y no es preciso argumentar jurídicamente la aplicación de los límites del derecho fundamental y de los “límites de los límites”. Por tanto, la delimitación del ámbito protegido por el derecho fundamental ha de hacerse sin pretender resolver por anticipado los problemas de los límites del derecho fundamental como consecuencia de la colisión con otros derechos o bienes jurídicos. Para realizar tal delimitación en el momento aplicativo del derecho hay que aplicar la propia legislación de desarrollo de los derechos fundamentales (respecto de la que si se entiende que restringe indebidamente el ámbito protegido del derecho fundamental habrá que plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pero no ignorarla o inaplicarla), y si tal legislación no existiera, o no regulara la cuestión objeto del litigio, hay que hacer uso de los tratados y convenios internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por España, y de la jurisprudencia de los órganos que tienen encomendada su interpretación y aplicación, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en base a la previsión del art. 10.2 de la Constitución, y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la misma.

En todo caso, esta delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental no es una operación fácil ni unívoca. Para Tomás DE DOMINGO PÉREZ¹⁴⁰¹, delimitar un derecho fundamental no es una operación dogmática que conduzca a resultados inequívocos, es una operación que hay que realizar en cada caso concreto, indagando qué conductas constituyen ejercicio legítimo de un derecho fundamental, teniendo en cuenta perfiles del bien jurídico protegido, teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias del ejercicio del derecho fundamental. El momento aplicativo tiene, por tanto,

fundamentales no traza una distinción neta entre lo incluido y lo excluido, sino que los derechos fundamentales son el conjunto de un “núcleo de certeza” y un “halo de incertidumbre”.

¹⁴⁰⁰ Sobre el peligro de que la consideración de un límite como “inmanente” pueda servir para eludir la barrera del contenido esencial, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, “Límites de los derechos fundamentales...”, *cit.*, pág. 97.

¹⁴⁰¹ “El problema de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho”, *cit.*, pág. 277.

una importancia relevante para poder pronunciarse respecto a si la conducta del sujeto está protegida por el derecho fundamental o, por el contrario, existe una antinomia, un conflicto que hay que resolver.

Uno de los problemas que se plantean al hilo de la delimitación del ámbito de facultades, garantías e indemnidades inicialmente protegido por el derecho fundamental (o, lo que es lo mismo, por la norma constitucional que lo regula), es la existencia de cláusulas abstractas que permiten ampliar el referido ámbito. La existencia de estas cláusulas es necesaria para que una Constitución pueda adaptarse a las nuevas realidades sociales a medida que pasa el tiempo. Un ejemplo de ello es, en nuestra Constitución, el inciso final del art. 14, que tras prohibir la discriminación por determinados factores (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión), añade “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Ello no supone que cualquier factor que suponga un tratamiento distinto para diversos sujetos jurídicos haya de considerarse incluido en el art. 14 de la Constitución y, por tanto, inconstitucional el trato diferenciado que su aplicación supone, pero sí permite ampliar el catálogo de factores discriminatorios expresamente mencionados en dicho precepto. Como recuerda Víctor FERRERES COMELLA¹⁴⁰², sin una cláusula abstracta que permita ampliar la lista de derechos específicos [o, podríamos decir, ampliar el ámbito protegido por las distintas normas constitucionales sobre derechos fundamentales] es difícil que pueda adaptarse la Constitución para el futuro. La Constitución española es rígida, en cuanto a su reforma, en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que las cláusulas abstractas deben interpretarse como cláusulas de salvaguarda para el mantenimiento en el tiempo de la Constitución sin necesidad de reformas explícitas del texto. Constituyen, como sostenía Francisco TOMÁS Y VALIENTE, un instrumento al servicio de la “resistencia constitucional”. Una Constitución de detalle, que no incorpore estas cláusulas abstractas, tiene la ventaja de reducir la discrecionalidad interpretativa del juez, pero establece una vinculación injustificable para las generaciones futuras, pues no permite acoger nuevas exigencias éticas derivadas de aspectos nuevos no recogidos en cláusulas específicas.

Un problema de este tipo de mecanismos es que la ampliación progresiva de los derechos a través de las cláusulas abstractas lleve a una inflación de derechos que trivialice

¹⁴⁰² “Justicia constitucional y democracia”, *cit.*, págs. 120 y siguientes.

el significado de los derechos constitucionales. No todo lo que es digno de algún grado de protección debe figurar en el texto constitucional, de lo contrario, se difumina la especial calidad de determinados derechos, y sólo ellos, como fundamentales. Parafraseando a Jean Etienne Marie PORTALIS¹⁴⁰³ cuando afirmaba que “no hacen falta leyes inútiles: debilitarían las leyes necesarias, comprometerían la certeza y la majestad de la legislación”, puede afirmarse que no hacen falta reconocimientos inútiles de derechos, so pena de debilitar los reconocimientos necesarios y de comprometer la certeza y la importancia de las cartas constitucionales de derechos fundamentales.

Otra objeción a la ampliación del ámbito protegido por los derechos fundamentales a través de cláusulas abstractas, que tiene especial trascendencia en el aspecto de su eficacia en las relaciones entre particulares, es que puede suponer una restricción del ámbito protegido anteriormente por otros derechos fundamentales en aquellos casos en que la nueva facultad o garantía que se integre en el ámbito protegido por la norma de derechos fundamentales en virtud de la cláusula abstracta existente en la misma, tenga eficacia también frente a los particulares¹⁴⁰⁴, puesto que es evidente que la ampliación del ámbito protegido por un derecho fundamental en una relación entre particulares supone por lo general la restricción del ámbito protegido por los derechos fundamentales de los que son titulares otros particulares y que puedan entrar en colisión con aquél (por ejemplo, reconocer el derecho a no ser discriminados a los extranjeros limita la libertad de empresa para discriminar salarialmente, o el reconocimiento derecho a convivir *more uxorio*, en base a libre desarrollo personalidad, para equiparlo al matrimonio en el beneficio de la subrogación en el arrendamiento, restringe derecho propiedad¹⁴⁰⁵). Por tanto, en lo que respecta a las relaciones entre particulares, la ampliación del ámbito protegido por una norma de derechos

¹⁴⁰³ “Discurso preliminar al Código Civil francés”, *cit.*, pág. 33.

¹⁴⁰⁴ “Justicia constitucional y democracia”, *cit.*, págs. 130-131.

¹⁴⁰⁵ Se refiere Víctor FERRERES COMELLA a la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad del art. 58.1 de la entonces vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Realmente, el argumento del Tribunal Constitucional no fue tanto el reconocer como integrado en el ámbito protegido por un derecho fundamental el derecho a convivir *more uxorio* sino que, dada la finalidad protectora de la familia que justificaba dicho precepto legal, la diferenciación que introducía entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial –en cuyo favor la norma cuestionada reconocía el derecho a subrogarse- y el que lo sea de una unión de hecho –que la norma omitía mencionar- no sólo carecía de un fin aceptable desde la perspectiva jurídico-constitucional, sino que entraba en contradicción además con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental (fj. 6º).

fundamentales tiene costes en términos de libertad de otros sujetos¹⁴⁰⁶, razón que debe llevar a observar cautela en la ampliación del ámbito protegido por los derechos fundamentales pero que, según este autor, no es una objeción insalvable cuando tal ampliación está justificada (como es el caso de los dos supuestos utilizados como ejemplo).

En todo caso, el exceso en la ampliación del ámbito protegido por los derechos fundamentales puede traer consigo, en lo relativo a su eficacia en las relaciones entre particulares, el riesgo de transformar cualquier conflicto en un problema de derechos fundamentales: cualquier incidencia en las relaciones internas de una asociación legitimaría a los socios a invocar el derecho fundamental de asociación (y a promover incluso una demanda de protección de tal derecho fundamental con las especialidades previstas en la ley, tales como la intervención del Ministerio Fiscal, la tramitación preferente del proceso y los recursos, etc¹⁴⁰⁷) o cualquier acuerdo de una junta de propietarios decidiendo poner fin a una situación indebidamente tolerada en ocasiones anteriores puede ser impugnada amparando el derecho a no ser discriminado. Se incurriría en una especie de “ius-fundamentalismo” que devaluaría la importancia de la protección de los derechos fundamentales y vendría en la práctica a perjudicar a aquellos sujetos que realmente sufrieran vulneraciones en sus derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Existe, pues, en este campo una tensión entre la apertura de los derechos fundamentales para adaptarlos a las nuevas

¹⁴⁰⁶ Alessandro PACE (“Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale”, Padua, CEDAM-Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1990, págs. 4-7) se muestra reticente, por este motivo, frente a la utilización en Italia de la cláusula del art. 2 de la Constitución (“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo”) para prestar tutela constitucional a nuevos derechos no reconocidos específicamente en la norma constitucional, que, afirma, podrían entrar en conflicto con precisas normas constitucionales (de las que resultan concretos derechos fundamentales para otros sujetos). Según PACE, cuando se ha tratado de inferir nuevos derechos del art. 2 de la Constitución italiana no se ha meditado sobre el hecho de que la afirmación de un “derecho” automáticamente trae como consecuencia la imposición de una correspondiente “obligación” a cargo de alguien, lo cual podría considerarse admisible en las constituciones del siglo XIX, que notoriamente se limitaban a disciplinar únicamente la relación entre el ciudadano y el Estado, pero no en una Constitución como la actual Constitución italiana que enuncia reglas fundamentales también en lo que afecta a las relaciones *inter privatos*.

¹⁴⁰⁷ Mi experiencia personal como Juez de Primera Instancia es que buena parte de los procesos especiales de protección de los derechos fundamentales (el proceso especial de la Ley 62/1978 en su día y posteriormente el juicio ordinario con las especialidades previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000) en los que se invocaba la vulneración del derecho de asociación carecía de una mínima trascendencia constitucional y se referían a minucias de la vida asociativa de trascendencia constitucional cuando menos cuestionable: niños cuya pertenencia a la asociación había sido suspendida unos meses por haber insultado al profesor de tenis, socios sancionados por echar un gato muerto encima de la mesa del gerente de la asociación o a los que se incoó expediente disciplinario por haber intentado interferir en la venta de las instalaciones de un club recreativo por razones puramente económicas, etc.

realidades sociales y al cambio en las ideas y en los comportamientos, y la no extensión excesiva del ámbito protegido por los derechos fundamentales, que los desvirtuaría. De este modo, la exigencia de un sistema coherente de derechos fundamentales, coherencia relacionada con la dignidad de la persona humana que les sirve de fundamento, no admite que se incluyan este tipo de minucias en la delimitación de su ámbito de protección, puesto que destruyen tal coherencia al protegerse del mismo modo cuestiones trascendentes e intrascendentes.

Para Konrad HESSE¹⁴⁰⁸, los derechos fundamentales no deben trazar las líneas fundamentales del ordenamiento jurídico-privado, sino ser garantías específicas, puntuales para la protección de ámbitos especialmente amenazados de libertad humana, todo ello con el fin de evitar que el beneficio de una protección general y eficaz de los derechos fundamentales se convierta en la plaga de la inflación de los derechos fundamentales, con la cual, en su opinión, el Derecho privado tiene mucho que perder y los derechos fundamentales poco que ganar.

¹⁴⁰⁸ “Derecho Constitucional y Derecho Privado”, *cit.*, pág. 66-67.

CONCLUSIONES

- 1) No puede justificarse en el origen de los derechos fundamentales (Declaraciones de derechos del siglo XVIII) la negativa a reconocerles eficacia en las relaciones entre particulares, si bien es cierto que en la evolución posterior, en el siglo XIX, se produce una escisión entre la protección de los derechos en el ámbito privado, que se atribuye a los Códigos, y en el ámbito público, que se atribuye a las Constituciones. Pero hoy en día los derechos fundamentales, junto a su función de asegurar una esfera de no injerencia frente al poder público, tienen también una función de atribuir estatus, que actúa de forma multidireccional, también frente a los demás particulares.
- 2) Respecto a qué debe entenderse por derechos fundamentales, actualmente puede afirmarse que existe una vinculación inescindible entre derechos fundamentales y Constitución. De ello se deriva también que los problemas de los derechos fundamentales son también los problemas de la Constitución: eficacia directa y tutela judicial, limitación de la potestad legislativa y control de constitucionalidad de las leyes, modulaciones del procedimiento legislativo, delimitación de la jurisdicción de amparo.
- 3) Participo de la opinión, sustentada por un sector importante de la doctrina, de que lo determinante para delimitar el concepto de derechos fundamentales son los rasgos de vinculación inmediata de los poderes públicos, reserva de ley en la regulación de su ejercicio con respeto del contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución) y, por contraposición al art. 53.3 de la Constitución, tutela judicial. Por tanto, derechos fundamentales son los “derechos y libertades” del Capítulo II del Título I de la Constitución, que incluye tanto al art. 14 como a las Secciones 1ª y 2ª de dicho capítulo, si bien su estatuto constitucional no es uniforme, debido a su diferente “contenido accidental” (tutela judicial reforzada y acceso al recurso de amparo constitucional, reserva de ley orgánica y grado de rigidez para su reforma), y algunas de sus normas consagran garantías institucionales o mandatos al legislador.

- 4) Los derechos fundamentales de la Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución son también derechos fundamentales, aunque en ocasiones presenten rasgos propios de las garantías institucionales. Pese a que es difícil imaginar una demanda judicial que se base directamente en la invocación del reconocimiento constitucional de estos derechos, que suelen tener un extenso desarrollo legislativo, su carácter iusfundamental tiene trascendencia en la ponderación a realizar en los conflictos que en el seno de las relaciones jurídicas entre particulares se producen entre estos derechos y los del art. 14 y la Sección 1ª, y así se ha considerado por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, derecho a la intimidad o a la autodeterminación informativa de los trabajadores *versus* poderes empresariales con anclaje constitucional en los derechos de propiedad o a la libertad de empresa).
- 5) Sin profundizar, por ser ajeno al objeto propio de este trabajo, en la ruptura con el modelo constitucional tradicional que pueda en su día suponer la existencia de dos Constituciones en un mismo ordenamiento jurídico (el ordenamiento jurídico español, del que forman parte tanto las normas de Derecho interno como el “acervo comunitario”), los derechos fundamentales contenidos en la Parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa presentan las características propias de unos auténticos derechos fundamentales: vinculación a los poderes públicos, reserva de ley “proporcionada” con respeto del contenido esencial y tutela judicial. Tales derechos vinculan a las instituciones comunitarias y a las nacionales (incluidos los jueces ordinarios) cuando aplican el Derecho de la Unión (art. II-111-1). La cláusula de estándar mínimo del art. II-113, la necesidad de no utilizar distintos niveles de protección en litigios en los que sea aplicable tanto el Derecho de la Unión como el Derecho interno, y el juego que el art. 10.2 de la Constitución española y el art. II-113 y otros de la Constitución europea dan al Convenio de Roma hace que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo pase a ser el “denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo”. No obstante, la “suspensión” del proceso de ratificación del Tratado nos pone ante una situación en la que existen derechos fundamentales reconocidos en el acervo comunitario, procedentes de distintas fuentes (Tratados, Directivas y jurisprudencia del TJCE), inspirados básicamente en el Convenio de Roma y en las tradiciones constitucionales comunes, pero

que carecen de “visibilidad” e inserción como un sistema completo en el Derecho originario de la Unión.

- 6) Distintas son las teorías que se han elaborado acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Para la llamada *Drittwirkung* directa o inmediata, como consecuencia de las transformaciones que implica el Estado social, algunos derechos fundamentales, además de su función como derechos públicos subjetivos, rigen de modo directo en las relaciones entre particulares, y de su regulación constitucional emanan directamente derechos subjetivos privados del individuo. Junto con críticas simplistas, esta teoría ha sido objeto de críticas más rigurosas, la mayoría de las cuales se refieren al riesgo que supone para la seguridad jurídica de las relaciones privadas y para la libertad individual, bien desde una óptica “conservadora”, que rechaza las limitaciones que implica para los derechos de propiedad privada y libertad contractual, bien desde una óptica “progresista”, que alerta sobre el riesgo de que se difumine la separación entre la esfera pública y la privada.

- 7) Para la *Drittwirkung* mediata o indirecta, los derechos fundamentales vinculan directamente sólo al legislador, que ha de legislar en las materias de Derecho privado tomando en consideración los valores objetivos que los derechos fundamentales representan, y a los jueces, que han de tomar en consideración, al enjuiciar los litigios de Derecho privado, tales valores, que penetran en el Derecho privado a través de las normas de Derecho imperativo y de las cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, orden público, etc.). Sólo así influyen, indirectamente, en las relaciones entre particulares, sin que de ellos nazcan derechos subjetivos que los particulares puedan oponer frente a otros. Se critica a esta teoría por la “degradación” que supone transformar los derechos fundamentales en valores cuando operan en las relaciones entre particulares. La vinculación del legislador a los derechos fundamentales cuando legisla en materia de Derecho privado no es otra cosa que la vinculación que el mismo tiene a la Constitución, y la expectativa que esta teoría reconoce a los particulares de que los fallos judiciales dictados en los litigios privados respeten la regulación constitucional de los derechos fundamentales no es otra cosa que el derecho a la tutela judicial efectiva, a que los jueces fallen conforme a Derecho, que tales particulares tienen.

- 8) Desde otra óptica se ha atribuido a los derechos fundamentales una función adicional de imperativos de tutela o deberes de protección, con trascendencia también en las relaciones entre particulares, puesto que obliga al Estado a intervenir frente a vulneraciones de tales derechos procedentes no ya del propio Estado, sino también de la actuación de los particulares, y ello tanto a través de la legislación como de la actuación de los tribunales. A esta tesis se le ha criticado que desvincule esta función de protección del reconocimiento de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, por cuanto que sólo se comprende que los poderes públicos hayan de proteger los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas si los mismos rigen también tales relaciones.
- 9) Pese a que tales construcciones puedan aparecer en su explicación como compartimentos estancos, en realidad existe una comunicación fluida entre las mismas. Todas ellas parten de lugares comunes: el doble carácter de los derechos fundamentales, la superación de la concepción de los mismos como exclusivos derechos públicos subjetivos, el reconocimiento de, al menos, una cierta vigencia social de los derechos fundamentales, el reconocimiento de la importancia del papel del legislador y de su amplio margen de libertad en el desarrollo de tales derechos en las relaciones jurídico-privadas y el también importante papel del juez en su tutela, aunque esto último se conciba de distintas formas (tutelándolos de modo directo al tener plena vigencia en tales relaciones, en su función de interpretar el Derecho privado teniendo en cuenta la irradiación que en el mismo tienen tales derechos o como consecuencia del deber de protección). Igualmente, ninguna de estas construcciones, ni siquiera la de la *Drittwirkung* directa, postula una vigencia plena y homogénea de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares como la que presentan en las relaciones jurídico-públicas, puesto que en las relaciones jurídico-privadas ambas partes pueden ser titulares de derechos fundamentales. Por otra parte, su aplicación práctica ha llevado a una equivalencia en los resultados.
- 10) En la República Federal de Alemania, pese a que la primera formulación de la *Drittwirkung* sostenía la eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, finalmente, bajo la influencia del Tribunal

Constitucional Federal, se ha impuesto la tesis de la eficacia indirecta, así como la de la función de los derechos fundamentales como deberes de protección. Presupuestos fundamentales de la línea mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal y por la doctrina mayoritaria son que sólo los poderes públicos están vinculados por los derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn, que los derechos fundamentales no son solamente derechos individuales oponibles frente al Estado sino también un orden objetivo de valores que tiene un efecto de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico, incluido el Derecho privado, a través de las cláusulas generales, la interpretación orientada por los derechos fundamentales, la interpretación de acuerdo con los derechos fundamentales y la ponderación orientada por los derechos fundamentales y, finalmente, que los derechos fundamentales tienen una función adicional de deberes de protección, que obliga al Estado a intervenir para proteger las facultades, garantías e indemnidades que constituyen su objeto frente a vulneraciones procedentes de cualquier sujeto, sea público o privado. La actuación del Tribunal Constitucional Federal al conocer de los recursos de amparo en materia de Derecho privado relativos a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha alcanzado resultados más allá de lo defendido por quienes inicialmente formularon la *Drittwirkung* inmediata, es controvertida en la doctrina y ha dado lugar a fricciones con la jurisdicción ordinaria, pues se le ha acusado de rebasar los límites de lo constitucional y haberse convertido en una instancia de superrevisión.

- 11) En Canadá y Estados Unidos persiste la idea de que la Constitución sólo establece límites a la acción de los poderes públicos y que los derechos fundamentales no tienen eficacia directa ni indirecta frente a los particulares. Sin embargo, en Estados Unidos, ante los resultados insatisfactorios de la limitación de la vigencia de los derechos fundamentales a las relaciones entre el individuo y el Estado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado dos vías para ampliar con carácter excepcional el radio de acción de las garantías constitucionales: 1º) el ejercicio por un sujeto aparentemente privado de una función propia del Estado y 2º) la existencia de contactos o complicidades suficientemente significativas como para implicar al Estado en la conducta de un actor privado. Ambas conducen responsabilizar al Estado del acto impugnado (*state action*), prolongando así la especial tutela de las libertades

constitucionales, de modo que controversias surgidas entre particulares, que inicialmente estarían excluidas del ámbito constitucionalmente protegido, quedan comprendidas finalmente en el mismo. No obstante, situaciones inadmisibles para los sistemas constitucionales continentales europeos (por ejemplo, despidos por motivos ideológicos) son aceptables para el sistema constitucional norteamericano, a la vista de que se reconoce a los derechos fundamentales eficacia exclusiva en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos.

12) En Iberoamérica, la situación es muy dispar, según los países. Mientras que en algunos, como México, no puede atribuirse a los derechos fundamentales otra virtualidad que la de regir en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, e incluso se niega al juez ordinario la competencia para aplicar la Constitución, en otros los derechos fundamentales tienen también eficacia en las relaciones entre particulares, bien porque así se desprenda directamente de la regulación del carácter normativo de la Constitución y de la configuración del ámbito protegido por los derechos fundamentales, bien porque se reconozca la posibilidad de ejercitar la acción de amparo (en sus distintas denominaciones) frente a vulneraciones de derechos fundamentales producidas por particulares. Ello, sin embargo, no significa necesariamente una profundización en la cultura de protección de los derechos fundamentales, pues en ocasiones esa eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se ha utilizado para construir un concepto especialmente estricto de los límites del ejercicio de ciertos derechos fundamentales de especial importancia para un Estado democrático, como es el caso de la libertad de expresión. Asimismo, la utilización del recurso de amparo para poner coto a actuaciones que se consideran arbitrarias en cuestiones que, para nosotros, tienen una trascendencia de simple legalidad ordinaria, ha transformado en ocasiones a los tribunales encargados del conocimiento de estas acciones de amparo en una jurisdicción de equidad.

13) En el proceso político acaecido en Sudáfrica, que puso fin al régimen autoritario que sustentaba un sistema de *apartheid* racial, con trascendencia no sólo en la vida pública sino también en la privada, se ha suscitado un debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, y ello ha tenido su reflejo tanto en las

Constituciones promulgadas durante este proceso de transición, como en las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y en la doctrina jurídica. Se ha producido una tensión entre la necesidad de que el fin del *apartheid* alcance también a las relaciones privadas (colegios, viviendas, propiedad de las tierras, etc) y la inercia que supone, por un lado, la tradición del *common law* y, por otro, la de las costumbres jurídicas indígenas, reacias ambas a reconocer eficacia a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución en las relaciones privadas.

- 14) En el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la posibilidad introducida por el Protocolo 11 de que los particulares accionen ante el Tribunal de Estrasburgo y el reconocimiento por dicho Tribunal del deber de protección que tienen los Estados respecto de los derechos reconocidos en el Convenio, también frente a las vulneraciones producidas por particulares, introduce la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares en un ámbito en el que en principio no parecía que pudiera suscitarse.
- 15) En el Derecho comunitario europeo, el reconocimiento de derechos fundamentales en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa con un ámbito de eficacia en las materias en las que el ejercicio de las competencias ha sido atribuida a la Unión Europea, la “cláusula de estándar mínimo”, y la distinta doctrina que sobre un mismo derecho fundamental puedan sentar el Tribunal Constitucional nacional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pueden suscitar problemas cuando se produzcan conflictos entre derechos fundamentales “comunitarios” y derechos fundamentales “nacionales” de los que sean titulares los particulares, a los que habrá que encontrar solución.
- 16) Los problemas de los derechos fundamentales son en buena parte los problemas de la Constitución, y eso se ve con especial claridad cuando se trata de la eficacia de tales derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. En la polémica sobre si la Constitución afecta solamente a la regulación del Estado o por el contrario regula la comunidad, la sociedad en su conjunto, situándose como vértice del ordenamiento jurídico en su totalidad y no sólo del Derecho público, la concepción de la Constitución

como elemento limitador del poder político es característica del Estado liberal de Derecho, mientras que el entendimiento de la Constitución como norma reguladora de la convivencia social, de la que dimanen directamente derechos y obligaciones, es consecuencia directa del Estado social y democrático de Derecho. Pese a las advertencias de la doctrina iusprivatista más tradicional, que alertó sobre el peligro de “invasión” del Derecho privado por el Derecho constitucional, acabó imponiéndose la idea de que la Constitución no es solamente la norma básica del Estado sino también el orden jurídico fundamental de la comunidad.

- 17) La relación entre la Constitución y las normas infraconstitucionales no es de mera jerarquía sino de supremacía por cuanto que además de su condición de jerárquicamente superior, la Constitución, y dentro de ella muy especialmente la regulación de los derechos fundamentales, desarrolla una función de irradiación sobre el resto del ordenamiento jurídico. Esta trascendencia de los derechos fundamentales en la totalidad del ordenamiento jurídico está vinculada de modo importante al reconocimiento de su doble carácter: además de ser derechos subjetivos, son normas objetivas de principio, que encarnan un orden objetivo de valores y actúan en todos los ámbitos del Derecho, no sólo aquellos en los que el Estado participa directamente en las relaciones jurídicas.
- 18) La polémica sobre si los preceptos constitucionales, entre ellos señaladamente los reguladores de derechos fundamentales, tienen carácter normativo y directamente aplicable o, por el contrario, presentan un valor meramente programático, también se suscitó en España tras la Constitución de 1978 y ha sido decidida, fundamentalmente por el Tribunal Constitucional, a favor de la primera de las tesis: la Constitución no sólo regula las fuentes del Derecho, sino que ella misma es norma jurídica directamente aplicable y fuente de derechos.
- 19) No obstante, la tesis de la fuerza normativa de la Constitución no ha estado ni está exenta de polémica. Se plantea por un sector de la doctrina que la atribución a la Constitución de la función de ley, de modo que de ella pueda resultar la decisión de casos concretos, choca con que la estructura normativa material de la gran mayoría de las normas de la Constitución es insuficiente para ello. Algunos autores, como reacción a la tesis

normativa de la Constitución, optan por una vuelta a un modelo de Constitución procedimental, que establece procedimientos y estructuras para la toma de decisiones, pero no preserva valores sustantivos específicos, de modo que la misma no contiene mandatos o prohibiciones sustanciales que restrinjan al legislador, siempre que se respeten las normas constitucionales sobre competencia, procedimiento y forma, con el riesgo, en materia de derechos fundamentales, de que éstos vuelvan a ser simplemente la plasmación del principio de legalidad en la actuación de la Administración. Cuando se opta por una Constitución sustantiva, se plantea la disyuntiva de utilizar disposiciones muy abstractas, con el riesgo de que el juez imponga sus convicciones personales atribuyéndoselas al constituyente, o disposiciones muy específicas, que reducen la indeterminación interpretativa y el riesgo de colisiones entre disposiciones constitucionales, pero pueden provocar una excesiva rigidez que provoque una rápida obsolescencia del texto constitucional.

- 20) Se produce también una reacción frente a la degradación de la ley, infravalorada frente a la sobrevaloración de la Constitución, puesto que aquella pasa a estar subordinada a ésta y controlada en tal ajuste por el Tribunal Constitucional. Muestras de esta crisis del concepto tradicional de ley son la desaparición del viejo recurso de casación por infracción de ley (que ahora será por infracción del ordenamiento jurídico, siendo suficiente la infracción de un precepto constitucional) o la previsión de “acomodación en vía interpretativa” de la ley a la Constitución (art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), utilizando medios distintos de las técnicas tradicionales de interpretación jurídica. Todo ello provoca, en opinión de algunos autores, una extensión desorbitada de la técnica de aplicación directa de la Constitución y un debilitamiento de la vinculación del juez a la ley, potenciando extraordinariamente el Derecho judicial. Frente a ello, se reacciona en el entendimiento de que si bien sin Constitución no hay poder democrático, sin ley es difícil que haya Estado de Derecho, y que el principio de legalidad del art. 9.3 de la Constitución significa fundamentalmente que la producción normativa está encomendada básicamente a normas escritas producidas por el poder público de elección y funcionamiento democrático, esto es, a leyes emanadas del Parlamento.

- 21) Dentro de esta reacción frente a la degradación de la ley, se pone el acento en la importancia del desarrollo legislativo de los preceptos constitucionales, en concreto los reguladores de derechos fundamentales, en detrimento de la aplicabilidad directa de la Constitución. Debe ser la ley la que determine el contenido específico de los “conceptos esencialmente controvertidos” utilizados por el constituyente en las normas sobre derechos fundamentales, resuelva la colisión entre las disposiciones constitucionales que protegen diferentes bienes iusfundamentales, y fije su nivel de eficacia en las relaciones entre particulares, lo que además se deriva de la reserva de ley prevista en el art. 53.1 de la Constitución. El riesgo de esta tesis, llevada a su extremo, es que los derechos fundamentales, concretamente cuando afectan a relaciones entre particulares, quedan reducidos a “giros en el vacío” a los que sólo el legislador da contenido.
- 22) En el debate sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares en el ordenamiento jurídico español se acude en primer lugar a la base textual que pueda existir en la Constitución española. Mientras que algunos autores deducen del texto de la misma, fundamentalmente de la previsión de que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos contenida en el art. 53.1, que los mismos son eficaces sólo frente al poder público, otros autores deducen el reconocimiento de su eficacia también en las relaciones entre particulares de la cláusula social del Estado de derecho del art. 1.1, la afirmación de sujeción a la Constitución no sólo de los poderes públicos sino también de los ciudadanos del art. 9.1, el mandato a los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas del art. 9.2 y la declaración de que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden público y de la paz social del art. 10.1, así como de concretos preceptos relativos a derechos fundamentales, habida cuenta de que la naturaleza de algunos de ellos (como es el caso de los derechos de la personalidad del art. 18.1 o de los derechos fundamentales “laborales” del art. 28) los hace aptos para regir prácticamente en exclusiva en relaciones entre particulares.

23) En mi opinión, la base textual (que en las Constituciones en las que es clara, como es el caso de la portuguesa, no ha resuelto el debate sobre la eficacia que deba darse a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares) necesita ser complementada por una opción interpretativa. Los ciudadanos están sujetos a la Constitución (art. 9.1 de la Constitución), lo que en lo relativo a los derechos fundamentales significa que han de respetar las facultades de actuación y la garantía de indemnidad que para los demás ciudadanos supone el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales. Pero tal sujeción la tienen como titulares a su vez de derechos fundamentales (lo que no ocurre con los poderes públicos), por lo que en los casos de conflicto entre derechos fundamentales de que sean titulares diversos individuos, esa sujeción habrá de hacerse efectiva ponderando los derechos fundamentales y bienes iusfundamentales en conflicto. Los ciudadanos, en virtud del principio de libertad del art. 1 de la Constitución y de los derechos de libertad política e ideológica que se les reconoce en el texto constitucional, son libres de compartir o no los valores constitucionales que fundamentan la regulación de los derechos fundamentales, pero esa libertad no impide que exista una obligación, exigible jurídicamente, de respetar los derechos fundamentales de los demás. El art. 53 de la Constitución ha de ser interpretado de un modo sistemático, teniendo en cuenta su ubicación en el Capítulo IV del Título I, titulado “de las garantías de las libertades y derechos fundamentales”. Su apartado 1º contiene la previsión de que los derechos fundamentales del Capítulo II vinculan a los poderes públicos no para contraponerla a su falta de eficacia frente a los sujetos privados, sino para fijar concretamente el alcance de la garantía de los derechos fundamentales por los poderes públicos. No tiene una finalidad sustantiva, sino instrumental. Descendiendo a un nivel infraconstitucional, la existencia de normas procesales de protección de los derechos fundamentales en el orden civil y laboral, y en algún caso sustantivas, de protección frente a la discriminación también en el sector privado, sólo se explican si se entiende que los derechos fundamentales pueden ser también vulnerados por los particulares.

24) El Tribunal Constitucional español, en algunas resoluciones, ha afirmado la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, apelando en unos casos a argumentos procesales, concretamente la previsión de una vía civil para la protección de tales derechos en la Ley 62/1978, y en otros casos a argumentos materiales, al afirmar,

con carácter general, que las relaciones entre particulares no quedan excluidas del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, que pueden ser vulnerados por actos privados, aunque subrayando la necesidad de realizar matizaciones, y reconociendo de modo más concreto tal eficacia en las relaciones laborales. Asimismo, la configuración legal, que no constitucional, del recurso de amparo, al concederse frente a las vulneraciones provocadas por un poder público y, en el caso de que éste sea un órgano judicial, exigirse que la imputación de la vulneración a su actuación u omisión sea inmediata y directa, ha provocado distorsiones en el tratamiento de la cuestión, porque para poder imputar la violación del derecho fundamental a la sentencia que no amparó frente a la violación de un derecho fundamental causada por la actuación de un particular, el Tribunal Constitucional ha limitado a veces la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a su función de deber de protección por parte del órgano judicial. En otros casos, el Tribunal Constitucional no ha hecho pronunciamientos expresos sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, pero al resolver el recurso de amparo ha partido del presupuesto implícito de tal eficacia (sobre todo en cuestiones laborales y en conflictos entre libertades de expresión e información y los derechos de la personalidad). Esta línea jurisprudencial, en la que se intercalan sentencias que para desestimar el amparo recurren al argumento de que los derechos fundamentales sólo rigen frente a los poderes públicos, o en las que sin un reconocimiento expreso de tal eficacia en las relaciones entre particulares se alcanzan resultados prácticos que otorgan una amplia eficacia a tales derechos en este tipo de relaciones jurídico-privadas, hace que también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español pueda hablarse del “espejismo” de la *Drittwirkung*.

- 25) Las constituciones europeas posteriores a la II Guerra Mundial, y de modo destacado la Ley Fundamental de Bonn, añaden al reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales la utilización de técnicas jurídicas de protección de los citados derechos. Estas técnicas pueden clasificarse en garantías generales o normativas y garantías jurisdiccionales. Entre las primeras ha de destacarse, a efectos de lo que a este trabajo interesa, la normatividad, aplicabilidad y eficacia directa de la Constitución, en concreto, de su regulación de los derechos fundamentales. Esta garantía genérica de la

normatividad enlaza con las garantías jurisdiccionales: los derechos fundamentales son “fundamentales” por estar reconocidos y protegidos de forma cualificada por la Constitución, pero son “derechos” porque son actuables con base directa en la Constitución, a través de un proceso, ante órganos independientes e imparciales que han de resolver en base a criterios jurídicos.

- 26) En España, el sistema de justicia constitucional está integrado tanto por los jueces ordinarios como por el Tribunal Constitucional. Hay dos jurisdicciones pero un único sistema. Dentro de ese único sistema de justicia constitucional, ambas jurisdicciones se organizan en base a los principios establecidos en la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la Ley Orgánica del Poder Judicial: subsidiariedad normal del amparo constitucional, supremacía del Tribunal Constitucional, carácter eventual y extraordinario del amparo constitucional y especialidad de su ámbito material.
- 27) Es destacable la importancia que para los jueces ordinarios tiene la función de tutela ordinaria de los derechos fundamentales, en cuanto que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, les permite superar el plano de la simple legalidad y adentrarse en el de la constitucionalidad. Esto es el gozne que imbrica la Constitución en la estructura judicial, que conecta el contenido normativo de la Constitución, en cuanto a derechos fundamentales se refiere, con la estructura orgánica que la Constitución diseña en cuanto establece el poder judicial como poder del Estado llamado a aplicar el Derecho.
- 28) La idea de que, en el sistema de justicia constitucional de protección de los derechos fundamentales, los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional comparten una misma función, que el amparo judicial y el amparo constitucional tienen una naturaleza no idéntica pero sí homogénea, es importante en lo que afecta a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Frente a la postura de algunos autores que afirman que debe ser únicamente el Tribunal Constitucional quien declare en qué supuestos puede afirmarse la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales, debe recordarse que la naturaleza de la intervención del juez ordinario al reconocer y amparar los derechos fundamentales no es, en su aspecto tuitivo, de naturaleza sustancialmente distinta a la intervención del Tribunal Constitucional al hacerlo en un

recurso de amparo. Juez de los derechos fundamentales lo es, en primer lugar, el juez ordinario, y sólo de modo eventual y subsidiario el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, para el caso de que se entienda que el derecho fundamental no ha sido amparado en el seno de la relación jurídico-privada por el juez ordinario cuando procedía ampararlo. En este campo, lo que el Tribunal Constitucional puede hacer en un recurso de amparo al proteger un derecho fundamental vulnerado en una relación entre particulares, basándose directa o primordialmente en la Constitución cuando no exista un desarrollo infraconstitucional del mismo, puede y debe hacerlo el juez ordinario que conoció en primer lugar, y si no lo hace, el Tribunal Constitucional concederá el amparo frente a la resolución judicial que, pudiendo y debiendo haber amparado al titular del derecho fundamental vulnerado en la relación jurídico-privada, no lo hizo.

- 29) Las ideas de unidad de sistema, de homogeneidad de la naturaleza de la actuación de jueces ordinarios y Tribunal Constitucional al proteger los derechos fundamentales, al ser una función típicamente jurisdiccional, no es incompatible con que la regulación legal establezca diferencias entre la actuación de unos y otro dentro de este sistema, que son fundamentalmente: 1) la extensión de las circunstancias a las que se extiende el conocimiento de una y otra jurisdicción (concretamente la reserva respecto de los hechos en el recurso de amparo), 2) la especialidad del ámbito de su enjuiciamiento (reserva de constitucionalidad respecto del recurso de amparo) y 3) los efectos de los pronunciamientos respectivos (remisión a la jurisdicción ordinaria de la articulación de las medidas concretas de reparación de la violación del derecho fundamental cuando afectan a cuestiones de legalidad ordinaria). Pero estas diferencias se han atenuado en parte: 1) en cuanto a la “reserva respecto de los hechos”, no significa que el Tribunal Constitucional tenga una absoluta prohibición de enjuiciamiento respecto de todo lo que se refiera a los hechos, pues el contenido y alcance de los derechos fundamentales, en mayor medida quizás que otros derechos, sólo puede detectarse y protegerse en un determinado contexto fáctico. 2) En cuanto a la “limitación del objeto del recurso de amparo”, porque circunscribir la actuación del Tribunal Constitucional al ámbito de la constitucionalidad y la de los jueces ordinarios al de la mera legalidad ordinaria no es admisible, pues éstos han de adentrarse en el plano de la constitucionalidad para proteger los derechos fundamentales y aquél no puede dejar de tomar en consideración la

legalidad infraconstitucional cuando se trata de legislación de desarrollo del derecho fundamental, sobre todo cuando estamos en presencia de derechos fundamentales de configuración legal. 3) En cuanto al contenido de la sentencia de amparo, porque en ocasiones el Tribunal Constitucional ha adoptado directamente medidas jurisdiccionales concretas de protección del derecho fundamental (la nulidad del despido, la procedencia o improcedencia de abonar salarios de tramitación, el derecho del recurrente a percibir una indemnización o la fijación de una indemnización por la vía indirecta de anular la sentencia del tribunal superior y dejar firme la sentencia del tribunal inferior que fijaba una indemnización para reparar la vulneración del derecho fundamental).

30) Una consecuencia de la unidad de sistema existente en esta materia entre el Tribunal Constitucional y los jueces ordinarios es que éstos no pueden ir más allá que aquél en la protección de los derechos fundamentales. La doctrina del Tribunal Constitucional no vincula a los jueces solamente en cuanto a mínimos de protección, sino de forma completa. No comparto la tesis de la vinculación exclusiva en cuanto a mínimos. Pero tampoco comparto la tesis de que, cuando de la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se trata, el Tribunal Constitucional puede otorgar determinada protección que el juez ordinario no puede dar. La naturaleza tuitiva de los derechos fundamentales que tiene la actuación jurisdiccional del Tribunal Constitucional y la del juez ordinario es en este aspecto homogénea, y al igual que el Tribunal Constitucional puede proteger el derecho fundamental vulnerado por un particular, puede hacerlo el juez ordinario. Sin perjuicio, naturalmente, de que la doctrina que el Tribunal Constitucional establezca en sus sentencias vincule en lo sucesivo al juez ordinario en base a lo previsto en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, los jueces ordinarios tienen la obligación de proteger no sólo los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino también derechos de naturaleza “ordinaria”, función esta última que es ajena al Tribunal Constitucional.

31) En este sistema jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales integrado por los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, los requisitos de agotamiento previo de la vía judicial ordinaria y de invocación previa del derecho fundamental vulnerado no se quedan en meras cargas procesales del recurrente en amparo y cobran un significado

político, de “distribución de funciones” entre jueces ordinarios y Tribunal Constitucional dentro del sistema: aquéllos constituyen el “primer escalón” del sistema, y su vocación es la defensa subjetiva de los derechos fundamentales, mientras que el Tribunal Constitucional es la “clave de bóveda” del sistema, de actuación subsidiaria, solamente para el caso de que el ciudadano entienda que el juez ordinario no le ha amparado, y con una vocación fundamental de defensa objetiva de los derechos fundamentales, de establecimiento de una doctrina interpretativa de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos fundamentales, aspecto éste que se acentúa en las reformas legales en curso.

- 32) Otro de los principios que organizan este sistema es el de supremacía del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, que no equivale a monopolio, y en concreto no lo equivale en el ámbito de las relaciones entre particulares: 1) Si el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo contra la sentencia de la jurisdicción ordinaria que no amparó la efectividad de un derecho fundamental en la relación jurídico-privada sometida a su decisión y anula la sentencia del juez ordinario no es porque el Tribunal Constitucional sea el único competente para apreciar la eficacia del derecho fundamental en la relación jurídico-privada, sino porque el juez ordinario actuó incorrectamente y no sacó las conclusiones adecuadas de la vigencia del derecho fundamental en la relación jurídico-privada, pudiendo y debiendo hacerlo. 2) La normatividad de la Constitución, su carácter de norma suprema de todo el ordenamiento jurídico, y no sólo del Derecho público, la aplicabilidad directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales y la prohibición de *non liquet* hacen que el juez ordinario no pueda ampararse en la falta de desarrollo legislativo del derecho fundamental en la esfera jurídico-privada para negar la protección del derecho fundamental solicitada remitiendo al Tribunal Constitucional la protección exclusiva de la vulneración del derecho fundamental. Por el contrario, ha de resolver el conflicto que se le plantea, y ha de hacerlo respetando el sistema de fuentes, pero aplicando directamente la Constitución cuando falte un desarrollo legal infraconstitucional. Cuando hablo de aplicación directa de la Constitución por falta de desarrollo legislativo, difícilmente puede entenderse que se trate de aplicar el texto de la Constitución “desnudo”, por usar una expresión gráfica. El juez cuenta normalmente con la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y también cada vez más con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Y están además los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, las resoluciones o dictámenes de los organismos de derechos humanos instituidos en tales tratados, como pueden ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., así como la extensa literatura jurídica existente sobre estas cuestiones. En todo caso, la falta de un desarrollo legislativo concreto no es excusa para dejar de otorgar protección al derecho fundamental cuando la misma es solicitada y se entienda que el sistema de derechos fundamentales instaurado en la Constitución protege esa libertad, esa facultad o ese ámbito de indemnidad cuya protección se solicita.

- 33) El diseño de este sistema de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales origina la existencia de fricciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, por otra parte frecuentes en los países que cuentan con Tribunal Constitucional. Mientras que en la cuestión de inconstitucionalidad, las relaciones entre ambas jurisdicciones son de cooperación, en el recurso de amparo las relaciones son de tensión, pues el amparo se configura en nuestro sistema, fundamentalmente, como amparo frente al juez ordinario, por lo que la estimación del recurso de amparo supone la corrección o censura de la actuación del juez ordinario y puede provocar una cierta sensación de intromisión. La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en curso muestra la opción del legislador de dotar al Tribunal Constitucional de claros instrumentos de “autotutela” de su supremacía en materia de garantías constitucionales para el caso de fricciones con la jurisdicción ordinaria.
- 34) En lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales por el juez ordinario, el garante común, el juez natural de los derechos fundamentales no es el Tribunal Constitucional, sino el juez ordinario. La diversidad de mecanismos protectores no oculta que en sistema español la responsabilidad de protección de los derechos fundamentales recae sobre todo en jueces ordinarios. Los derechos fundamentales no son solamente “fundamentales” (es decir, reconocidos por la Constitución y dotados de una especial protección) sino que también son “derechos”: están dotados de accionabilidad y

de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, como lo está cualquier derecho reconocido por la legalidad ordinaria.

- 35) La protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares ha de realizarse por el juez civil, mercantil o social. En primer lugar, puede realizarse a través de los procesos ordinarios. La normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución, y la accionabilidad ante la jurisdicción ordinaria de los derechos fundamentales, en tanto que “derechos” subjetivos, hace que deban ser aplicados y protegidos por los jueces en cualquier tipo de proceso, siguiendo las normas sobre competencia, legitimación, representación procesal, dirección técnica y tramitación propias de estos procesos. Además, estos procesos ordinarios son los únicos a través de los que puede solicitarse el amparo judicial frente a violaciones de derechos fundamentales contenidos en Sección 2ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, excepto la objeción de conciencia.
- 36) Entiendo que el privilegio que supone en la actualidad el proceso especial civil de protección de los derechos fundamentales (básicamente, su carácter preferente, el acercamiento del fuero territorial al domicilio del titular del derecho fundamental cuya vulneración se alega, la intervención del Ministerio Fiscal, el acceso a la casación por razón de la materia), puede renunciarse por quien pretende la tutela de su derecho fundamental, y acudir al cauce procesal ordinario. Así lo ha admitido el Tribunal Supremo respecto del proceso de la Ley 62/1978, y hoy en día sería aún más defendible a la vista de que las diferencias entre el proceso ordinario y el proceso especial de protección de los derechos fundamentales casi han desaparecido. No debe olvidarse que en ocasiones las cuestiones iusfundamentales y las de legalidad ordinaria no son claramente delimitables, y que el demandante puede preferir ejercitar su pretensión a través del proceso ordinario para obtener tutela en base a razones de legalidad ordinaria, articuladas de forma alternativa o subsidiaria, si el tribunal entiende que no procede otorgársela como protección de sus derechos fundamentales. Asimismo, es frecuente que la protección del derecho fundamental no se solicite por el actor en su demanda, sino por el demandado al contestarla, y no es admisible impedir al demandado plantear la protección del derecho fundamental como medio de defensa frente a la demanda y

remitirle a que presente demanda para la protección de su derecho fundamental por el cauce del proceso especial.

37) La Ley 62/2003, de 30 diciembre 2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (la llamada “Ley de Acompañamiento de Presupuestos”), en desarrollo de sendas Directivas comunitarias relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato, establece algunas normas aplicables a todo tipo de procesos civiles, tanto generales como especiales de protección de los derechos fundamentales, que versen sobre el principio de igualdad y la interdicción de discriminación por determinados motivos, al reconocer legitimación por sustitución a las personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos, que podrán actuar en los procesos judiciales en nombre del demandante que así lo autorice con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad de trato de las personas por su origen racial o étnico, y al establecer especialidades probatorias del tipo de las que ya existían en la normativa procesal laboral.

38) La protección judicial de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales tiene su base en la previsión del art. 53.2 de la Constitución, conforme al cual “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad...”. No todos los derechos fundamentales son tutelables a través del proceso especial previsto en el art. 53.2 de la Constitución, no quedando comprendidos, en principio, los derechos fundamentales de la Sección 2ª de dicho Capítulo II. No obstante, el ámbito de protección de estos procesos especiales ha sido ampliado a otros derechos fundamentales, como es el caso de la objeción de conciencia y el derecho de asilo. Por otra parte, pese a la dicción literal del art. 53.2 de la Constitución, lo regulado por el legislador no ha sido un “un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”, sino una pluralidad de procedimientos y especialidades procesales. Se han regulado procesos especiales para cada orden jurisdiccional, civil, laboral y contencioso-administrativo, si bien en el caso del proceso penal se trataba solamente de especialidades respecto de los procesos ordinarios preexistentes. Se han creado una serie

de procesos especiales aún más específicos: *habeas corpus*, proceso especial contencioso-disciplinario militar, proceso contencioso-administrativo especial para la protección del derecho de reunión y los procesos electorales. Y por último, se han regulado algunas especialidades procesales, respecto del proceso especial “tipo”, para la protección de algunos derechos fundamentales concretos, como ha ocurrido con Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

39) En la protección judicial de los derechos fundamentales a través de procesos especiales ha jugado un papel fundamental la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que tuvo una génesis peculiar, paralela a la de la Constitución, y que hoy se encuentra completamente derogada. La falta de una tradición jurídica por la que los jueces ordinarios protegieran los derechos fundamentales impedía prever en el momento de elaboración de la Constitución que los procesos ordinarios pudieran convertirse en cauce de protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción ordinaria. Por ello, con la previsión legal de un proceso preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales no se trataba de regular unos procesos para reforzar una competencia judicial preexistente, sino de conferir una nueva competencia a los jueces ordinarios, la de dar protección judicial a los derechos fundamentales, que habría de ejercerse precisamente mediante esos procesos. La configuración que finalmente se dio en la Constitución al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 llevó a que finalmente ese proceso especial no fuera sino uno de los cauces, junto a los procesos ordinarios, de protección de tales derechos fundamentales, de modo que ambas vías se constituían en complementarias para una misma función.

40) Tras la derogación de la Ley 62/1978, no existe proceso especial ni especialidades procesales para la protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción penal, los procesos especiales, preferentes y sumarios en las jurisdicciones contencioso-administrativa y social están regulados, respectivamente, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en la Ley de Procedimiento Laboral, y en la jurisdicción civil no existe un proceso especial propiamente dicho, sino algunas especialidades de

escaso alcance respecto del proceso tipo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, el llamado “juicio ordinario”, que le dotan de carácter preferente, pero no sumario. Perviven los procesos “especialísimos” antes referidos y asimismo subsisten las especialidades reguladas por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, aunque referidas ahora al juicio ordinario del art. 249.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Podría entenderse que hay una pérdida de interés del legislador por la figura del proceso especial, preferente y sumario, previsto en el art. 53.2 de la Constitución. Pero quizás lo que suceda es que se ha superado un entendimiento del art. 53.2 de la Constitución basado en una compulsión automática a desarrollar nuevos procesos, que sólo tienen sentido cuando de ellos se derive una aportación significativa a la eficacia de la tutela de los derechos fundamentales y no planteen intrincados problemas de articulación con el conjunto del sistema procesal, dado los inconvenientes aparejados a la complejidad y confusión propia de una excesiva variedad de procedimientos. Además, la asunción de la función de protección de los derechos fundamentales por parte de los jueces ordinarios es indiscutida por lo que ya no es indispensable que exista un proceso especial para dejar claro que también el juez ordinario participa en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

- 41) En lo relativo a la protección de los derechos fundamentales a través de los procesos especiales en la jurisdicción civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 derogó los arts. 11 a 15 de la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que integraban la Sección 3ª de dicha ley, reguladora de la garantía jurisdiccional civil. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil establece que para el enjuiciamiento de las pretensiones que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental será aplicable el juicio ordinario, juicio declarativo tipo de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, con las únicas especialidades de la intervención del Ministerio Fiscal, su tramitación preferente y algunas peculiaridades en materia de competencia territorial y de recursos. Se prevé asimismo un proceso específico para el ejercicio del derecho de rectificación, que será el juicio verbal, con las especialidades que resultan de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, si bien entiendo que la

pretensión que se ejercita a través de este proceso “especialísimo” no siempre va destinada a la protección de un derecho fundamental.

- 42) En cuanto al juicio ordinario, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como proceso por el que tramitar las demandas de protección de los derechos fundamentales, si bien supone una serie de mejoras técnicas respecto del proceso de incidentes previsto en la Ley 62/1978, plantea el problema de que no es un proceso sumario, contraviniendo de este modo la exigencia contenida en el art. 53.2 de la Constitución, exigencia de sumariedad que, en su aspecto de tutela urgente a través de un proceso breve, sólo podrá salvarse mediante la utilización de las medidas cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Otro problema que se plantea es el de la posibilidad de acumular alternativa o subsidiariamente cuestiones iusfundamentales a otras de legalidad ordinaria, cuando las mismas se basan en unos mismos hechos y dan lugar a unas mismas pretensiones. Una aplicación estricta del principio de especialidad en cuanto al objeto del proceso especial de protección de los derechos fundamentales en vía civil llevaría a resultados absurdos, como los derivados de desestimar la demanda de juicio ordinario “especial” por entenderse que la cuestión planteada es de legalidad ordinaria y obligar al actor a interponer una nueva demanda de juicio ordinario “normal”, basado en los mismos hechos y con las mismas pretensiones en el suplico de la demanda.
- 43) La protección jurisdiccional ordinaria de los derechos fundamentales en materia laboral, en la que la existencia de un poder “privado”, el del empresario, acentúa la importancia de la eficacia de tales derechos en estas relaciones entre particulares, se realiza fundamentalmente por los órganos de la jurisdicción social. Se ha regulado en el seno de la Ley de Procedimiento Laboral un proceso especial de protección de los derechos fundamentales, con previsiones específicas en cuanto a preferencia y sumariedad, intervención del Ministerio Fiscal, incidente especial de suspensión, reglas probatorias especiales, admisión de sindicatos como coadyuvantes en lesiones de la libertad sindical, medidas reparatorias de la lesión iusfundamental a adoptar en el fallo de la sentencia y especialidades en materia de recursos. El problema que se suscita por la exclusión de determinadas materias (señaladamente, el despido vulnerador de derechos fundamentales) del ámbito de este proceso especial ha de ser solventado mediante la

aplicación de la llamada “tesis integrativa”, que integra en la especialidad procesal a aplicar por razón de la materia las garantías propias del proceso especial de protección de derechos fundamentales.

44) De especial trascendencia son las reglas que en materia probatoria contienen los arts. 179.2 y 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, conforme a las cuales, existiendo indicios de la vulneración del derecho fundamental del demandante, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente fundada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Se trata de preceptos que recogen la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en relación a los despidos vulneradores de derechos fundamentales, y que posteriormente ha sido acogida también por preceptos aplicables a la jurisdicción civil y contencioso-administrativa. Sobre la base de la primacía de los derechos fundamentales y libertades públicas y de la constatación de un "mayor poder" del empresario sobre la prueba, derivado de su "acusada proximidad" y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y de otra parte respecto de la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador, el legislador establece estas reglas en orden a conseguir el reequilibrio de las posiciones de las partes frente al "dominio de la prueba" y las dificultades o facilidades probatorias de que éstas disponen, así como a imponer al empresario la carga de la argumentación de la razonabilidad de la medida que aparentemente vulnera el derecho fundamental. Aunque por lo general en materia probatoria las leyes dejan al juez una gran libertad tanto para valorar la prueba practicada como para decidir las consecuencias de la falta de prueba, en este caso el legislador ha preferido realizar directamente la valoración que en otros casos realiza el juez, y en atención a la importancia de los derechos fundamentales y a la situación de inferioridad del trabajador en el acceso a la prueba, ha positivizado estas reglas probatorias y de carga de la argumentación.

45) Pero no sólo la jurisdicción social tiene atribuida la protección de los derechos fundamentales en las relaciones laborales. Cuando se trata de expedientes de regulación de empleo, las autoridades administrativas, cuya actuación es controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa, y los jueces de lo mercantil, en situaciones

concursoales, han de velar porque no se vulneren los derechos fundamentales de los trabajadores afectados por las medidas colectivas de extinción o suspensión del contrato de trabajo o modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Tal vulneración, fundamentalmente del derecho de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores derivada de la libertad sindical o el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, puede producirse directamente por la autoridad administrativa o judicial, si en la resolución que pone fin al expediente se realiza una designación nominal de los trabajadores afectados o se contienen criterios discriminatorios para determinar los trabajadores afectados, o por el empresario (o la administración concursal) si la autorización para adoptar las medidas es genérica, y en su concreción es cuando se vulneran tales derechos fundamentales.

46) El constituyente optó por atribuir al Tribunal Constitucional la protección de los derechos fundamentales (más exactamente, de algunos de ellos, los del art. 14, Sección 1ª del Capítulo II del Título I y la objeción de conciencia del art. 30.2 de la Constitución, que por tanto gozan de un “plus” de protección) a través del recurso de amparo, a diferencia de otros sistemas, como el italiano, en los que el Tribunal Constitucional carece de tal competencia. Esto aleja nuestro modelo del modelo concentrado de justicia constitucional puro o típico, el kelseniano, en el que la Constitución sólo es justiciable en cuanto canon de validez de las normas con fuerza de ley, para lo que existen los cauces procesales específicos del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad. En el modelo diseñado por nuestra Constitución, el recurso de amparo es un mecanismo del sistema de justicia constitucional ante el Tribunal Constitucional que permite que el carácter normativo de la Constitución se traduzca en la existencia de genuinos derechos subjetivos accionables por los particulares sin necesidad de intermediación alguna.

47) Una consecuencia del juego articulado del principio de subsidiariedad y los requisitos de agotamiento de la vía judicial ordinaria e invocación ante ésta del derecho fundamental vulnerado es que el recurso de amparo viene a convertirse, de hecho, en la mayoría de los casos, en un recurso contra actos de los jueces. Se produce la paradoja de que mientras más implicado quede el juez ordinario en la protección de los derechos fundamentales, como juez natural para la protección de los mismos y “primer escalón”

del sistema jurisdiccional de protección, mayor sea la consideración del amparo constitucional como amparo frente a los jueces.

48) En lo relativo a la protección de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares a través del recurso de amparo, la Constitución no reguló con precisión qué vulneraciones de derechos fundamentales pueden tener acceso al recurso de amparo. El legislador estableció en el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el requisito del origen de la violación en la actuación de un poder público. Pero el Tribunal Constitucional ha permitido el acceso al recurso de amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales producidas por la actuación de particulares a través de varios mecanismos: 1) la ampliación del concepto de “poderes públicos” contenido en el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; 2) la consideración “dual” del valor de la sentencia judicial en relación al acto público que debe ser impugnado, según que el origen de la vulneración iusfundamental se ubique en una relación jurídica pública o privada: si la violación del derecho fundamental tiene su origen en un acto del poder público, la sentencia judicial actúa sólo a efectos procedimentales, como agotamiento de la vía judicial previa, pero si la vulneración del derecho fundamental se produce originariamente como consecuencia del acto de un particular (un despido discriminatorio, una información de prensa difamatoria, etc.), la sentencia judicial actúa a efectos sustantivos, constituyéndose en el acto del poder público que el art. 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige que exista para que pueda ser objeto del recurso de amparo; 3) y mediante una interpretación extensiva del art. 44.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, imputando a la resolución judicial el origen inmediato y directo de la lesión del derecho fundamental cuando el litigio resuelto tiene por objeto un supuesto de vulneración de derechos fundamentales en relaciones entre particulares.

49) El Tribunal Constitucional español ha recurrido a lo que algunos autores han llamado “finta alemana” o doctrina de la asunción judicial, al considerar que no son los actos de los particulares vulneradores de los derechos fundamentales, sino la resolución judicial que no lo remedió, el acto del poder público impugnable en amparo, al que se imputa el origen inmediato y directo de la vulneración del derecho fundamental, reconociendo que

se trata de un mero “expediente técnico” para respetar las exigencias técnico-procesales del recurso de amparo. Este carácter de “mero expediente técnico” se descubre claramente cuando en ocasiones la sentencia del Tribunal Constitucional no se limita a anular la resolución judicial y a “reenviar” el asunto para que se dicte nueva resolución respetuosa del derecho fundamental, sino que el Tribunal Constitucional repara directamente la vulneración causada por el acto del particular, anulando el despido u otra actuación empresarial contraria a los derechos fundamentales del trabajador, o estableciendo una indemnización a cargo del particular que vulneró el derecho fundamental por la vía indirecta de dejar subsistente la resolución del tribunal inferior tras anular la del tribunal superior. No obstante, esta técnica de la asunción judicial lleva en ocasiones al Tribunal Constitucional a confundir el plano procesal y el sustantivo, al extender los efectos de la técnica de la “asunción” o “imputación judicial” desde el campo de lo procesal, donde le sirve para permitir el acceso al recurso de amparo de las vulneraciones de derechos fundamentales originadas en las relaciones entre particulares, al campo de lo sustantivo, donde convierte el conflicto de derechos fundamentales entre particulares en un conflicto entre el agraviado y el juez que resolvió el litigio judicial.

- 50) En la doctrina, algunos autores propugnan una modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que haga innecesario el “expediente técnico” de la asunción judicial, de manera que la Ley admita expresamente la posibilidad de interponer recurso de amparo frente a vulneraciones de derechos fundamentales originadas por actos de particulares, por lo que la sentencia del juez ordinario sólo agotaría la vía judicial precedente, al igual que ocurre en el caso de vulneraciones procedentes de la Administración, y se evitarían las distorsiones que la doctrina de la asunción judicial causa en el plano sustantivo. Otros autores, por el contrario, entienden que al no ser el recurso de amparo un atributo esencial sino accidental de los derechos fundamentales, podría modificarse la doctrina del Tribunal Constitucional y dejarse sin acceso al recurso de amparo la violación de los derechos fundamentales originada en las relaciones entre particulares. Sin embargo, esta tesis es objetable porque mientras el contenido y alcance de la *Drittwirkung* deba ser de creación predominantemente jurisprudencial, no parece coherente excluir al Tribunal Constitucional de esta labor, dejando a la jurisdicción ordinaria como última y definitiva instancia en esta materia en la que tan directamente se

halla concernida la eficacia normativa de la Constitución, y porque el papel que la propia Constitución atribuye al Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales es difícilmente compatible con la exclusión “en bloque” de una determinada materia relativa a tales garantías constitucionales (como sería la de su vigencia en las relaciones entre particulares) del conocimiento del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

- 51) Suele enlazarse la teoría de la *Drittwirkung* con el riesgo de alterar el equilibrio entre legislador, Tribunal Constitucional y juez ordinario, pues se entiende que con el reconocimiento de eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares se está aumentando el campo de juego del juez ordinario y del constitucional en detrimento del legislador. En realidad, esto ocurre no tanto por el reconocimiento de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sino por la atribución de un carácter normativo a la Constitución, y afecta también a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-públicas, en las que también es imposible un completo desarrollo legislativo de la eficacia de los derechos fundamentales.
- 52) Hay diferencias fundamentales entre el modo de abordar las cuestiones de derechos fundamentales por el juez, sea ordinario o constitucional, y el legislador. El legislador elige los problemas que desea abordar y el *tempo* con que quiere hacerlo. Al juez los problemas le vienen dados en los litigios y condicionados por el modo en que están planteados tales litigios, por exigencias del principio de congruencia. A diferencia del legislador, que puede administrar también sus silencios, el juez no puede dejar sin resolver el litigio de trascendencia iusfundamental, aunque no exista desarrollo legislativo en esa materia (prohibición de *non liquet*).
- 53) Otros países pueden plantearse las ventajas e inconvenientes de tener una Carta de derechos fundamentales con eficacia normativa y optar por no tenerla para evitar tener un texto que por su valor programático carezca de eficacia alguna o que por su valor normativo pueda suponer una invasión del poder judicial en ámbitos hasta ahora reservados al legislativo, como es el caso de Gran Bretaña. Nosotros no podemos ahora

planteamos las ventajas y los inconvenientes de tener una norma fundamental de esa naturaleza, puesto que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de modo claro por el valor normativo de nuestro texto constitucional y la posibilidad de aplicación directa de los preceptos de derechos fundamentales. Pero ello no supone una predeterminación absoluta del contenido de las leyes ni una restricción significativa de la libertad del legislador y del pluralismo político.

54) Existe una tensión entre la reserva de ley en la regulación de los derechos fundamentales (que supone una regla de distribución de competencias no sólo entre el legislativo y el ejecutivo en cuanto titular de la potestad reglamentaria, sino también entre el legislativo y el judicial) y la vinculación del juez a los derechos fundamentales, entre la necesidad de que los jueces apliquen la regulación constitucional de tales derechos en los litigios aunque no exista un desarrollo legislativo de los mismos y el riesgo de que sean los jueces los que, en ausencia de tal desarrollo legislativo, establezcan una regulación general. El juez ordinario ha de asumir su papel constitucional, resolviendo los litigios vinculado a los derechos fundamentales también cuando no exista desarrollo legislativo de los mismos, pero absteniéndose de atribuirse el papel del legislador en cuanto titular de una reserva de ley para su regulación general. Es llamativo cómo se ha pasado del temor al juez desvinculado de la Constitución que aparece en los trabajos de los primeros tiempos de la democracia, al temor al juez desvinculado de la ley que se observa en la actualidad. Aunque esta figura del juez “activista” en el reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales es más llamativo, es más real la del juez “pasivo” que se escuda en la falta de desarrollo legal para negar virtualidad, o no reconocérsela con todas sus consecuencias, a un derecho fundamental en un determinado litigio.

55) No deben confundirse los problemas derivados de la normatividad de la Constitución con los problemas derivados de la *Drittwirkung*. Las objeciones que plantean los críticos de la *Drittwirkung* respecto de la inseguridad jurídica que se deriva de la aplicación a las relaciones entre particulares de normas abiertas e inconcretas como son las normas constitucionales sobre derechos fundamentales son igualmente predicables de su aplicación a las relaciones jurídico-públicas. Si la indeterminación y apertura de las normas constitucionales no son obstáculo para que generen directamente derechos en las

relaciones jurídico-públicas, no se entiende que estas características impidan su eficacia en las relaciones jurídico-privadas. Por otra parte, no es cierto que esa indeterminación y apertura sean ajenas a las normas de Derecho privado, puesto que las que recogen cláusulas generales (buena fe, interdicción del abuso o del ejercicio antisocial del derecho, orden público, buenas costumbres, diligencia de un “buen padre de familia”, etc) presentan esas mismas características y exigen asimismo un juicio de optimización o ponderación, por lo que la tesis de la *Drittwirkung* indirecta, que permite la eficacia de los derechos fundamentales en el Derecho privado a través de tales cláusulas generales, tampoco resuelve los problemas de inseguridad jurídica. Son otras, pues, las razones últimas para objetar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas, y más bien apuntan a los bienes jurídicos e intereses protegidos en muchas ocasiones por el ordenamiento privado y las perturbaciones que para los mismos puede suponer el reconocimiento de eficacia directa a los derechos fundamentales en este sector del ordenamiento jurídico.

- 56) Se trata por tanto de establecer criterios razonables para que este reconocimiento no provoque un aumento de la arbitrariedad del juez ordinario y permita su desvinculación de la ley. Tales son, por ejemplo, la insistencia en que la ley sigue siendo la expresión más ordinaria del Derecho en los sistemas jurídicos continentales europeos, que la Constitución deja un margen amplio de discrecionalidad al legislador que los juristas han de respetar, que sólo cuando no existe ley puede acudir, con las debidas cautelas, a la aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, que la obligación de interpretación conforme a la Constitución o la de acomodación de las leyes a la Constitución que a los jueces imponen los apartados 1º y 3º del art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no le permite apartarse de la utilización de técnicas jurídicas, como son las de interpretación jurídica conforme al art. 3.1 del Código Civil o la razonable sujeción al precedente, ni sustituir al legislador ordinario en el desarrollo de la Constitución o desvincularse del sistema de fuentes establecido en la Constitución, y que la cuestión de inconstitucionalidad, y no la interpretación forzada o directamente el orillamiento de la ley aplicable, es la vía adecuada para resolver las tensiones que provoca la doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley.

- 57) La vinculación de los jueces ordinarios a la Constitución supone en la mayoría de los casos relativos a derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, aunque sea paradójico, que aquéllos no apliquen directamente ésta, sino que, ateniéndose al sistema de fuentes establecido justamente por la Constitución, apliquen las leyes emanadas del Parlamento, que planteen cuestión de inconstitucionalidad si las creen inconstitucionales, sin posibilidad de una interpretación acomodadora (dentro de los límites de las técnicas interpretativas admitidas por la técnica jurídica), y que solamente cuando no exista una norma infraconstitucional apliquen directamente la Constitución, sin perjuicio de que ésta ha de estar siempre presente en la interpretación del ordenamiento jurídico que ha de hacerse para resolver litigios.
- 58) La invocación del derecho fundamental no puede justificar la incapacidad del juez ordinario de resolver el conflicto entre particulares aplicando las normas jurídicas infraconstitucionales que lo regulan. La regulación constitucional de los derechos fundamentales no permite, por su sencillez y generalidad, prescindir de las normas infraconstitucionales de Derecho privado, que la Constitución desplace a la ley como si fuera la única norma jurídica existente y en ella se contuvieran las normas resolutorias de todos los conflictos. Pero estas actuaciones incorrectas no son consecuencia del reconocimiento de eficacia directa a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sino de un errado entendimiento por el juez de la normatividad y aplicabilidad directa de la Constitución, tanto a relaciones privadas como públicas. El reconocimiento de eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas privadas no potencia el riesgo del juez desvinculado sustancialmente más de lo que lo hace el reconocimiento de tal eficacia en las relaciones jurídico-públicas o la aplicación de las cláusulas generales contenidas en leyes infraconstitucionales de Derecho privado.
- 59) La aplicación directa de la Constitución no supone la desvinculación del juez respecto de la ley si lo hace respetando el sistema de fuentes establecido y respetando las exigencias de la técnica jurídica. Asimismo, el juez debe considerar que mientras que la Constitución no predetermina el contenido de la ley, si el juez ha de acudir directamente a la Constitución por insuficiencia de la regulación legal, la Constitución sí predetermina de modo total su sentencia, sin que pueda acudir a consideraciones de oportunidad o

idoneidad. Tal aplicación directa habrá de producirse cuando haya de resolver un litigio sobre derechos fundamentales y no exista desarrollo legislativo en la materia, o el que exista sea insuficiente, puesto que ni puede dejar sin resolver el litigio (prohibición de *non liquet*) ni puede resolverlo como si no estuviera vinculado al reconocimiento constitucional del derecho fundamental (art. 53.1 de la Constitución). Los riesgos de arbitrariedad o extravagancia que puede ello conllevar, sobre todo cuando no existen otros instrumentos auxiliares (tratados internacionales sobre derechos humanos, jurisprudencia, etc), han de reducirse mediante un ágil sistema de recursos ante la jurisdicción ordinaria y una mayor celeridad en el recurso de amparo, bien entendido que éste no es otra instancia más, pero siendo también conscientes de que con frecuencia la cuestión será susceptible de amparo constitucional por estar en juego la vulneración de derechos fundamentales de una o de las dos partes del litigio.

- 60) El papel institucional del juez ordinario en esta materia es ahora más complicado que en 1975. En 1975, a la caída de la dictadura, no había Constitución normativa, no había normas de derechos fundamentales de aplicación directa, el sistema de fuentes era mucho más simple, no había un ordenamiento jurídico comunitario, con normas sobre derechos fundamentales, dotado de primacía y efecto directo, no estaban ratificados los tratados internacionales de derechos humanos. Actualmente, en materia de derechos fundamentales interactúan cuatro sistemas jurídicos que no son compartimentos estancos: el sistema de “Derecho interno”, el del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el de Derecho comunitario y el de Naciones Unidas. Pese a toda esta complejidad, no creo que se considere preferible una vuelta a la situación existente hace 30 años.
- 61) Eficacia inmediata y eficacia mediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares no son incompatibles, puesto que tal eficacia puede articularse a través de los puntos de irrupción que suponen las cláusulas generales, dotándolas de significado constitucional, o a través de la interpretación en clave constitucional de las normas infraconstitucionales, o puede hacerse desplegando las normas constitucionales su eficacia directamente cuando existe una laguna en el desarrollo legislativo del derecho fundamental.

62) Una notable paradoja de los derechos fundamentales es que son primariamente barreras frente al legislador, pero su plena eficacia necesita de la colaboración legislativa; junto a la “vinculación negativa” existe también una “vinculación positiva” que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales, desarrollándolos y regulando su ejercicio para que sean plenamente efectivos, fijando el nivel de eficacia que en cada caso el legislador crea conveniente, dentro de los márgenes de lo constitucionalmente admisible. El legislador, al regular el ejercicio de los derechos fundamentales en el Derecho privado, debe considerar las posiciones jurídico-fundamentales correspondientes a ambas partes, dando solución, en lo posible, a las colisiones que se produzcan, de modo proporcionado, aunque la mayoría de tales colisiones no se producen en abstracto, es decir, en el momento legislativo, sino en el momento aplicativo. Aun no siendo posible prescindir de los conceptos indeterminados y las cláusulas generales, debe intentar utilizar una regulación legal materialmente diferenciadora, que concrete los presupuestos y los efectos de la influencia de los derechos fundamentales, para conseguir una claridad, certeza y previsibilidad jurídicas mayor que la que se consigue aplicando de modo inmediato la regulación constitucional de los derechos fundamentales.

63) Razones de política legislativa, las propias dificultades de regulación del ejercicio de los derechos fundamentales en determinadas relaciones jurídicas o la práctica imposibilidad de que dicha regulación afecte a todos los campos jurídicos en los que el derecho fundamental pueda tener trascendencia (por ejemplo, en el caso de derechos fundamentales “transversales” o “inespecíficos” que pueden afectar a relaciones jurídicas de naturaleza muy variada), la dificultad de solucionar legislativamente antinomias que con frecuencia sólo se presentan en el momento aplicativo, la propia importancia de la autonomía de la voluntad como reguladora de las relaciones entre particulares, provocan con frecuencia, en relación a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la ausencia total o parcial de regulación legal, la persistencia de regulaciones preconstitucionales, la existencia de una regulación fragmentaria o que la ley se limite a reproducir los enunciados constitucionales o a establecer principios generales que suponen la necesidad de que el juez realice juicios de optimización o

ponderación en el litigio sometido a su consideración. En otras ocasiones, normas que objetivamente suponen la regulación del ejercicio de un derecho fundamental, se presentan como transposición de una Directiva comunitaria y no como cumplimiento por el legislador de la vinculación positiva que supone la previsión de reserva de ley del art. 53.1 de la Constitución.

- 64) La situación apuntada no priva de eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, si bien origina una tendencia a la judicialización de la cuestión. Ello, junto con la consideración de la actuación u omisión judicial como directa vulneradora del derecho fundamental a efectos del acceso al recurso de amparo de la vulneración producida en una relación entre particulares, resalta la importancia del “momento judicial” en lo que se refiere a esta eficacia.
- 65) De seguir la tesis de algunos autores sobre la absoluta necesidad de desarrollo legislativo de la regulación constitucional de los derechos fundamentales para que tengan eficacia en las relaciones entre particulares, en este tipo de relaciones tales derechos valdrían lo que el principio de legalidad, siendo por tanto simples “giros en el vacío”. Parece más aceptable entender que en esta materia la intervención del legislador no tiene carácter constitutivo, sino declarativo, por lo que en ausencia de desarrollo legal el juez ordinario podrá aplicar directamente las normas constitucionales, aplicación que como ya se ha indicado, realizará con la ayuda de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de control de los mismos, etc.
- 66) El Tribunal Constitucional ha reconocido y amparado derechos fundamentales pendientes de regulación legislativa, tales como la objeción de conciencia (STC 15/1982), la libertad expresión e información mediante la televisión por cable (STC 31/1994) y el derecho al cumplimiento de la limitación de la informática para la protección de la intimidad (STC 254/1993), en supuestos que versaban sobre la eficacia de tales derechos fundamentales en relaciones jurídico-públicas. En sentencias posteriores, como las SSTC 11/1998 y 98/2000, el Tribunal Constitucional ha amparado frente a vulneraciones de derechos fundamentales (autodeterminación informativa,

intimidad frente a grabaciones en el centro de trabajo) producidas en el seno de relaciones entre particulares, aplicando directamente la regulación constitucional por ausencia de regulación legal aplicable al supuesto. Asimismo ha utilizado la Disposición Derogatoria de la Constitución para declarar la aplicabilidad directa de la regulación constitucional de los derechos fundamentales en relaciones jurídico-privadas, como es el caso de las derivadas de la filiación, en las que la regulación preconstitucional no respetaba las exigencias de los derechos fundamentales (STC 80/1982).

67) La aplicabilidad directa de los derechos fundamentales por los jueces y tribunales ordinarios proviene del hecho de que no sólo son principios objetivos esenciales del ordenamiento jurídico, sino asimismo derechos subjetivos de los que, también en sus relaciones con otros particulares, son titulares los ciudadanos, es decir, son titulares de un determinado haz de poderes, facultades e indemnidades, y no solamente de una expectativa legítima a que la normativa sobre derechos fundamentales sea aplicada por los tribunales en los litigios sobre Derecho privado.

68) Las técnicas de “aplicación directa” de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y de “interpretación conforme” a tales derechos fundamentales de las normas legales preexistentes se justificaron, al inicio del régimen democrático, porque la Constitución se insertó en un ordenamiento jurídico preexistente, que se mantuvo en su práctica totalidad. La primera de las técnicas presenta una vertiente de resolución de litigios en base a las normas de la Constitución sobre derechos fundamentales y otra vertiente de eficacia derogatoria de la legislación anterior incompatible con las exigencias constitucionales, que lleva al mismo resultado. Fue acogida desde sus primeras resoluciones por el Tribunal Constitucional y positivizada también por el legislador (art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). También la técnica de “interpretación conforme” permitió evitar en los primeros tiempos de vigencia de la Constitución un vacío normativo total en lo relacionado con los derechos fundamentales, pues se consideró preferible interpretar las leyes preexistentes de modo que las mismas pudieran considerarse acordes con las exigencias constitucionales que provocar un vacío legislativo de graves consecuencias. Respecto de las leyes postconstitucionales, esta interpretación conforme viene también determinada por el principio de presunción de

constitucionalidad de las leyes exigida por la dignidad democrática del Parlamento que las elabora. Respecto a las relaciones entre particulares, el Tribunal Constitucional ha considerado que la técnica de “interpretación conforme” de las leyes de Derecho privado es una manifestación del deber de protección de los derechos fundamentales por parte de los jueces.

69) Pese a que actualmente se ha superado la situación existente cuando se aprobó la Constitución, dichas técnicas no pueden considerarse superadas. El desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, especialmente en las relaciones entre particulares, presenta los problemas a que se ha hecho referencia, y en el actual estado de la cultura jurídica no suele aceptarse que la falta de desarrollo legislativo prive de eficacia a las normas en las que, aunque sea con carácter fragmentario o con el carácter de normas-marco o normas-principio, se establecen derechos para los individuos.

70) Siendo posible, en ausencia de desarrollo legislativo, la aplicación directa de la Constitución, las únicas dudas que podrían plantearse en cuanto a la posible existencia de una inconstitucionalidad por omisión en materia de derechos fundamentales serían en relación a aquellos supuestos en que para el ejercicio del derecho fundamental se hace necesario la regulación de un procedimiento o una autorización administrativa, porque en ese caso la falta de desarrollo legislativo equivaldría en la práctica a la prohibición de ejercicio de ese derecho. Pero el Tribunal Constitucional, al resolver supuestos de esta naturaleza (STC 31/1994), aun argumentando a efectos discursivos la ilegitimidad de esta omisión legislativa, concedió amparo por aplicación directa de la Constitución, reconociendo a los derechos fundamentales un “contenido mínimo” cuando no están desarrollados legislativamente, sin “autoplantearse” una cuestión de inconstitucionalidad omisiva, cuya posibilidad es descartada por la casi totalidad de la doctrina.

71) Dado que la omisión legislativa propiamente dicha no permite al juez el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y tampoco le es posible abstenerse de resolver por falta de una norma legal aplicable (prohibición de *non liquet*), en el caso en que se esté discutiendo la eficacia de un derecho fundamental en una relación jurídico-privada y exista una “omisión del legislador”, el juez ordinario ha de tutelar el derecho

fundamental recurriendo al texto de la Constitución, aplicándolo directamente, protegiendo siquiera el “contenido mínimo” de ese derecho fundamental derivado directamente de la Constitución. Aceptar, por el contrario, que los derechos fundamentales sólo son eficaces en las relaciones entre particulares en la medida en que la legislación de desarrollo lo prevea y regule supone reducir el valor de los derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas al de simples “giros en el vacío” a los que sólo el legislador daría contenido. Por eso, si los jueces ordinarios no aplican directamente la regulación constitucional del derecho fundamental en el supuesto de una omisión legislativa, quien habrá violado el derecho fundamental no es el legislador causante de la omisión legislativa, sino el juez ordinario que no ha tutelado el derecho fundamental con base directa en la Constitución.

72) Aunque algunos autores critican el concepto espacial del contenido esencial de los derechos fundamentales utilizado por el Tribunal Constitucional, así como la utilización por éste del contenido esencial, o más concretamente del “contenido mínimo”, como criterio de enjuiciamiento en recursos de amparo, y no exclusivamente para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, entiendo que se trata cuestiones enlazadas entre sí, y que podrían vincularse con la idea de que la “resistencia” que caracteriza a los derechos fundamentales no sólo ha de predicarse frente a la acción del legislador, sino también frente a la inacción del mismo: la eficacia de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a que el legislador haya realizado un desarrollo legislativo que regule la eficacia del derecho fundamental en la relación jurídica en la que se invoca tal derecho. La indisponibilidad del derecho fundamental, al menos en su contenido esencial, por el legislador no parece compatible con la tesis de que los derechos fundamentales sólo operan frente a particulares cuando el legislador infraconstitucional así lo decide.

73) Al legislador corresponde, en uso de su libertad política, determinar el nivel de eficacia que ha de reconocerse al derecho fundamental, pero en los casos de falta de desarrollo legal, el juez ha de aplicar el “contenido mínimo” que ha de reconocerse al derecho fundamental, ha de proteger las facultades y el ámbito de inmunidad del ciudadano que, habida cuenta del momento histórico y de las circunstancias inherentes a una sociedad

democrática, hayan de considerarse imprescindibles para que pueda considerarse respetado el derecho fundamental que la Constitución atribuye al ciudadano. Así pues, mientras que el “contenido esencial” de los derechos fundamentales opera “frente al legislador” y supone una vinculación negativa para el legislador que regula su ejercicio, el “contenido mínimo” opera “en defecto del legislador” y supone una vinculación positiva, concretamente para el juez en caso de falta de desarrollo normativo o regulación legal del ejercicio del derecho fundamental, realizando una función de “resistencia” no ya frente a la acción, como en el caso del “contenido esencial”, sino frente a la inacción del legislador. Mientras que el “contenido esencial” aparece como un límite frente a la regulación abstracta del ejercicio del derecho fundamental por el legislador, el “contenido mínimo” sirve para tutelar el derecho fundamental en cada caso concreto cuando no hay desarrollo legal, sin vocación de establecer pautas generales que trasciendan al caso concreto objeto del litigio. Ahora bien, el “contenido constitucionalmente declarado” que ha de protegerse en amparo no es solamente el “contenido mínimo”, sino también el que resulte del desarrollo legislativo que pueda existir, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la interpretación conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España, etc.

74) Junto al de “contenido esencial”, otro concepto fundamental en la construcción de la teoría de los “límites de los límites” de los derechos fundamentales es el del “principio de proporcionalidad”, con sus tres subprincipios o juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Aunque la principal virtualidad del principio de proporcionalidad se despliega en relación a la actuación del legislador en el desarrollo de los derechos fundamentales y, por tanto, se actúa a través del control de la constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional, tal principio también ha sido utilizado como técnica de enjuiciamiento de litigios en los que está en juego un derecho fundamental. Dado que frente a ese derecho fundamental se encuentran normalmente otros derechos o bienes jurídicos de anclaje constitucional, se trata de utilizar esta técnica jurídica para decidir si, ponderando las concretas circunstancias que en el caso concurren, la alegada vulneración o limitación ilegítima del derecho fundamental, provocada por la concurrencia con otros derechos o bienes iusfundamentales que amparan la actuación de las otras partes del litigio, ha de

considerarse adecuada constitucionalmente por “proporcionada” o, por el contrario, el derecho fundamental invocado ha de ser amparado por no concurrir el requisito de la proporcionalidad. Por ello el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad no sólo en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino también al resolver los recursos de amparo, y no solamente en aquellos en los que se invocaba una vulneración producida por un poder público, sino también en los que se producía un conflicto de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (entre los derechos de la personalidad del art. 18 y las libertades de expresión e información del art. 20 de la Constitución, o en el seno de las relaciones laborales).

75) La aplicación del principio de proporcionalidad como técnica de enjuiciamiento del conflicto entre derechos fundamentales en las relaciones jurídico-privadas supone una “tecnificación” de la ponderación de los derechos y bienes iusfundamentales en conflicto, que ha de realizarse en clave constitucional y, por tanto, un avance respecto de la utilización de otros criterios más difícilmente objetivables como el de la buena fe empleado a menudo por el Tribunal Constitucional, aunque no evite todo riesgo de subjetivismo, sobre todo en el juicio de proporcionalidad estricta. No obstante, la aplicación del principio de proporcionalidad en las relaciones entre particulares presenta más problemas que en las relaciones con el poder público, pues en aquéllas nos encontramos con frecuencia ante el juego de interacciones recíprocas de los bienes y derechos constitucionales, pudiendo ocurrir que por considerar desproporcionada una limitación del derecho fundamental del que es titular una de las partes en conflicto se limite de forma desproporcionada el derecho fundamental de la otra.

76) Importante para evitar “falsas colisiones” o “colisiones aparentes” que obliguen innecesariamente a alambicados juicios de proporcionalidad es realizar una correcta delimitación del contenido de los derechos fundamentales, puesto que una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución puede permitir tal delimitación excluyendo del ámbito protegido por el derecho fundamental determinadas facultades o indemnidades, que por tanto no han de ser “ponderadas” con otros derechos o bienes jurídicos para decidir si su limitación es constitucional. El Tribunal Constitucional ha operado, en el seno de las relaciones jurídicas entre particulares y, en particular, en las relaciones

laborales, con una concepción estricta del ámbito protegido por el derecho fundamental cuestionado. Pero una restricción excesiva de este ámbito protegido puede constituir una falsa solución, puesto que en realidad se está cambiando el campo en el que debe operar la resolución judicial, trasladándolo desde la resolución del conflicto entre derechos a la exclusión del ámbito protegido por el derecho fundamental de determinadas facultades o indemnidades, con el inconveniente de que no se emplean técnicas jurídicas como la del principio de proporcionalidad, lo que puede resultar perturbador en casos dudosos.

77) Por otra parte, la utilización de las cláusulas abstractas existentes en las Constituciones (por ejemplo, el inciso final del art. 14 de nuestra Constitución), que les permiten adaptarse a los cambios sociales e históricos, no debe provocar una “inflación” de derechos, que por un lado trivialicen el significado de lo que supone un derecho fundamental, convirtiendo problemas menores en cuestiones de trascendencia iusfundamental, y, por otro, supongan una restricción del ámbito protegido anteriormente por otros derechos fundamentales, lo que tiene especial trascendencia en las relaciones entre particulares.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.

- “La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia”, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Ediciones Civitas, Madrid, 1991

AA.VV.

- “Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia”, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994

AA.VV.

- “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, Juan Luis REQUEJO PAGÉS (coord.), Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001

AA.VV.

- “Comentarios a la Ley Concursal”, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Editorial Tecnos, Madrid, 2004

AA.VV.

- “Comentario de la Ley Concursal”, Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN (dir.), Thomson-Civitas, Madrid, 2004

AA.VV.

- “Derecho Constitucional”, Francisco BALAGUER CALLEJÓN (coord.), Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1ª reimpresión, 2004

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN

- “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Editorial Trotta, Madrid, 2002

AGUIAR DE LUQUE, LUIS

- “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 10, 1981, págs. 107-129

- “Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 18-19, 1983, págs. 17-30

- “El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 24, 1987, págs. 9-30

- “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, enero-abril 1993, págs. 9-34

AHUMADA RUIZ, M^a ÁNGELES

- “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril 1991, págs. 169-194

ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH

- “El recurso de amparo constitucional: una revisión pendiente”, en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 115-144

ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO y BLASCO PELLICER, ÁNGEL

- “Proceso de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

ALCARAZ VARÓ, ENRIQUE

- “El inglés jurídico”, Ariel, Barcelona, 5ª edición, 2002

ALEXY, ROBERT

- “Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de Ernesto GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª ed., 3ª reimpresión, Madrid, 2002

- “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 66, septiembre-diciembre 2002, págs. 13-64

ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS

- “Autonomía privada y derechos fundamentales”, en la revista *Anuario de Derecho Civil*, 1993, págs. 57-122

- “La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho Privado”, en la revista *Anuario de Derecho Civil*, 1997, págs. 155-186

ALMAGRO NOSETE, JOSÉ

- “Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989

- “Interpretación de la Constitución e interpretación de la ley. Razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 451-470

ALONSO GARCÍA, ENRIQUE

- “La interpretación de la Constitución”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, FERNANDO

- “Constituciones, Constitución y Convenio: derechos, derechos y derechos”, en *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, Esperanza GÓMEZ CORONA, Pablo GUTIÉRREZ VEGA, Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ (coord.), Fundación El Monte-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 155-178

ALONSO OLEA, MANUEL

- “Constitución y orden jurisdiccional social”, en *División de poderes e interpretación*, Antonio LÓPEZ PINA (ed.), Tecnos, Madrid, 1987

APARICIO PÉREZ, MIGUEL ANGEL

- “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, mayo-agosto 1989, págs. 47-85

APILLUELO MARTÍN, MARGARITA

- “Contornos del poder empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial”, *West-Law Aranzadi*, ref. BIB 2003\608

ARAGÓN REYES, MANUEL

- “La eficacia jurídica del principio democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 9-45.

- “El juez ordinario: entre la ley y la Constitución”, en *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1998*, Consejo General del Poder Judicial, 10, 1998, págs. 301-324
- “25 años de Justicia Constitucional en España”, ponencia del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, diciembre de 2003
- “Problemas del recurso de amparo”, en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 145-176

ARRIBAS LUQUE, JOSÉ M^a

- “Protección de transmisiones de datos personales desde la UE a los EEUU. Sistema de principios de puerto seguro”, en la revista *La Toga*, Revista del Colegio de Abogados de Sevilla, Febrero 2002, págs. 27-39

BACHOF, OTTO

- “Jueces y Constitución”, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1^a ed., Madrid, 1985

BACIGALUPO SAGGESE, MARIANO

- “¿Puede el juez ordinario ir más lejos que el Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales? (Consideraciones sobre la extensión y los límites de la eficacia vinculante de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional –art. 5.1 L.O.P.J.- para la interpretación del alcance de los derechos fundamentales)”, en *BFD Boletín de la facultad de Derecho [UNED]*, 1995 (8-9), págs. 535-548

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE

- “Problemas constitucionales de la prescripción de la acción penal (notas sobre la STC 63/2005)”, en el diario *La Ley* número 6265, 1 de junio de 2005

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA

- “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria”, Editorial Civitas, Madrid, 1990
- “El contenido esencial del derecho de huelga”, en *Revista de Derecho Político* núm. 34, 1991, págs. 123-142
- “Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico”, Editorial Tecnos, Madrid, 1997

BALLARÍN IRIBARREN, JAVIER

- Recensión del libro “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 24, septiembre-diciembre, 1988, págs. 283 a 315.

BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO

- “Las directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico [2000/43] y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual [2000/78]”, en *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XXI, Madrid, 2003, págs. 285-388

BAÑO LEÓN, JOSÉ MARÍA

- “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, págs. 155-179

BARNES, JAVIER

- “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en la revista *Cuadernos de Derecho Público* núm. 5, septiembre-diciembre 1998, págs. 15-49

BAYLOS GRAU, ANTONIO

- “Medios de prueba y derechos fundamentales. Especial referencia a la tutela de estos derechos”, en *La prueba en el proceso laboral*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 23, 1997, págs. 15-43
- “El derecho al trabajo como derecho constitucional”, en *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 13-53

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO

- “Principio de igualdad y Derecho privado”, en la revista *Anuario de Derecho Civil*, 1990, págs. 369-427
- “Autonomía privada e igualdad”, en la revista *Aranzadi Civil*, núm. 22, 2000, ref. West-Law BIB 2000\2048

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA

- “Las garantías de los artículos 24 y 25 de la Constitución en los procedimientos disciplinarios privados: un análisis de su posible aplicación a las sanciones impuestas por los órganos de gobierno de las asociaciones”, en la revista *Derecho privado y Constitución*, núm. 9, 1996, págs. 45-94
- “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Centro de Estudios Constitucionales, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997
- “Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado”, McGraw-Hill, Madrid, 1997
- “Libertad de asociación y derechos de los socios”, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1ª ed., 1997

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA y REY MARTÍNEZ, FERNANDO

- “Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional” en *La Constitución y la práctica del Derecho*, Manuel ARAGÓN REYES y Julián MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ (ed.), Aranzadi-Banco Central Hispano, 1998, vol. 1, págs. 243-340

BOBBIO, NORBERTO

- “Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica”, en la revista *Politica del Diritto*, núm. 4, año IV, 1975, págs. 431-455

BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG

- “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden (Alemania), 1993, págs. 13-43
- “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden (Alemania), 1993, págs. 44-71
- “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental”, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden (Alemania), 1993, págs. 95-138
- “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Editorial Trotta, Madrid, 2000

BORRAJO INIESTA, IGNACIO, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO Y FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN

- “El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional”, Editorial Civitas, Madrid, 1995

BRAGE CAMAZANO, JOAQUÍN

- “Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EE.UU.”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, enero-marzo 2004, págs. 271-290

BRINKTRINE, RALF

- “The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law: The British debate on horizontality and the possible role model of the German doctrine of «mittelbare Drittwirkung der Grundrechte»”, en la revista *European Human Rights Law Review*, issue 4, 2001, págs. 421-432

CANARIS, CLAUS-WILHELM

- “Derechos fundamentales y Derecho privado”, traducción al portugués de Ingo Wolfgang SARLET y Paulo MOTA PINTO, Livraria Almedina, Coimbra, 2003

CANCER LALANNE, ENRIQUE

- “La Constitución como motivo del recurso de casación”, en la revista *Cuadernos de Derecho Público* núm. 7, 1999, págs. 111-138

CARPIZO, JORGE, COSSÍO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN y FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR

- “La jurisdicción constitucional en México”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, págs. 747-808

CARRASCO DURÁN, MANUEL

- “Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

CARRILLO, MARC

- “Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución Española de 1978”, en *Revista de Derecho Político*, U.N.E.D. , núm. 23, Madrid, 1986, págs. 41-66

- “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, Boletín Oficial del Estado-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995

- “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, *Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia 1998*, en *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs.273-300

- “Notas sobre la articulación entre la jurisdicción ordinaria y recurso de amparo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 231-254

- “La reparación de las vulneraciones de derechos en la sentencia estimatoria de amparo (1999-2001)”, en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 42-114

- “La aplicación judicial de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, mayo-agosto 2004, págs. 73-102

CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO

- “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales”, en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1995, págs. 9-51

- “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en el diario *La Ley* núm. 6159, 31 de diciembre de 2004

CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA

- “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación [¿o de proporcionalidad?] y principio de buena fe”, *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 12, junio 2004, págs. 1-13

CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS y GIMENO SENDRA, VICENTE

- “El recurso de amparo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2ª edición, 1988, reimpresión 1992

CASTELLS ARTECHE, JOSÉ MANUEL

- “Aportaciones, méritos y deméritos de la nueva Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación (L.O. 1/2000, de 22 de marzo)”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 64, septiembre-diciembre 2002, págs. 97-112

CHEMERINSKY, ERWIN

- “Rethinking State Action”, en *Northwestern University Law Review*, vol. 80, núm. 3, 1985, págs. 503-557
([http://eprints.law.duke.edu/archive/00000802/01/80_Nw_U_L_Rev_503_\(1985-1986\).pdf](http://eprints.law.duke.edu/archive/00000802/01/80_Nw_U_L_Rev_503_(1985-1986).pdf))¹⁴⁰⁹

CHINCHILLA MARÍN, CARMEN

- “Sobre el derecho de rectificación. En torno a la STC 168/1986, de 22 de diciembre”, en la revista *Poder Judicial* núm. 6, junio de 1987, págs. 71-82

CHUECA SANCHO, ÁNGEL

- “La evolución de los derechos fundamentales en los Tratados comunitarios”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Francisco Javier MATÍA PORTILLA (dir.), Civitas, Madrid, 2002, págs. 21-50

CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO

- “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares”, en *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica* núm. 27, Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, México, 1998

- “La jurisdicción constitucional en Colombia”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, págs. 473-504

CLAPHAM, ANDREW

- “The *Drittwirkung* of the Convention”, en *The European System of the Protection of Human Rights*, K. ST. J. MACDONALD/F. MATSCHER/H. PETZOLD (ed.), Dordrecht/Boston/London, 1993

- “Human Rights in the private sphere”, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, Oxford, 1993

CLAVERO SALVADOR, BARTOLOMÉ

- “Sexo de derecho, acoso de justicia (comentario de jurisprudencia)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 52, enero-abril de 1998, págs. 189-217

¹⁴⁰⁹ Los sitios web reseñados en la bibliografía estaban operativos y contenían los trabajos indicados en fecha 18 de octubre de 2005.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO

- “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 199-224

CONSTANTINESCO, VLAD

- “El Proyecto de Tratado que establece una Constitución de la Unión Europea, entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm 15, 1^{er} semestre, 2005, págs. 71-88

CRUZ VILLALÓN, JESÚS

- “Competencia y dualidad de jurisdicciones en la tutela de la libertad sindical”, en *La tutela de la libertad sindical*, José CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (coord.), III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985

CRUZ VILLALÓN, PEDRO

- “La formación del sistema europeo de control de la constitucionalidad [1918-1939]”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987

- “Derechos fundamentales y Derecho privado”, Academia Sevillana del Notariado, Edersa, 1988

- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, enero-abril 1989, págs. 35-62

- “El legislador de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 125-137

- “El recurso de amparo constitucional. El juez y el legislador”, en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 117-122

- “Derechos fundamentales y legislación”, *Estudios de Derecho público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993, págs. 407-423

- “Sobre el amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 9-23

- “Jurisprudencia constitucional y ley”, en *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, págs. 135-137

- Voz “derechos fundamentales”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 2398-2400

- “Las tareas del Tribunal Constitucional”, Memoria del Tribunal Constitucional del año 1999, <http://www.tribunalconstitucional.es/MEMORIAS.htm>

- “El juez como garante de los derechos fundamentales”, en *Constitución y Poder Judicial. XXV aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 2003, págs. 29-53

- “La Constitución y «el resto» del ordenamiento jurídico”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 4, Comité organizador: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ [et al.], Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 6362-6372

- “La Carta de derechos y la Constitución española”, en *Asamblea, revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12, 2005, págs. 3-21

DEBET, ANNE

- “L’influence de la Convention européenne des droits de l’homme sur le droit civil”, Ed. Dalloz, Paris, 2002

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO

- “Jurisdicción ordinaria y ley”, en *Democracia representativa y parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Antonio López Pina (dir.), Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, págs. 129-134
- “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, en *La sentencia de amparo constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 17-74
- “El art. 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo”, en *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales. Dos ensayos*, con Andrés DE LA OLIVA SANTOS, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 69-218

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, LUIS MARÍA

- “Concepto de ley y tipos de leyes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 24, septiembre-diciembre 1988, págs. 47-93
- “Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 40, enero-abril 1994, págs. 9-37
- “Nota sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, en la revista *Persona y Derecho* núm. 45, 2001, págs. 133-138
- “Constitucionalismo de la Unión Europea”, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 2002
- “Sistema de derechos fundamentales”, Civitas Ediciones, Madrid, 2003
- “La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm 15, 1^{er} semestre, 2005, págs. 159-170

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS

- “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, 2^a edición, Tecnos, Madrid, 1983
- “Constitución, ley, juez”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 15, septiembre-diciembre 1985, págs. 9-23
- “Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 1257-1270
- “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Editorial Civitas, 1991, págs. 325-327

DE DOMINGO, TOMÁS

- “El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales. Una aproximación desde la Filosofía del Derecho”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* núm. 11, 2002, págs. 251-289

EMBED IRUJO, ANTONIO

- “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado”, en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980, págs. 191-206

EISSEN, MARC-ANDRÉ

- “La Convention Européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu: une mise a jour”, en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, tomo III, Edit. A. Pedone, París, 1971, págs. 151-162

ESTRADA, ALEXEI JULIO

- “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN

- “El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la L.O.T.C.”, Marcial Pons, Madrid, 1994

- “El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma”, Fundación Alternativas, documento de trabajo 58/2004 (www.fundacionalternativas.com/laboratorio)

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL

- “Renunciabilidad de los derechos fundamentales de contenido económico”, comunicación a la mesa temática *Derechos fundamentales* en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, del 3 al 5 de diciembre de 2003

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO

- “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, págs. 207-232

- “La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español”, Editorial Civitas, Madrid, 1998

FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO

- “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 39, 1993, págs. 195-247

FERRAJOLI, LUIGI

- “El derecho como sistema de garantías”, en la revista *Jueces para la Democracia*, núm. 16-17, 1992, págs. 61-69

FERRER I RIBA, JOSEP y SALVADOR CODERCH, PABLO

- “Asociaciones, democracia y *Drittwirkung*”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, PABLO SALVADOR CODERCH (coord.), Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 55-166

FERRERES COMELLA, VÍCTOR

- “Justicia Constitucional y Democracia”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997

- “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale sobre Derechos Fundamentales celebrado en Iquique, Chile del 7 al 10 de junio de 2001, (<http://islandia.law.yale.edu/sela/scomella.pdf>)

- “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial”, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) organizado por la Universidad de Yale en 2004 sobre “Los límites de la Democracia”, celebrado en Oaxaca, Méjico (<http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerreresPaperSpanishSELA2004.pdf>)

FERRERES COMELLA, VÍCTOR y SAIZ ARNÁIZ, ALEJANDRO

- “¿Realmente hay que reformar la Constitución española para adecuarla a la cláusula de primacía de la Constitución europea?”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 645, 2004, ref. West-Law BIB 2004\1807

FONSECA MORILLO, FRANCISCO J.

- “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Francisco Javier MATÍA PORTILLA (dir.), Editorial Civitas, Madrid, 2002, págs. 87-122

FORSTHOFF, ERNST

- “El Estado de la sociedad industrial (El modelo de la República Federal de Alemania)”, traducción de Luis LÓPEZ GUERRA y Jaime NICOLÁS MUÑIZ, Instituto de Estudios Políticos, Colección Civitas, Madrid, 1975

FREIXES SANJUÁN, TERESA

- “Constitución y derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978”, PPU, Barcelona, 1992

GALLARDO MOYA, ROSARIO

- “Derecho de asociación y exigencia de democracia interna de los partidos políticos (Comentario a la STC 56/1995, de 6 de marzo)”, en la revista *Derecho privado y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 8, enero-abril 1996, págs. 237-250

GALLEGO ANABITARTE, ALFREDO

- “Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial - derecho a la educación; autonomía local; opinión pública-“, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid-Editorial Civitas, Madrid, 1994

GAMBINO, SILVIO

- “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana en la perspectiva comparada”, en la obra *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ (ed.), Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 249-312

GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ

- “La invocación formal del derecho vulnerado y el recurso de amparo”, *Revista de Derecho Procesal* núm. 2, 1988, págs. 459-474

GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO

- “La jurisdicción constitucional en Perú”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, DOMINGO GARCÍA BELAUNDE y FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, págs. 831-860

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO

- “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Editorial Civitas, Madrid, 3ª edición 1983, reimpresión 2001

- “La democracia y el lugar de la ley” en *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, junto a Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 23-62

- “El valor normativo de la Constitución”, en *Revista de Derecho Político* núm. 44, 1998, págs. 33-44

- “El valor normativo de la Constitución de 1978”, en *La Constitución de 1978. 20 años de democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 283-304

- “La Constitución de 1978 como norma jurídica”, en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, Tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 1863-1868

- “Sobre la ejecutoriedad inmediata de las medidas recurridas en casación: una reflexión rectificativa”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, págs. 381-406

- “La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa”, Editorial Civitas, 2ª ed., Madrid, 2001

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN

- “Curso de Derecho Administrativo”, 8ª edición, Civitas, 2002

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO

- “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, en *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 217-260

GARCÍA-TREVIJANO FOS, JOSÉ ANTONIO

- “Tratado de Derecho Administrativo”, EDERSA, Madrid, 3ª edición, 1973

GARCÍA JIMÉNEZ, MARÍA ENCARNA

- “El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI”, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998

GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN

- “La protección judicial de los derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994

GARCÍA PELAYO, MANUEL

- “El *status* del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 1, 1981, págs. 11-34

- “Derecho constitucional comparado”, Editorial Alianza, Madrid, 1999

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ

- “La eficacia interprivatos (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales”, en el *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002

GARCÍA SAN JOSÉ, DANIEL

- “La cláusula «necesario en una sociedad democrática» en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, tesis doctoral dirigida por el Profesor Dr. D. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO

GARCÍA TORRES, JESÚS

- “Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales”, en la revista *Poder Judicial* núm. 10, junio de 1988, págs. 11-33

- “«*Sint ut sunt aut non sint*»: Pequeña contribución jurídico-constitucional al novísimo Derecho nobiliario de creación judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 11, enero-abril 1988, págs. 223-236

- “*Non sint*. La Constitución española y las sucesiones nobiliarias «*mortis causa*»: examen crítico de la argumentación constitucional contenida en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1989”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 29, 1990, págs. 243-289

- “*Sint ut fuerunt* : La sucesión nobiliaria en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 52, enero-abril 1998, págs. 219-267

GARCÍA TORRES, JESÚS y JIMÉNEZ-BLANCO, ANTONIO

- “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares”, Editorial Civitas, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986

GARCÍA VARELA, ROMÁN y CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS

- “El recurso de amparo constitucional en el área civil”, Editorial Bosch, Barcelona, 1999

GAVARA DE CARA, JUAN CARLOS

- “Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

- “El principio de proporcionalidad como elemento de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16/2003, ref. West-Law BIB 2003\1386

GIMENO SENDRA, VICENTE

- “El derecho a un proceso laboral con todas las garantías”, en *El proceso laboral en la Jurisprudencia Constitucional*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 17, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 329-352

GIMENO SENDRA, VICENTE y MORENILLA ALLARD, PABLO

- “Proceso para la tutela procesal civil de los derechos fundamentales”, en Iustel, base de conocimiento jurídico, 17.27.1 (www.iustel.com)

GIRGADO PERANDONES, PABLO

- “La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo”, Marcial Pons, Madrid, 2002

GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM

- “Direito Constitucional”, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1983

- “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 3ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1999

GOMES CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM y MOREIRA, VITAL

- “Constituição da República Portuguesa Anotada, pág. 163 y siguientes, 2ª ed., Coimbra, 1984

GÓMEZ AMIGO, LUIS

- “La sentencia estimatoria del recurso de amparo”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1998

GÓMEZ MONTORO, ÁNGEL J.

- “Asociación, Constitución y Ley. Sobre el contenido constitucional del derecho de asociación”, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004

GÓMEZ PUENTE, MARCOS

- “Derechos fundamentales y omisión legislativa: de nuevo sobre la Televisión”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, núm. 84, 1994, págs. 629-651

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS y FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN

- “Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo”, Civitas, Madrid, 2002

GROPPI, TANIA

- “¿Hacia una justicia constitucional «dúctil»? Tendencias recientes en las relaciones entre la Corte Constitucional y los jueces comunes en la experiencia italiana”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* núm. 38/39, Valencia, 2002, pág. 69-83

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO

- “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1999, 1^{er} trimestre, págs. 193-211

HÄBERLE, PETER

- “Recientes desarrollos sobre derechos fundamentales en Alemania”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 1, febrero-octubre 1993, págs. 149-167

- “Derecho Constitucional común europeo”, en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO (coord.), Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 187-223

- “La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn”, Dykinson, Madrid, 2003

- “El Tribunal Constitucional como poder político”, en *Revista de estudios políticos*, núm. 125, 2004, págs. 9-38

HARRIS, DAVID J., O’BOYLE, MICHAEL y WARBRICK, COLIN

- “Law of the European Convention on Human Rights”, Ed. Butterworths, Londres, 1995

HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN

- “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, págs. 505-538

HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO

- “El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”, en la revista *Cuadernos de Derecho Público* núm. 16, mayo-agosto 2002, págs. 223-273

HESSE, KONRAD

- “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 61-84

- “Derecho constitucional y Derecho privado”, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1995

- “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Antonio LÓPEZ PINA, (ed.), Marcial Pons, 2^a ed., Madrid, 2001, págs. 1-15

- “Significado de los derechos fundamentales” en *Manual de Derecho Constitucional*, Antonio LÓPEZ PINA (ed.), Marcial Pons, 2^a ed., Madrid, 2001, págs. 83-115

HOGG, PETER W.

- “Constitutional Law of Canada”, Carswell, Toronto, 4^a edición, 1997

JANA LINETZKY, ANDRÉS

- “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) sobre derechos fundamentales celebrado en Iquique, Chile, del 7 al 10 de junio de 2001 (<http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>)

JELLINEK, GEORG

- “Sistema dei diritti pubblici subbietivi”; traducción italiana riveduta dall'autore della seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del prof. Vittorio Emmanuele Orlando, Società Editrice Libreria, Milán, 1912

JIMENA QUESADA, LUIS

- “La introducción del derecho a indemnización en el proceso de amparo constitucional” en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPs (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 239-272

JIMÉNEZ BLANCO, ANTONIO

- “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 635-650

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER

- “Analogía «secundum constitutionem»”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 13, septiembre-diciembre 1992, págs. 9-30

- “El legislador de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, Servicio de Publicaciones, 1993, págs. 473-510

- “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 71-112

- “Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ (ed.), Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 81-109

- “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, Editorial Trotta, Madrid, 1999¹⁴¹⁰.

LEZERTUA, MANUEL

- “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Perfiles del derecho constitucional a la vida familiar y privada*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, núm. 22, 1996, págs. 49-98

LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO

- “Derechos Fundamentales y Libertad negocial. Sobre el espacio constitucional para la autonomía de la voluntad entre particulares”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990

LÓPEZ BOFILL, HÉCTOR

- “El control de constitucionalidad de la ley en España: ¿derechos o conflictos legislativos de competencia?”, comunicación a la mesa *Justicia Constitucional*, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3 a 5 de diciembre de 2003

LÓPEZ CASTILLO, ANTONIO

- “La Unión Europea «en constitución» y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DCT 1/2004, de 13 de diciembre de 2004”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm 15, 1^{er} semestre, 2005, págs. 427-458

¹⁴¹⁰ Este trabajo había sido publicado anteriormente como “Artículo. 53. Protección de los derechos fundamentales”, en *Comentarios a la Constitución española*, ALZAGA VILLAMIL, OSCAR (coord.), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996. Cuando fue publicado posteriormente bajo el título “Derechos fundamentales: concepto y garantías”, Editorial Trotta, Madrid, 1999, contenía algunas modificaciones casi inapreciables respecto del primero. En todo caso, he preferido citar el trabajo más reciente.

LÓPEZ GUERRA, LUIS

- “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ (dir.), Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 27-59

LÓPEZ PARADA, RAFAEL

- “El control judicial de constitucionalidad de las leyes después de la Constitución Europea”, en *Boletín Informativo Jueces para la Democracia*, núm. 39, junio 2005, págs. 8-9

LÓPEZ PINA, ANTONIO

- “Encuesta. El tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 15, 1^{er} semestre, 2005, págs. 11-52

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA

- “Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española”, Comares, Granada, 1996

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO

- “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ (dir.), Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 111-149

MANGAS MARTÍN, ARACELI

- “Las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno de los Estados Miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, dirigido por Gil Carlos RODRIGUEZ IGLESIAS y Diego J. LIÑÁN NOGUERAS, Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Granada, Editorial Civitas, Madrid, 1993, págs. 55-96

- “La Constitución Europea”, Ed. Iustel, Madrid, 2005

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS

- “La delimitación de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional” en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Gerardo RUIZ-RICO (ed.), Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 61-79

MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ

- “El derecho de ingreso en las asociaciones”, en *Los alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, Casino de Irún, Irún, 2000, págs. 13-26

MARSHALL, GEOFFREY

- “La ley parlamentaria como fuente del Derecho”, en *Democracia representativa y Parlamentarismo. Alemania, España, Gran Bretaña e Italia*, Antonio LÓPEZ PINA (dir.), Servicio de Publicaciones del Senado, Madrid, 1994, págs. 139-149

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO

- “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, 1^a edición, 1^a reimpresión, Madrid, 1992, págs. 17-91

- “Eficacia y garantía de los derechos fundamentales”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 585-634

MARTÍN CUBAS, JOAQUÍN

- “El concepto de «igualdad» en una democracia avanzada: un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, mayo-agosto 1998, págs. 155-188

MARTÍN-CASALLO LÓPEZ, JUAN

- “El Ministerio Fiscal y el proceso de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 469, 18 de enero de 2001

MARTÍN MORALES, RICARDO

- “El derecho a la intimidad: grabaciones con videocámaras y microfonía oculta”, en el diario *La Ley* núm. 18180, 6 de septiembre de 2004

MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO-LUIS

- “El art. 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 40, 1997, págs. 111-127

MATÍA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER

- “Los derechos fundamentales y humanos en la CIG’2004”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm 15, 1^{er} semestre, 2005, págs. 235-270

MEDINA GUERRERO, MANUEL

- Recensión del libro de Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE “Escritos sobre derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 41, 1994, 323-331

- “La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales”, McGraw-Hill, Madrid, 1996

- “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 5, septiembre-octubre 1998, págs. 119-141

MENDOZA ESCALANTE, MIJAIL

- “Los efectos horizontales de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano”, comunicación presentada en la mesa temática *Derechos fundamentales* en el VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, del 3 al 5 de diciembre de 2003

MIJANGOS Y GONZÁLEZ, JAVIER

- “La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Editorial Porrúa, México, 2004

MIRANDA, JORGE

- “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV-Direitos Fundamentais, 3^a ed., Coimbra Editora, 2000

MOLINER TAMBORERO, GONZALO

- “El proceso de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales”, en *Constitución y Justicia Social*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 5, 2003, págs. 167-233

- “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, en *La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 33-173

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS

- “La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, y MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL

- “El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo”, en *Comentario a la constitución socio-económica de España*, José Luis MONEREO PÉREZ, Cristóbal MOLINA NAVARRETE y M^a Nieves MORENO VIDA (dir.), Comares, Granada, 2002, págs. 287-355

MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSÉ ANTONIO

- “De la tutela de los derechos de libertad sindical. Comentario a los arts. 175 a 182 de la Ley de Procedimiento Laboral”, en *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Tomo II, Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 1057-1129

MORÓN, MANUEL

- “Precisiones y significación constitucional del recurso de casación”, *La Ley* núm. 6129, 17 de noviembre de 2004

MUÑOZ ARNAU, JUAN ANDRÉS

- “Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español”, Aranzadi, Pamplona, 1998

NARANJO DE LA CRUZ, RAFAEL

- “Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 2000

NIETO, ALEJANDRO

- “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero diciembre de 1983, págs. 371-415

NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO

- “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, págs. 539-576

NOREÑA SALTO, JOSÉ RAMÓN

- “Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración legal”, en *Repertorio Aranzadi de Derecho Constitucional* núm. 18/2003, referencia West-Law BIB 2003\1523

NUNES ABRANTES, JOSÉ JOÃO

- “A vincalação das entidades privadas aos direitos fundamentais”, AAFDL, Lisboa, 1990

DE OTTO Y PARDO, IGNACIO

- “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución”, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1^a edición, 1^a reimpresión, Madrid, 1992, págs. 93-170

OSBORNE, MICHAEL y SPRIGMAN, CHRIS

- “Du Plessis is Not Dead: South Africa’s 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes”, en *South African Journal on Humans Rights*, 1999, 15, SAJHR, 25

PACE, ALESSANDRO

- “La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»”, en *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989, págs. 685-704
- “Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte generale”, Padua, CEDAM-Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1990
- “Igualdad y libertad”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, 2002, págs. 53-79
- “La heterogénea estructura de los derechos constitucionales”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 3, enero-abril 1998, págs. 9-29
- “I circoli privati tra libertà di associazione e principio de eguaglianza”, en la revista *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, págs. 3293-3305
- “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas Preliminares”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional* núm. 7, 1^{er} semestre 2001, págs. 173-186

PARDO FALCÓN, JAVIER

- “Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 49, enero-abril 1997, págs. 299-309

PAREJO ALFONSO, LUCIANO

- “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, septiembre-diciembre 1981, págs. 169-190

PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO

- “Curso de derechos fundamentales. Teoría general”. Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, 1^a edición, 1^a reimpresión, Madrid, 1999

PEDRAJAS MORALES, ABDÓN

- “Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia”, Editorial Trotta, Madrid, 1992

PÉREZ ROYO, JAVIER

- “Las Fuentes del Derecho”, Editorial Tecnos, Colección *Temas clave de la Constitución española*, 4^a Edición, 1988, 6^a reimpresión 1998
- “Tribunal constitucional y división de poderes”, Editorial Tecnos, Madrid, 1988
- Voz “inconstitucionalidad por omisión”, en *Diccionario Jurídico Básico*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, págs. 3501-3503
- “Curso de Derecho Constitucional”, Marcial Pons, Madrid, 9^a edición , 2003

PÉREZ TREMPES, PABLO

- “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985
- “El recurso de amparo constitucional. Aspectos procesales”, en *Los procesos constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, págs. 123-135
- “La protección de los derechos fundamentales por los jueces y tribunales”, en la revista *Poder Judicial* núm. 43-44, 1996, págs. 251-271
- “Tribunal Constitucional y Poder Judicial”, Fundación Alternativas, documento de trabajo 28/2003 (www.fundacionalternativas.com/laboratorio)
- “El recurso de amparo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

- “Tribunal Constitucional, juez ordinario y una deuda pendiente del legislador”, en *La reforma del recurso de amparo*, Pablo PÉREZ TREMPES (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 177-216

PIBERNAT DOMENECH, XAVIER

“Los pronunciamientos contenidos en las sentencias de otorgamiento de amparo constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 29, mayo-agosto 1990, págs. 143-191

PINTO FERREIRA, LUIZ

- “Os instrumentos processuais protetores dos direitos no Brasil”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, págs. 413-440

PIZZORUSSO, ALESSANDRO

- “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 17-70

PORTALIS, JEAN-ETIENNE MARIE

- “Discurso preliminar al Código Civil francés”, traducción e introducción de I. CREMADES y L. GUTIÉRREZ-MASON, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1997

POYAL COSTA, ANA

- “La eficacia de los derechos humanos frente a particulares”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991, págs. 189-221

PRIETO SANCHÍS, LUIS

- “Estudios sobre derechos fundamentales”, Editorial Debate, Madrid, 1990

- “Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 101-136

- “El juicio de ponderación”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 175-216

- “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, págs. 217-260

QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, TOMÁS

- “El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1981

RAMOS LUJÁN, HIRUMA V.

- “La intimidad de los trabajadores y las nuevas tecnologías”, en la revista *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2003, págs. 41-74

RENOUX, THIERRY S.

- “La jurisdicción ordinaria francesa y la Constitución: ¿indiferencia, convergencia o competencia?”, en *Cuadernos de Derecho Público* núm. 7, mayo-agosto 1999, pág. 65-76

REQUEJO PAGÉS, JUAN LUIS

- Voz “derechos de configuración legal”, Enciclopedia Jurídica Básica, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 2385-2387

REVENGA SÁNCHEZ, MIGUEL

- “Las paradojas del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional (1981-1991)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 25-33

DEL REY GUANTER, SALVADOR

- “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo: notas para una teoría general”, en la revista *La Ley. Relaciones Laborales*, núm. 3, 1995, págs. 181-212

RIVERO, JEAN

- “La protection des droits de l’homme dans les rapports entre personnes privées”, en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, Tomo III, Edit. A. Pedone, Paris, 1971, págs. 311-322

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL

- Presentación y “Jurisdicción y justicia constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 9-11 y 227-241

- “Garantía de indemnidad, actuaciones preprocesales del abogado y libertad de expresión”, en la revista *Relaciones Laborales*, núm. 20, 2004, págs. 1-12

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL y FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA

- “Igualdad y discriminación”, colección *Temas clave de la Constitución Española*, Editorial Tecnos, Madrid 1986

RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, ÁNGEL

- “Juez español, Derecho europeo y mayor protección de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 47, 2000, págs. 93-110

RODRÍGUEZ GARCÍA, ÁNGEL

- “El procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales”, en la revista *Poder Judicial*, número especial XV, *Reforma del proceso Contencioso-Administrativo*, págs. 9-23

RODRÍGUEZ PANIAGUA, JOSÉ MARÍA

- “Derecho Constitucional y Derechos humanos en la revolución norteamericana y en la francesa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19, enero-abril 1987, págs. 53-73

RODRÍGUEZ RUIZ, BLANCA

- “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos”, en *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa. Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*, Esperanza GÓMEZ CORONA, Pablo GUTIÉRREZ VEGA, Rosario LEÑERO BOHÓRQUEZ (coord.), Fundación El Monte-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2004, págs. 179-194

ROJO, ÁNGEL

- “Los grupos de sociedades en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 220, 1996, págs. 457-484

ROMÁN DE LA TORRE, MARÍA DOLORES

- “Proceso de tutela de derechos fundamentales”, en *El proceso laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 17, 1996, págs. 195-242

ROMBOLI, ROBERTO

- “La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Italia”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, mayo-agosto 1999, págs. 15-40

ROMERO MORENO, JOSÉ MANUEL

- “Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983

ROURA GÓMEZ, SANTIAGO A.

- “La defensa de la Constitución en la historia constitucional española”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998

ROSADO IGLESIAS, GEMA

- “Libertad de residencia y propiedad horizontal”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. III, Parte Estudio, págs. 2619-2634

ROSE, CAROL

- “¿Quién es responsable por los derechos fundamentales. Algunas perspectivas del presente y del pasado”, ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA) sobre Derechos Fundamentales celebrado en Iquique, Chile, del 7 al 10 de junio de 2001 (<http://islandia.law.yale.edu/sela/srose.pdf>)

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO

- “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, enero-abril 1982, págs. 35-67

- “Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35, mayo-agosto 1992, págs. 9-39

- “La Constitución como fuente del Derecho”, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 79-98

- “La interpretación de la Constitución”, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 605-614

- “El recurso de amparo constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 125-190

- “Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)”, Ariel, Barcelona, 1995

- “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, en la revista *Claves de la razón práctica*, núm. 75, 1997, págs. 2-10

- “Una Carta de dudosa utilidad”, en *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Francisco Javier MATÍA PORTILLA (dir.), Civitas, Madrid, 2002, págs. 169-201

- “El Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, págs. 11-33

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y ARAGÓN REYES, MANUEL

- “La jurisdicción constitucional”, en *La Constitución Española de 1978*, directores Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Alberto PREDIERI, 2ª edición, 2ª reimpresión, Editorial Civitas, Madrid, 1984, págs. 829-886

RUIPÉREZ, JAVIER

- “Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la «libertad natural» a la *Drittwirkung der Grundrechte*”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2004, págs. 1159-1172

RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO

- “Algunas reflexiones sobre la convergencia funcional-disfuncional del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en la aplicación jurisdiccional de la Constitución”, en *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Gerardo RUIZ-RICO RUIZ (dir.), Consejo General del Poder Judicial-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 11-26

SAGÜES, NÉSTOR PEDRO

- “Instrumentos procesales protectores de los derechos en Argentina”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Domingo GARCÍA BELAUNDE y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (coord.), Editorial Dykinson, Madrid, 1997, págs. 311-336

SAIZ ARNAIZ, ALEJANDRO

- “Constitución y derechos: la Carta «retocada», el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Parte II del Proyecto de Tratado”, en *El Proyecto de nueva Constitución Europea*, Enoch ALBERTÍ ROVIRA (dir.), Eduard ROIG MOLÉS (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 327-357

SALA SÁNCHEZ, PASCUAL

- “La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales”, Discurso de apertura del año judicial 1994-1995, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994

- “El Tribunal Supremo y los derechos constitucionales: delimitación y funciones”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 255-271

SANTAOLALLA, FERNANDO

- “Televisión por cable y control de omisiones del legislador [En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero]. Epílogo sobre la televisión privada [STC 127/1994]”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 173-185

- “Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 7, 1^{er} trimestre 2001, pág. 187-216

SARAZÁ JIMENA, RAFAEL

- “Doctrina constitucional aplicable en materia civil y procesal civil”, Ed. Civitas, Madrid, 1994

- “Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995

SARLET, INGO WOLFGANG

- “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, en *A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, págs. 107-162

- “A eficácia dos direitos fundamentais”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001, 2^a edición, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001

- “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2001

SCHEUNER, ULRICH

- "Fundamental Rights and the protection of the individual against social groups and powers in the constitutional system of the Federal Republic of Germany", en *René Cassin, Amicorum Discipulorumque Liber*, Tomo III, Edit. A. Pedone, París, 1971, págs. 253-268

SCHMITT, CARL

- "Teoría de la Constitución", Alianza Editorial, Madrid, 1982.

SCHNEIDER, HANS PETER

- "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático", en *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, enero-febrero 1979, págs. 7-35

- "Democracia y Constitución", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991

SERRA CRISTOBAL, ROSARIO

- "La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo", Editorial Tecnos, Madrid, 1999

SIEYÉS, EMNANUEL

- "Escritos y discursos de la Revolución", estudio y traducción de Ramón MAIZ, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990

STARCK, CHRISTIAN

- "Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, mayo-agosto 1998, págs. 11-32

- "Derechos fundamentales y Derecho privado", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 66, septiembre-diciembre 2002, págs. 65-89

STEIN, EKKEHART

- "Derecho Político", Aguilar, Madrid, 1973

STERN, KLAUS

- "El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, septiembre-diciembre 1988, págs. 261-277

SUÑE LLINAS, EMILIO y VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS

- Comentario al art. 9 de la Constitución en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Oscar ALZAGA VILLAMIL (dir.), Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1996, tomo I, págs. 469 y siguientes.

TEROL BECERRA, MANUEL JOSÉ

- "El Tribunal Constitucional", en Iustel, base de conocimiento jurídico, 10.3.2 (www.iustel.com)

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO

- "El Tribunal Constitucional y los otros poderes del Estado", en *Escritos desde y sobre el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 61-112

- "La Constitución y el Tribunal Constitucional", en *La jurisdicción constitucional en España*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 13-34

TRIBE, LAURENCE H.

- "American Constitutional Law", Mineola, New York, 2ª edición, 1988

TUSET DEL PINO, PEDRO

- “Las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo. Comentarios a la Ley 62/2003, de 30 de diciembre”, en la revista *Información laboral. Jurisprudencia*, núm. 1, 2004, págs. 2-24

VALDEOLIVAS GARCÍA, YOLANDA

- “Las conductas lesivas de la libertad sindical”, Colección *Estudios*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1994

VALLE MUÑOZ, FRANCISCO ANDRÉS

- “La garantía de indemnidad del trabajador por ejercitar acciones judiciales contra el empresario”, en la revista *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2005, págs. 11-46

VARELA DÍAZ, SANTIAGO

- “La idea del deber constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 4, enero-abril 1982, págs. 69 a 96

VECINA CIFUENTES, JAVIER

- “La casación penal: el modelo español”, Editorial Tecnos, Madrid, 2003

DE VEGA GARCÍA, PEDRO

- “Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, enero-febrero 1979, págs. 93-118

- “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, págs. 333-345

VENEGAS GRAU, MARÍA

- “Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en el Derecho privado y el principio de autonomía privada”, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004

DE VICENTE PACHÉS, FERNANDO

- “Vulneración del derecho a la libertad sindical por uso indebido de la empresa de datos informativos relativos a afiliación sindical [Comentario a la Sentencia 11/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 11), de la Sala 1ª del Tribunal Constitucional]”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Vol. IV, Parte Estudio, págs. 165 a 198, Editorial Aranzadi, 1998, referencia West-Law BIB 1998\1358

VIEIRA DE ANDRADE, JOSÉ CARLOS

- “Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, Livraria Almedina, Coimbra, 2001

- “Os direitos fundamentais no século XXI”, ponencia en la mesa *Derechos fundamentales*, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sevilla, 3 a 5 de diciembre de 2003

VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO

- “La inconstitucionalidad por omisión”, McGraw-Hill, Madrid, 1997

VÍRGALA FORURIA, EDUARDO

- “Ejercicio de derechos por los afiliados y control judicial de las sanciones impuestas por los partidos políticos”, en la revista *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 6, 2º semestre 2000, págs. 83-108

VIVES, TOMÁS SALVADOR

- “Tribunales de Justicia y Jurisprudencia Constitucional”, en la revista *Poder Judicial*, núm. 2, junio 1986, págs. 9-13

VON MÜNCH, INGO

- “La dignidad del hombre en el Derecho constitucional”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 5, mayo-agosto 1982, págs. 9-33

- “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos* núm. 7, Madrid, 1979, págs. 269-289

- “Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania”, en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Pablo SALVADOR CODERCH (coord.), Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, Madrid, 1997, págs. 25-53

WEBER, ALBRECHT

- “La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en Alemania”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 7, mayo-agosto 1999, págs. 41-64

XIOL RIOS, JUAN ANTONIO

- “Crisis de la jurisprudencia y Tribunal Constitucional”, en *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a Santiago Varela*, Víctor MORENO CATENA (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995

- “Algunas reflexiones al hilo de la ponencia de Ignacio Díez-Picazo «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas en procesos constitucionales de amparo»”, en *La sentencia de amparo constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 75-107

- “La posición constitucional del Tribunal Supremo”, en *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 71-128