

# LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

POR

LUIS AGUIAR DE LUQUE  
Profesor adjunto de Derecho político  
Universidad Complutense

## SUMARIO

I. CONCEPTOS PREVIOS.—II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INTERÉS CONSTITUCIONAL TUTELADO.—III. LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.—IV. LOS MECANISMOS DE ASEGURAMIENTO: 1. *La reserva de la potestad normativa en materia de derechos fundamentales*: A) La reforma constitucional como garantía y sus límites. B) El legislador como garantía y las cautelas ante el legislador. 2. *Los instrumentos jurisdiccionales*: A) La jurisdicción ordinaria. B) La justicia constitucional. 3. *Las magistraturas de influencia y opinión*: A) El Rey, guardián de la Constitución. B) El Defensor del Pueblo.

Una de las ideas nucleares y matrices del constitucionalismo moderno la constituye, sin duda, la existencia de unos derechos fundamentales, históricamente inexcusables para el desarrollo de la personalidad humana. En efecto, dejando al margen por el momento la conocida disputa acerca de si la consagración de unos valores fundamentales es elemento consustancial a la idea constitucional (la tesis de que no hay más constitución que aquella que se adecúa a unos valores liberal-democráticos o «Konstitutionelle Verfassung»), o, por el contrario, la constitución es tan sólo aquel conjunto de normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado<sup>1</sup>, parece obvio que históricamente la aparición de la idea constitucional marcha vinculada al concepto político de constitución mencionado en primer término, que encuentra su más conocida expresión en el reiteradamente citado artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sin embargo, a lo largo y ancho de dicha trayectoria histórica no han faltado tampoco las denuncias acerca de la inocuidad de las declaraciones de derechos, que con frecuencia no han pasado de ser una prueba de buenas intenciones del consti-

<sup>1</sup> Una síntesis y toma de partido en favor de esta posición entre los profesores españoles puede verse en I. de Otto, *Lecciones de Derecho constitucional*, Introducción, Oviedo, 1980, págs. 96 y ss.

tuyente (cuando no una burda y falsa retórica), sin efectividad alguna posterior. La frase del profesor Castán de que «de poco sirven las nuevas Declaraciones de los Derechos si no van acompañadas de las garantías que aseguren su eficacia»<sup>2</sup>, encuentra formulaciones análogas en la mayoría de los tratadistas del tema; si en la concepción originaria del constitucionalismo, siguiendo las ideas de Montesquieu, la separación de poderes apareció como la garantía por excelencia de los derechos fundamentales (las denominadas por Jellinek garantías políticas), pronto se comprobaron sus limitaciones, y si bien es cierto que aquélla constituye un supuesto básico, el constitucionalismo posterior ha ido decantando un amplio abanico de técnicas e instituciones orientadas a proteger y dar virtualidad a los derechos fundamentales.

La garantía constitucional de los derechos fundamentales aparece, pues, hoy como elemento especialmente relevante de los textos constitucionales de signo liberal; asimismo, la Constitución española, que acierta a situar los derechos fundamentales en el lugar central de su sistema institucional, que gira en torno a éstos, configura igualmente abundantes técnicas aseguradoras de aquéllos, y aunque dicho tema forma parte del tratamiento doctrinal de los derechos fundamentales (así en la obra de Peces-Barba, monográficamente dedicada a los *Derechos fundamentales*, cap. IX, Madrid, 1980), no está de más volver de nuevo sobre el tema a fin de intentar explicar de modo sistemático las instituciones constitucionales desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales.

## I. CONCEPTOS PREVIOS

Si la intención de este trabajo es sistematizar las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española, parece obvio que la primera indagación ha de dirigirse a la idea misma de garantía constitucional, máxime cuando la semántica e intencionalidad garantista que preside el texto constitucional español, como ha puesto de manifiesto el profesor Lucas Verdú<sup>3</sup>, no va acompañado con carácter general de un empleo cuidadoso de los términos, ni de modo particular la garantía de las libertades y derechos fundamentales queda encerrada en el capítulo IV, título I, que lleva dicho enunciado.

La expresión garantías constitucionales, aunque de frecuente utilización doctrinal en la primera mitad del siglo, ha obtenido su plena consagración entre los juristas italianos por mor del enunciado del título VI del texto constitucional del 47. Desde entonces hasta hoy, el tema es lugar común de los manuales italianos de Derecho constitucional y ha sido motivo de abundantes trabajos científicos, provocando más de una posición confrontada. Siguiendo, pues, a uno de los más relevantes autores que han tratado el tema<sup>4</sup>, es

<sup>2</sup> J. Castán Tobeñas, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1976, pág. 128.

<sup>3</sup> P. Lucas Verdú, *Garantías y efectividad de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución española de 1978*, CEC, Madrid, 1979 (mecanografiado).

<sup>4</sup> S. Galeotti, *La garanzia costituzionale (Presupposti e concetto)*, Milán, 1950, páginas 26 y ss.

preciso en primer término advertir de las dos posibles acepciones de dicha expresión; así, de un lado, en un sentido amplio, o subjetivo, dicha expresión alude a la inserción en los textos constitucionales, de principios, institutos o situaciones subjetivas, que a partir de su incorporación al texto constitucional quedan especialmente asegurados, en suma, garantizados constitucionalmente; así, los derechos fundamentales son ya en sí mismos concreción y «garantía» de una idea de libertad, y la doctrina alemana emplea en relación a otras disposiciones materiales de la Constitución la locución «garantías institucionales» en cuanto que por mor de ellas, determinadas instituciones tienen asegurada (garantizada) su existencia en el orden jurídico<sup>5</sup>. Sin embargo, y junto a esta primera acepción es posible una utilización más restringida de la expresión garantías constitucionales, según expone Galeotti, y que será la aquí empleada. Garantías constitucionales serían así los mecanismos jurídicos de seguridad que el ordenamiento constitucional establece a fin de salvaguardar y defender la integridad de su valor normativo; los derechos fundamentales no serán aquí instrumentos aseguradores, sino objeto de las garantías que explícita o indirectamente contiene el ordenamiento constitucional, aunque obviamente como todo intento de taxonomía, no falten instituciones ambiguas, cuya ubicación será difícil de realizar. Me refiero en concreto al conjunto de derechos de carácter procesal, contenidos en el artículo 24 de la Constitución española, que un importante sector de la doctrina ha incluido entre los mecanismos aseguradores<sup>6</sup>; sin embargo, entiendo que, dado el contenido material de dicho precepto, tales instituciones constituyen un derecho fundamental, que, aunque desempeñando un importante papel en el aseguramiento de los restantes derechos fundamentales, no es esta su función primaria, observación que, de otra parte, es igualmente aplicable a otros preceptos de la Constitución; piénsese a modo de ejemplo en el derecho de asociación por relación al derecho de participación política, el derecho de huelga con respecto a la negociación colectiva o, como recientemente ha expresado el Tribunal Constitucional, «el mantenimiento de una comunicación pública libre, que garantiza el artículo 20 de la Constitución, sin la cual quedarían vacías de contenido real otros derechos que la Constitución consagra» (sentencia de 16-III-81, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 89)<sup>7</sup>.

Estas garantías constitucionales, que en la presente ocasión quiero circunscribir a los derechos fundamentales, presuponen la existencia misma de un texto constitucional, pero a su vez constituyen elemento esencial para la consideración jurídica de aquél, ya que sólo a través de un sistema de garantías cons-

<sup>5</sup> Entre nosotros, F. Rubio Llorente, «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979.

<sup>6</sup> J. Almagro Nosete, «Poder judicial y Tribunal de garantías en la nueva Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, Madrid, 1978. También L. Sánchez Agesta, *Las garantías de los derechos y las garantías como derechos*. Conferencias organizadas por la Dirección General de lo Contencioso, junio de 1980 (mecanografiado).

<sup>7</sup> En todo caso, la tesis precedente tiene un valor limitado al Derecho continental occidental, cobrando un cariz radicalmente diferente en el Derecho anglosajón y especialmente en Gran Bretaña.

titucionales que, como ha dicho Galeotti, tutelen la regularidad constitucional cobrará la Constitución pleno significado jurídico.

En cuanto a los elementos en que se desdoblán tales garantías, Galeotti los ha sintetizado en tres puntos, que merecen ser retenidos aquí: un interés tutelado (en esta ocasión los enunciados constitucionalmente como derechos fundamentales), un riesgo del valor normativo de tales enunciados y, finalmente, un mecanismo de seguridad objetivamente idóneo por su operatividad para la salvaguardia o la defensa del interés tutelado. Analicemos, pues, a partir de dicho esquema las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española.

## II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO INTERES CONSTITUCIONAL TUTELADO

Si la expresión garantías constitucionales es susceptible de diversas acepciones, tampoco parece fácil el intento de conceptualización de la expresión derechos fundamentales, que además se encuentra flanqueada por otras denominaciones próximas<sup>8</sup>. Sin embargo, mi pretensión aquí es mucho más modesta, limitándose de un lado a justificar el porqué del empleo de esta y no otra, y en segundo término a formular algunas breves puntualizaciones respecto a su concepto o, más en concreto, la perspectiva desde la que se analizan.

Respecto al primer punto, la utilización de la expresión derechos fundamentales responde a ser ésta, a pesar de las deficiencias que comporte, la más idónea para la finalidad que me propongo, esto es, analizar aquellos valores que la Constitución enuncia con el carácter de derechos y que su realización constituye el fundamento y la razón de ser de la Constitución, denominación que, de otra parte, es la que emplea la propia Constitución en el encabezamiento del título I y en el enunciado del capítulo 4.º de ese mismo título.

No se trata, pues, de entrar en consideraciones valorativas acerca de si el contenido constitucional se adecúa o no a unos hipotéticos derechos naturales del hombre, sino glosar desde una perspectiva dogmática, los que hay en el texto constitucional, aunque a veces sea preciso desplazarse fuera del título I por estar recogido en otros apartados de la Constitución.

Con ello queda, pues, parcialmente esbozado el concepto que aquí se sigue de los derechos fundamentales, esto es, aquel conjunto de enunciados constitucionales que contienen un interés particular que se valora positivamente para la plena realización del individuo, lo que justifica su incorporación al texto constitucional y la instrumentalización de unas garantías que tutelen su efectividad.

Tradicionalmente, o más precisamente desde la construcción por la dogmática iuspublicista germana de la teoría jurídica del Estado, el instrumento técnico por excelencia del que se ha servido la ciencia jurídica para configurar los derechos fundamentales ha sido el concepto de derecho público subjetivo.

<sup>8</sup> Véase A. Pérez Luño, «Delimitación conceptual de los derechos humanos», en Cascajo y otros, *Los derechos humanos*, Sevilla, 1979, págs. 13 y ss.

Partiendo de la personalidad jurídica del Estado, las libertades del individuo aparecían como pretensiones jurídicas de la persona jurídica individual frente a la persona jurídica estatal, fruto de lo cual nacían un haz de obligaciones y facultades recíprocas de ineludible carácter jurídico; «la teoría de los derechos públicos subjetivos —como ha dicho Pérez Luño— dotó a la dogmática de los derechos fundamentales de un soporte riguroso fundado en el plano de la estricta positividad»<sup>9</sup>, y la Constitución española es en gran medida heredera de dicha concepción en su tratamiento de los derechos fundamentales.

Sin embargo, lejos de aparecer como un edificio sin fisuras, la teoría de los derechos públicos subjetivos aparece hoy parcialmente insuficiente a la hora de dar puntual explicación de los derechos fundamentales. De un lado, porque el excesivo individualismo presente en la concepción de Jellinek (su principal teorizador) difícilmente ha podido integrar los llamados derechos sociales (que, si en su base siguen estando impregnados de individualismo, su efectividad sólo es posible en el marco de las formaciones sociales), sin que la posterior adición del *status positivus socialis* por dicho autor o de los derechos impugnatorios o reaccionales del profesor García de Enterría hayan llegado a solucionar plenamente el tema fuera del ámbito del Derecho administrativo, como en gran medida ha ratificado la Constitución española.

De otro lado, en relación a una deseable eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (más tarde habrá ocasión de volver más en detalle sobre este espinoso tema), la teoría de los derechos públicos subjetivos, aun en aquellos que más estrictamente responden a esa construcción técnico-jurídica, se encuentra ante dificultades difícilmente salvables.

Finalmente, como ha puesto de manifiesto Gregorio Robles, desde una perspectiva crítica a la construcción de un concepto autónomo de los derechos fundamentales en el ámbito de la teoría del Derecho<sup>10</sup>, la categoría derechos fundamentales se disuelve en el género derecho subjetivo, del que la diferencian aspectos cuantitativos (su mayor importancia en la organización política), pero no cualitativos.

Es por estas razones que, aun sin abandonar la teoría expuesta («el abandono de la categoría derecho público subjetivo no puede por menos de ser relativo, bastante problemático y no exento de riesgos teóricos», ha dicho Cascajo)<sup>11</sup>, la consideración de los derechos fundamentales como objeto, cuya regularidad constitucional es tutelada, precisa superar la construcción jurídica precedente en favor de una formulación más amplia, siendo aquí analizados como supremo orden de valores del ordenamiento. La idea no es nueva; así, Wilke, Schneider o, entre nosotros, Lucas Verdú han calificado a los derechos fundamentales como un sistema de valores<sup>12</sup>, y la jurisprudencia del Tribunal

<sup>9</sup> A. Pérez Luño, *ob. cit.*, pág. 180.

<sup>10</sup> G. Robles, «Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, LVII, 1980.

<sup>11</sup> J. L. Cascajo, «El problema de la protección de los derechos humanos», en Cascajo y otros, *Los derechos humanos*, pág. 269.

<sup>12</sup> La referencia a Wilke, en J. L. Cascajo, *ob. cit.*, pág. 266; H. P. Schneider, «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional y democrático», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pág. 25; P. Lucas Verdú, *Curso de Derecho político*, vol. III, Madrid, 1976, pág. 69.

Constitucional alemán ha hecho uso en reiteradas ocasiones de dicha expresión, en especial en su conocida sentencia al caso Luth, interpretando que «la Ley Fundamental no pretende ser un orden neutro de valores..., sino que en su parte dedicada a los valores fundamentales ha sentado también un orden objetivo de valores» (BVerFGE,7,198, pág. 205), concepción, de otra parte, que entiendo de plena aplicación al ordenamiento constitucional español en cuanto sistema nucleado en torno al concepto de dignidad humana (art. 10)<sup>13</sup>.

En efecto, la comprensión de los derechos fundamentales como un sistema o constelación de valores incide tanto, *ad intra*, en la consideración individualizada del contenido de cada uno de aquéllos, cuyo significado concreto no ha de perder de vista su recíproca dependencia objetiva y subjetiva, como, aún más, a los efectos que aquí interesan, *ad extra*, esto es, en sus conexiones con el resto del ordenamiento y de los diferentes operadores jurídicos del sistema, en cuanto que implica situar dicho sistema de valores en el lugar central del orden constitucional, que gira y se orienta en función de la adecuada satisfacción de aquéllos, y no tan sólo como meros derechos subjetivos. Desde la separación de poderes a la suspensión de garantías constitucionales, pasando por la reforma constitucional o cualquier otra técnica limitativa o configuradora de los derechos (en suma, todo el orden jurídico), no son más que instrumentos al servicio de una mayor plenitud del sistema de valores contenido en los derechos fundamentales. Ello conlleva lo que se ha denominado una fuerza de irradiación de los derechos fundamentales y su orden de valores, cuestión no exenta de relevancia en cuanto que el orden jurídico en general, y las técnicas limitadoras de los derechos en particular, han de ver reinterpretados sus significados y limitada su eficacia limitativa.

De otra parte, ésa creo que ha de ser la idea que late en el artículo 10.1 con que se abre el capítulo de los derechos y deberes fundamentales, donde, al margen de su carácter retórico<sup>14</sup>, se establecen los principios básicos que sirven de fundamento al orden político y a la paz social (no en vano «fundamento» y «derechos fundamentales» tienen una misma raíz etimológica). De otra parte, dicha construcción tampoco creo que entre en contradicción con el enunciado del artículo 1.1 («propugna como valores superiores de su ordenamiento...»); por el contrario, el orden objetivo de valores del ordenamiento contenido en los derechos fundamentales y fundamentado en la dignidad de la persona humana encuentra su más sintetizada y superior expresión en el artículo 1.º

En todo caso, es de advertir que ese orden objetivo de valores ha de entenderse referido al marco jurídico-constitucional como orden abierto al cambio, pero sin que pueda llegar en ningún caso a interpretarse como un dogma político, pues sólo así podrá subsanarse la contradicción, que no se me oculta que existe, entre la consideración de los derechos fundamentales como un orden

<sup>13</sup> P. Lucas Verdú, *Constitución española. Edición comentada*, Madrid, 1979, pág. 82.

<sup>14</sup> Véase M. A. García Herrera, «Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2 monográfico, págs. 100 y ss.

objetivo de valores y el relativismo implícito en la idea de Estado democrático<sup>15</sup>.

De otra parte, esta consideración de los derechos fundamentales como sistema de valores jurídicamente formalizados permite comprender sin distorsión el diferente nivel de intensidad y aseguramiento de que gozan los diferentes enunciados del título I de la Constitución sin menoscabo para su carácter jurídico. Así, en cuanto valores superiores del ordenamiento jurídico, constituyen todos, sin excepción (incluso los del cap. III), principios delimitadores de la actuación de los poderes públicos, que se encuentran vinculados a ellos por razón de los artículos 9.1 y 53, determinando materialmente el contenido del ordenamiento jurídico. Algunos de éstos, los recogidos en los capítulos 1.º y 2.º, se construyen y garantizan a través de la técnica jurídica del derecho subjetivo. Y, finalmente, un pequeño reducto de éstos (los comprendidos en los arts. 14 a 30) gozan de una protección reforzada a través del recurso de amparo.

### III. LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como ha quedado dicho anteriormente, el segundo elemento que configura las garantías constitucionales de los derechos fundamentales lo constituye el que haya un peligro potencial o efectivo que amenace el valor normativo del interés constitucionalmente tutelado, peligro que puede provenir bien de los poderes públicos, bien de los particulares; y si bien es cierto que la repercusión jurídica de lo primero es mayor, máxime cuando la violación del derecho fundamental proviene de un acto legislativo, que por su generalidad llega incluso a comprometer la eficacia y vigencia de la norma constitucional, como ha señalado Galeotti<sup>16</sup>, no es posible desdeñar la incidencia de los restantes, provenientes de los particulares o de actos individuales de los poderes públicos.

Veamos separadamente.

#### a) *Las violaciones por los poderes públicos*

Obviamente, el primer núcleo de creación de posibles violaciones de los derechos fundamentales lo constituyen los poderes públicos, y muy especialmente el poder ejecutivo.

Así ha sido históricamente, y a ello responde precisamente la aparición de las declaraciones de derechos. Frente a la inseguridad jurídica típica del Antiguo Régimen, la idea de libertad que late en aquéllas se realiza mediante la separación sociedad-Estado y la configuración de un ámbito de autonomía frente al poder público y muy especialmente frente al poder real. Parecen innecesarios mayores comentarios sobre este punto.

Mayor interés tiene, en cambio, el destacar que esa violación de los dere-

<sup>15</sup> E. García de Enterría, «La Constitución como norma jurídica», en Predieri y G. Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, págs. 140 y ss.

<sup>16</sup> S. Galeotti, «Garanzia costituzionale», ED, XVIII, Milán, 1969, pág. 503.

chos fundamentales puede realizarse no sólo por vía de acción positiva, sino también por omisión, aunque, como es habitual en la práctica constitucional, sea más difícil dar un tratamiento jurídico a los silencios que a las acciones. En este sentido, es de destacar que, aunque el ordenamiento español cuenta con mecanismos de respuesta ante posibles violaciones por omisión del poder ejecutivo y del poder judicial, no establece con buena lógica mecanismos expresos frente a omisiones del poder legislativo (la denominada por la Constitución portuguesa «inconstitucionalidad por omisión»; art. 279)<sup>17</sup>, lo que no obsta para que por vía jurisprudencial pueda paliarse esto declarando ilegítimas situaciones o relaciones que no se habrían consolidado si no hubiera existido dicha omisión<sup>18</sup>.

### b) *Las violaciones por los particulares*

Aunque impensables desde la perspectiva del liberalismo clásico, quizá los mayores riesgos para el disfrute de los derechos fundamentales no provengan en la actualidad de los poderes públicos, sino de los particulares, sean éstos individuos o corporaciones, pues no es posible olvidar, como ha puesto de manifiesto el profesor García Pelayo<sup>19</sup>, que en los sistemas sociales contemporáneos la satisfacción de las necesidades sólo es posible en el marco de las grandes organizaciones, las cuales, *a sensu contrario*, pueden restringir la libertad del individuo por bajo de mínimos vitales.

Siendo esto así, no parece que existan graves dificultades para proclamar la necesidad de que las relaciones entre privados tengan que adecuarse a los mandatos constitucionales en materia de derechos fundamentales, ya «que las normas sobre derechos y libertades establecidas en la Constitución no solamente informan de los derechos del ciudadano ante el poder público, sino de los derechos del ciudadano en cualquier situación y frente también a otro sujeto privado»<sup>20</sup>. Sin embargo, es lo cierto que ni teóricamente la ciencia jurídica ha encontrado nítidas respuestas al intento de dar virtualidad a los derechos fundamentales en las relaciones entre privados<sup>21</sup> ni la Constitución española, congruentemente a ese parco estatuto teórico, aborda frontalmente el tema, pues, como ha escrito O. Alzaga, «algunos de sus preceptos siguen aferrados a la idea de que los derechos y libertades de los individuos se deben

<sup>17</sup> Véase M. Herrero de Miñón, «Falsas y verdaderas vías del consenso constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 9, 1979, pág. 94.

<sup>18</sup> F. Rubio Llorente, *ob. cit.*, pág. 71.

<sup>19</sup> M. García Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pág. 94. En igual sentido, U. Scheuner, «Fundamental rights and the protection of the individual against social groups and powers», en *René Cassin; amicorum discipularumque liber*, vol. III, París, 1971, pág. 255.

<sup>20</sup> A. Embid Irujo, «El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 25, 1980, pág. 201.

<sup>21</sup> Discrepo en este punto de Peces-Barba acerca de que el tema esté a nivel científico y axiológico superado (*Derechos fundamentales*, pág. 210). Por el contrario, estimo, con Embid Irujo, que el tema ha servido y sirve todavía «para llenar bibliotecas enteras de literatura» (*ibid.*).

predicar y garantizar frente al poder político, olvidando un tanto su defensa frente a ciertos grupos sociales»<sup>22</sup>.

No obstante, tampoco es posible entender absolutamente cerradas las puertas a un aseguramiento de los derechos fundamentales ante violaciones que provengan de los particulares en el nuevo sistema constitucional español, y no sólo por la vía del amplio reconocimiento de los derechos sociales que se hace en el texto constitucional y que representan sin duda un primer intento de introducir los valores constitucionales en el ámbito de la sociedad civil.

Sin embargo, antes de abordar los medios a través de lo que esto es posible, no estará de más fijar previamente los contornos precisos del problema. Pues bien: el punto central reside en la contradicción frecuente entre unos derechos fundamentales que se consagran como valores superiores del ordenamiento e irrenunciables y el principio de autodeterminación y autonomía negocial, que también encuentra su fundamento en el texto constitucional, y que constituyen el punto de partida de todo el orden jurídico privado o, como expusiera gráficamente Scheuner en relación a la RFA<sup>23</sup>, no parece fácil invocar el principio de igualdad contra obligaciones contractuales libremente contraídas. Con ello queda en evidencia que no se trata tan sólo de una violación de un derecho fundamental, aunque esto sea frecuente (y en cuanto notorio y flagrante de más fácil solución), sino de una colisión entre dos derechos igualmente fundamentales en la que, mediante una consideración sistémica de éstos, los operadores jurídicos del sistema deberán ponderar su aplicación sin perder de vista que, en cuanto poderes públicos, son convocados a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. (Véase el muy interesante fundamento jurídico 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 13-II-1981; *BOE*, núm. 47.)

A partir de tales premisas, creo que queda esclarecido cuáles sean las vías a través de las que es posible una aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. En primer término, el legislador, a quien compete el primer desarrollo normativo de los derechos fundamentales, puede adoptar (está legitimado para adoptar) las medidas precisas a tal efecto, con la salvedad del contenido esencial que más tarde habrá ocasión de analizar, aun a costa de restringir el ámbito de autonomía negocial de los particulares<sup>24</sup>; cuestión distinta es el *tempus* que debe marcar esa política legislativa que queda al juego de las mayorías parlamentarias<sup>25</sup>. En segundo lugar, y en tanto

<sup>22</sup> O. Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pág. 152.

<sup>23</sup> U. Scheuner, *ob. cit.*, pág. 265.

<sup>24</sup> Así, en relación a Italia, C. Zanghi menciona la Ley de 9-I-1963, que declara la nulidad de las cláusulas de los contratos individuales o colectivos que prevean la rescisión de los contratos de trabajo de las mujeres como consecuencia de contraer matrimonio; véase C. Zanghi, «La protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes Privées (Italia)», en René Cassin; *amicorum discipularumque liber*, vol. III, pág. 275.

<sup>25</sup> Como señala Abendroth en relación a la realización de la idea del Estado social (tema directamente vinculado a la cuestión que aquí nos ocupa), «el momento decisivo de la idea de estatalidad social en el contexto del principio jurídico de la Constitución consiste, pues, en que se abandona la fe en la justicia inmanente del orden económico y social existente y este orden queda sometido a la acción de los órganos del Estado en los que está representada la autodeterminación democrática del pueblo; por eso, el modo

esa política legislativa se desarrolla, corresponde a la jurisdicción ordinaria realizar esa adecuación de las relaciones entre privados a los derechos fundamentales a través de cláusulas generales del derecho tales como orden público, buenas costumbres o abuso del derecho (al menos así ha sido en la RFA a través de la conocida *Drittwirkung der Grundrechte*, cuyas tesis son igualmente aplicables aquí), a los que el profesor Peces-Barba incorpora con buen criterio la institución de la culpa extracontractual<sup>26</sup>.

#### IV. LOS MECANISMOS DE ASEGURAMIENTO

El tercer elemento que configura las garantías constitucionales lo constituyen los mecanismos que la Constitución arbitra a fin de asegurar el valor normativo de los derechos fundamentales, mecanismos cuya estructura es muy diversa, ya que unos actúan con carácter previo ante los hipotéticos ataques que puedan sufrir los derechos fundamentales, en tanto que otros actúan con un carácter reparador ante una violación consumada de tales normas.

No obstante, es de destacar aquí que es en este punto donde la Constitución española se muestra más novedosa, tanto por la rigurosidad con que se perfilan las garantías como por la amplia cobertura que el texto constitucional ofrece a los derechos fundamentales en una actitud recelosa de los poderes públicos, que con frecuencia ocupan una posición dual: como fuente de peligros para los derechos fundamentales y como mecanismos de aseguramiento. En este sentido, si al comienzo de este trabajo eludía el pronunciamiento de principio en torno al papel que los derechos fundamentales desempeñan en relación al concepto de Constitución, la amplitud y rigurosidad con que son contemplados los mecanismos de aseguramiento de los derechos fundamentales en la Constitución española permitir afirmar ahora que el nuevo ordenamiento constitucional español no descansa en una neutralidad axiológica, sino que ese supremo orden de valores que integran los derechos fundamentales constituye el centro de referencia no sólo del orden jurídico estáticamente considerado, sino de toda la estructura estatal como sistema dinámico.

Analizaré, pues, a continuación los diferentes mecanismos de aseguramiento, agrupándolos a efectos analíticos en tres grupos: la reserva de la potestad normativa en materia de derechos fundamentales, los instrumentos jurisdiccionales y las magistraturas de influencia y opinión.

como la actividad del legislador llene en cada caso de contenido ese principio vincula a los demás órganos del Estado mientras aquella actividad se mantenga dentro del marco de la Constitución» («Sobre el concepto de Estado de Derecho democrático y social...», en *Sociedad antagónica y democracia política*, Barcelona, 1973, pág. 269).

<sup>26</sup> G. Peces-Barba, *Derechos fundamentales*, pág. 215.

### 1. *La reserva de la potestad normativa en materia de derechos fundamentales*

#### A) *La reforma constitucional como garantía y sus límites*

Como es sabido, el tema de la reforma constitucional como institución de garantía es motivo de viva polémica entre los tratadistas italianos, especialmente entre Galeotti (la rigidez constitucional es supuesto inexcusable para la existencia de garantías, pero no es garantía en sí misma) y Mortati (la reforma es la primera de las garantías constitucionales). Sin embargo, con independencia de las razones que puedan asistir a una y otra posición, la consideración de las garantías constitucionales de una parte del texto constitucional, los derechos fundamentales, obliga a considerar la reforma constitucional como instrumento de garantía, por cuanto, obviamente, representa, al menos a nivel político, una protección para aquellos enunciados, que quedan sustraídos a las mayorías legislativas y supeditados más inmediatamente a la voluntad popular, intentando dar así virtualidad al principio de soberanía popular y a la idea de que la Constitución en general y los derechos fundamentales en particular son expresión de los valores supremos de la Comunidad, a quien corresponde su formulación jurídica como derechos. Cuestión distinta (en gran parte latente en las tesis de Galeotti) es en qué medida es posible estructurar jurídicamente esta garantía, que descansa en un principio político y en cierto grado meta-jurídico como es el principio de soberanía popular, pero analizar dicha cuestión nos llevaría demasiado lejos; bástenos con dejar constancia de que este mecanismo asegurador referido a los derechos fundamentales cobra especial intensidad en la Constitución española, como habrá ocasión de comprobar.

En efecto, como es sabido, el artículo 167 contiene un procedimiento general de reforma de carácter estrictamente parlamentario, aunque abriendo la posibilidad a la intervención popular a través del referéndum facultativo a instancias de la oposición<sup>27</sup>, lo que representa un primer e importante mecanismo de aseguramiento. Pero es que, además, el artículo 168 fija un segundo procedimiento de reforma extremadamente rígido que afecta de modo expreso a los artículos 15 a 29 y que comporta la disolución automática de las Cámaras y la convocatoria obligatoria de referéndum<sup>28</sup>, y aunque los bloques normativos garantizados a través de este procedimiento cualificado de reforma no dejen de plantear problemas políticos y jurídicos («se ha producido una identificación entre realidades jurídica y políticamente dispares y que como tales deberían haber sido objeto de una regulación directa», ha dicho Jiménez

<sup>27</sup> El porcentaje de parlamentarios que se exige para solicitar la celebración de consulta popular coincide con la exigida en el artículo 113 para presentar una moción de censura en el Congreso de los Diputados. El porcentaje exigido parece así ir orientado a convertir el referéndum facultativo en un instrumento en manos de la alternativa de gobierno, pero en todo caso la cifra no es demasiado alta, lo que confiere un mayor grado de rigidez al texto constitucional español.

<sup>28</sup> Respecto al significado y problemas de los procedimientos de reforma en la Constitución española, véase en esta misma revista J. Jiménez Campo, «Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución», núm. 7, 1980.

Campo en el trabajo precedentemente citado), es lo cierto que a los efectos que aquí nos ocupan constituye una importante garantía cuyo titular básico es la voluntad popular. Y, finalmente, en relación a la reforma constitucional como garantía, bueno será preguntarse si los derechos contenidos en los artículos 14 a 29, en cuanto expresión de esos derechos inalienables que menciona el artículo 10.1, no quedan incluso sustraídos a toda posibilidad de reforma, constituyendo un límite textual para aquélla. Ciertamente, dicha tesis cuenta a nivel político con dificultades insalvables (principalmente el principio de soberanía popular), pero en la lógica jurídica ha sido defendida con acierto por Jiménez Campo<sup>29</sup>, y aunque las garantías de efectividad de este artículo 10.1 en cuanto límite a la reforma sean débiles (las garantías de la garantía, valga la redundancia), a nivel jurídico hay que dejar constancia de dicha posibilidad, y en todo caso sirve de nuevo para poner de manifiesto el lugar central que desempeñan los derechos fundamentales orientando y dando sentido a la actuación de los órganos constitucionalmente establecidos<sup>30</sup>.

#### B) *El legislador como garantía y las cautelas ante el legislador*

Originariamente, la garantía por excelencia de los derechos fundamentales la constituía la ley, materialmente expresión de la voluntad general en palabras de Rousseau y rodeada formalmente de una majestad y dignidad, como dijera C. Schmitt<sup>31</sup>, que hacían de ella el único instrumento que pudiera traspasar el ámbito de la libertad y de los derechos fundamentales; así, ésta es la idea presente en los artículos 4 y 5 de la Declaración de Derechos de 1789 («estos límites —se refiere al ejercicio de los derechos naturales— no pueden ser determinados más que por ley», y «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido»). Sobre esta base, la doctrina jurídica alemana de la segunda mitad del pasado siglo llevará a cabo la construcción del concepto de ley material y de reserva de ley.

Sin embargo, dicha absoluta confianza en la ley, por razones que no son del caso analizar, se ha visto sensiblemente aminorada en los sistemas políticos contemporáneos, pues, como ha escrito Bachof, «la relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente, que se ha marcado actualmente a través de un sentimiento muy generalizado de profundo malestar y aun de radical desconfianza»<sup>32</sup>, todo lo cual no podía dejar de afectar a la tradicional consideración de ésta como el mayor baluarte y garantía de los derechos fundamentales, pues, como ha indicado Lucas Verdú, «pronto se advirtió que los excesos podían dimanar también del legislativo».

<sup>29</sup> J. Jiménez Campo, *ob. cit.*, págs. 95 y ss.

<sup>30</sup> La tesis de Jiménez Campo es irrelevante en el plano político y de pocas garantías en el jurídico, pues si alguna utilidad tienen las cláusulas de intangibilidad es precisamente expresar de modo explícito cual es el reducto íntimo y esencial del texto constitucional. En todo caso defender que el artículo 10.1 contiene una de estas cláusulas de intangibilidad, ratifica el lugar central de los derechos fundamentales en la Constitución española.

<sup>31</sup> C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, Madrid, 1971, págs. 25 y ss.

<sup>32</sup> O. Bachof, *Jueces y Constitución*, Madrid, 1965, pág. 38.

La Constitución española toma, pues, constancia de este estado de cosas, y en su artículo 53 reserva a la ley el desarrollo normativo primario de los derechos fundamentales (el cap. II del tít. I), pero paralelamente fija una serie de controles a ese omnímodo poder legal que aseguren el respeto de los enunciados constitucionales. Veamos uno y otro aspecto.

El principio de la reserva de ley, desde una perspectiva general, ha sido ya suficientemente desarrollado como para que sea preciso volver sobre el tema. Aquí, pues, me limitaré a puntualizar algunos de los aspectos que se refieren al núcleo de este trabajo.

En primer término es preciso advertir que dicha reserva de ley afecta tan sólo de modo directo e inmediato a los derechos enunciados en el capítulo II del título I, tal como expresamente enuncia el artículo 53.1. No obstante, hay que entender igualmente comprendido el contenido del capítulo I, por cuanto cada uno de los preceptos que lo integran (arts. 11 y 13) contienen igualmente una expresa reserva legal. De otra parte, aunque, como ha señalado Prieto Sanchís<sup>33</sup>, el párrafo 3.º del artículo 53 contiene una remota referencia a la necesidad de cobertura legal de los enunciados del capítulo III, no parece que sea ésta la intención de dicho precepto, ni sería congruente con la naturaleza de aquéllos en la medida que constituyen básicamente derechos de prestación, lo que no obsta para que las reservas legales específicas sean igualmente numerosas.

En segundo lugar, ya en concreto referido a la reserva legal expresa contenida en el artículo 53, sorprende lo taxativo de su enunciado, que no deja lugar a dudas respecto a la inconstitucionalidad de cualquier regulación por vía reglamentaria que no venga avalada por una habilitación legal previa, mucho más intensa y expeditiva que los otros dos preceptos que con carácter general puedan contener un principio de vinculación positiva de la Administración a la ley<sup>34</sup>; reserva legal la aquí comentada que alcanza incluso a las situaciones de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86) y parcialmente (la sección I) a la legislación delegada (art. 82.1).

Sin embargo, como precedentemente señalaba, de tan abundantes y taxativas referencias al principio de reserva legal no cabe colegir que ello constituya una carta blanca para el legislador, con la salvedad del sometimiento a la Constitución que se controla mediante el recurso de inconstitucionalidad, sino que el texto constitucional incorpora dos importantes controles frente a aquél.

De un lado, el artículo 53 establece sobre la precipitada reserva de ley lo que podríamos llamar una reserva de Constitución, por cuanto las leyes reguladoras de un derecho, orgánicas u ordinarias, generales o específicas, deberán en todo caso respetar el ejercicio de su contenido esencial.

Por de pronto, es preciso advertir que dicho enunciado, directamente inspirado en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, presenta peculiaridades con respecto a aquél al referirse a las leyes que regulan los derechos con-

<sup>33</sup> L. Prieto Sanchís, *La Constitución española de 1978* (con la colaboración de Gregorio Peces-Barba), Valencia, 1981, pág. 106.

<sup>34</sup> El artículo 53 dice: «... sólo por ley... podrá regularse», en tanto que el 97 más atenuadamente dice: «... de acuerdo con... las leyes» y el artículo 103: «... con sometimiento pleno a la ley...»

tenidos en el capítulo II y no sólo a las que tengan un carácter limitador o afecten a los derechos de libertad, como ha deducido la doctrina alemana sobre el tema<sup>35</sup>, lo que exige ciertas cautelas ante interpretaciones excesivamente analógicas.

Obviamente, la primera glosa que suscita la precitada cautela ha de ir dirigida a intentar esclarecer el significado de la expresión «contenido esencial». Pues bien: al margen de consideraciones doctrinales, que, siguiendo la amplia literatura alemana sobre el tema, ya han empezado a surgir en nuestro país, el Tribunal Constitucional, en una muy estimable sentencia, ha fijado dos criterios complementarios; de un lado, el contenido esencial de un derecho, entiende el Tribunal Constitucional, es aquella parte de su contenido sin la cual el citado derecho pierde su peculiaridad, esto es, aquella parte que le hace reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo; de otro lado, el contenido esencial es aquel ineludiblemente necesario para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución se otorga (sentencia de 8-IV-1981. *BOE* núm. 99), conceptualización satisfactoria y que goza del aval del alto órgano del que emana, aunque quizá propugne una consideración excesivamente individualizada del concepto de contenido esencial, que sería conveniente fuese conjugada con la consideración sistemática de los derechos fundamentales como totalidad<sup>36</sup>.

Ahora bien: si la precitada sentencia del Tribunal Constitucional aclara en cierta medida el concepto de contenido esencial, cabe preguntarse qué efectividad garantista se deriva de ello, a fin de que no constituya una cláusula meramente retórica y redundante por referencia al control de constitucionalidad a que está sometido cualquier precepto de la Constitución.

Pues bien: entiendo que la funcionalidad garantizadora del concepto de contenido esencial, y más aún la expresa referencia que allí se hace a la tutela del Tribunal Constitucional tienen por objeto remarcar el control de constitucionalidad que recae sobre el ejercicio de los derechos y libertades del capítulo II (título I), destacándole de aquel otro que incide sobre el resto de la Constitución<sup>37</sup>; este último es un control que toma como parámetro la norma constitucional, en tanto que el primero, aquí comentado, considera ésta no sólo como norma objetiva, sino también ponderando el derecho subjetivo que dicha norma contiene<sup>38</sup>.

De otra parte, el artículo 81 de la Constitución contiene una segunda cautela para la regulación legal de los derechos fundamentales al exigir que las normas «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las liber-

<sup>35</sup> E. Stein, *Derecho político*, Madrid, 1971, pág. 247.

<sup>36</sup> Así en P. Lucas Verdú, *Constitución española* (edición comentada), Madrid, 1979, páginas 137 y ss., y L. Sánchez Agesta, *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pág. 174.

<sup>37</sup> Rubio Llorente y Aragón consideran la referencia al control de constitucionalidad contenida en el artículo 53 como «una proposición rigurosamente vacía de contenido» (*Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, pág. 163). Sánchez Agesta ve en dicha frase una posible indicación del constituyente hacia el carácter no impugnabile en vía de inconstitucionalidad de los preceptos del capítulo III (*Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pág. 174); también en este sentido Herrero de Miñón (*ob. cit.*, pág. 93).

<sup>38</sup> Sobre dicha distinción véase E. Stein, *ob. cit.*, págs. 248 y ss.

tades públicas» gocen del carácter de orgánicas, precepto que, en la medida que engarza el tema de las garantías con el concepto material de Ley Orgánica, ha sido motivo de abundantes comentarios<sup>39</sup>.

Una primera cuestión que suscita el precedente enunciado es cuáles sean los preceptos y derechos constitucionales que quedan cubiertos por la reserva de ley orgánica, cuestión que, lejos de gozar de un criterio uniforme en la doctrina, ha recibido una amplia variedad de respuestas. Desde las tesis más generosas que abogan por la extensión de dicho enunciado a todo el título I (así Pérez Luño en obra ya citada) hasta las más restrictivas, hoy dominantes en la doctrina y que sostienen que afecta tan sólo a la sección 1.ª del capítulo 2.º, pasando por una amplia gama de posiciones intermedias, como la mantenida por G. de Enterría y Tomás Ramón Fernández, que consideran igualmente comprendido en la reserva de Ley Orgánica al artículo 30, sin que expliciten las conexiones entre recurso de amparo y reserva de Ley Orgánica que les sirve de fundamento<sup>40</sup>. No obstante, los argumentos en favor de la interpretación más restrictiva apuntados por Prieto Sanchís a partir del análisis del proceso constituyente y de la interpretación sistemática del texto constitucional<sup>41</sup>, parecen hoy suficientemente convincentes y son dominantes en la doctrina, según ha quedado dicho<sup>42</sup>, lo que exime de mayores comentarios.

En segundo lugar, la reserva de Ley Orgánica contenida en el artículo 81 se refiere tan sólo al «desarrollo de», término jurídico ambiguo (típico exponente de los conceptos jurídicos indeterminados) que plantea difíciles problemas de índole teórica y de carácter práctico (como ha puesto de manifiesto la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares).

En primer término, parece claro que habrá que rechazar las posturas maximalistas en torno al tema, como las ha denominado Santamaría Pastor; esto es, entender que la expresión «desarrollo de» cubre toda regulación que afecte, aun de modo parcial e indirecto, a los derechos fundamentales y libertades públicas, aun a riesgo de que ello pueda conducir a un hipotético fraude constitucional; como han señalado G. de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>43</sup>, la fuerza expansiva que se encierra en toda libertad pública o derecho fundamental podría conducir a un verdadero bloqueo de la actividad legislativa, amén de que la propia naturaleza de la ley orgánica (sometida a un voto de conjun-

<sup>39</sup> E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1980; J. Santamaría Pastor, «Las Leyes Orgánicas», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 4, 1979; A. Garrorena, «Acerca de las Leyes Orgánicas y su espuria naturaleza jurídica», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, 1980.

<sup>40</sup> E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, pág. 138. También en T. R. Fernández Rodríguez, *Las Leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, pág. 46.

<sup>41</sup> L. Prieto Sanchís, en Gregorio Peces-Barba, *La Constitución española de 1978*, páginas 112 y 113.

<sup>42</sup> Así J. Bermejo Vera, «Las fuentes del Derecho en la Constitución española de 1978», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979; J. Santamaría Pastor, *ob. cit.*; L. Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución española*, Madrid, 1980; J. de Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional español*, vol. I, Barcelona, 1980.

<sup>43</sup> E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, pág. 138.

to) parece incompatible con la consideración de tal, para aquellos proyectos que sólo muy parcialmente afectaran a un derecho fundamental.

Parece, pues, que la expresión «desarrollo de» habrá que entenderla en sentido restrictivo y admitir que el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas sea compartido por la ley orgánica y la ley ordinaria. Sin embargo, con ello el problema no se aclara, sino que incluso se complica, pues deslindar lo que corresponde a una y otra tiene graves repercusiones en el ámbito de constitucionalidad (parece innecesario recordar aquí el artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Pues bien: intentando esclarecer las principales cuestiones que el tema plantea, creo preciso en primer término puntualizar cuál entiendo que debe ser el objeto a desarrollar por ley orgánica, aspecto sobre el que es de nuevo de utilidad la distinción ya empleada en relación al concepto de contenido esencial, entre norma y derecho. Prieto Sanchís, basándose en una interpretación literal del artículo 81, entiende que han de gozar del carácter de orgánicas aquellas leyes que desarrollen los derechos y libertades<sup>44</sup>; sin embargo, dicha posición, que aquí se ha mantenido en relación al concepto de contenido esencial, no creo que pueda ser trasplantado a este tema, dado el distinto contexto analizado; en efecto, como pone de manifiesto el propio Prieto Sanchís, la idea de ley orgánica surge como un intento del constituyente de prolongar la tarea constitucional, y de ahí que quiebre con el principio de mayorías, típico de las instituciones democráticas; la idea de ley orgánica contiene en sí misma una idea de desarrollo de la Constitución, y éste es el sentido en que hay que interpretar el enunciado del artículo 81. Así, pues, deberá ser ley orgánica aquella que desarrolle los enunciados constitucionales en materia de derechos y libertades, y que los desarrolle, como ha escrito García de Enterría, de modo frontal y directo<sup>45</sup>; esto es, aquellas normas cuyo *telos* sea el desarrollo de la Constitución y no el mero regular el ejercicio de un derecho al que se refiere el artículo 53.1, preceptos ambos que precisan de una interpretación conexas para su plena comprensión.

Ahora bien, ¿qué entender aún por desarrollo? Tomás Ramón Fernández ha expuesto recientemente el tema fijando los lindes superior e inferior de dicho término en tesis que estimo acertada<sup>46</sup>. Es desarrollo y, por tanto, deberán gozar del carácter de orgánicas aquellas normas que la Constitución reclame para asegurar la operatividad individual o social del derecho o libertad que ella reconoce, pero ese desarrollo deberá ser sólo lo estrictamente indispensable para desempeñar dicha función, siendo el resto materia de ley ordinaria.

## 2. Los instrumentos jurisdiccionales

### A) La jurisdicción ordinaria

Complemento inexcusable del principio de reserva de ley, como garantía de los derechos fundamentales, es el control jurisdiccional de éstos, cuya im-

<sup>44</sup> L. Prieto Sanchís, en G. Peces-Barba, *La Constitución española de 1978*, pág. 114.

<sup>45</sup> E. García de Enterría y T. R. Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, pág. 223.

<sup>46</sup> T. R. Fernández Rodríguez, *ob. cit.*, págs. 51 y ss.

portancia en el plano teórico, como valedora del principio de legalidad e integradora del ordenamiento jurídico, y a nivel concreto, por cuanto que es el instrumento más al alcance de los ciudadanos, parece innecesario destacar aquí<sup>47</sup>, siendo más conveniente analizar las variantes y problemas que éste plantea en el marco del sistema de garantías establecido por la Constitución, máxime cuando es quizá en torno a dicho punto donde más claramente se manifiesta el diferente nivel de eficacia de las normas declarativas de derechos.

En efecto, como es sabido, el artículo 53 de la Constitución sitúa en un extremo de la protección jurisdiccional de los derechos, los enunciados en los artículos 14 a 29 en los que dicha protección por los Tribunales se llevará a cabo por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, en tanto que en el otro extremo se encuentran los regulados en el capítulo III del título I que sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan, gozando los demás, ubicados en el título I o en cualquier otro lugar de la Constitución, de una protección ordinaria por parte de los Juzgados y Tribunales. En suma, todos los valores enunciados en los preceptos constitucionales han de ser asumidos por los Tribunales y se encuentran, por ende, garantizados por éstos, como no podía ser menos, por cuanto el artículo 9.1 no establece distinción a la hora de proclamar la sujeción de los poderes públicos a la Constitución. Sorprende, por tanto, la tesis de Peces-Barba de que los enunciados de la sección 2.ª del capítulo II carecen de dicha protección<sup>48</sup>; cierto que los preceptos allí enunciados contienen principalmente lo que la doctrina alemana ha denominado garantías institucionales, lo que deja un amplio margen de discrecionalidad al legislador ordinario a la hora de concretar su contenido, pero ni eso es general para todos los preceptos allí enunciados, ni ello exige a los Tribunales de aplicar la ley en consonancia con aquéllos e incluso en ausencia de ley. Más discutible es el valor de las disposiciones del capítulo III, por cuanto expresamente se declara su carácter no accionable<sup>49</sup> y no obstante tampoco puede negárseles efectividad jurídica, aunque ésta se reduzca a una eficacia interpretativa e indirecta<sup>50</sup>, pues ésta y no otra es la consecuencia que se deduce del enunciado literal del artículo 53: «Informarán la práctica judicial.»

De otra parte, y refiriéndome en sentido estricto a las peculiaridades procesales de la defensa jurisdiccional de los derechos enunciados en los artículos 14 a 29, la doctrina ha denunciado la falta de precisión al emplear el término sumariedad, que a buen seguro no habrá que entender en sentido procesal estricto, sino como equivalente a proceso plenario rápido en expresión

<sup>47</sup> «Piedra angular de cualquier sistema de garantías» lo ha calificado Peces-Barba de «atributo definitivo del sistema cultural de Occidente» en opinión de García de Enterría, que siguiendo a Jellinek ve en la reducción del ámbito de inmunidades de la Administración y la extensión a la Administración del Derecho público el rasgo definitorio del Estado de Derecho. *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1974.

<sup>48</sup> G. Peces-Barba, *La Constitución española de 1978*, pág. 42.

<sup>49</sup> Garrido Falla ha visto en dicho rasgo uno de los argumentos centrales para negar carácter jurídico a ese capítulo III, en *Comentario a la Constitución*, Madrid, 1980, páginas 578 y ss. En sentido análogo, M. Herrero de Miñón, *ob. cit.*, págs. 92 y ss.

<sup>50</sup> Véase L. López Guerra, en J. de Esteban y L. López Guerra, *ob. cit.*, págs. 344 y ss.

del profesor Fairen<sup>51</sup>, razón por la que quizá hubiera sido preferible el empleo del término «brevedad»<sup>52</sup>, que carece en Derecho procesal de una significación ajustada. En cuanto a la otra característica, la preferencia de tramitación de tales procesos, habida cuenta de las reiteradas llamadas contenidas en nuestro ordenamiento procesal a la preferencia, parece obvio indicar que, en cuanto de origen constitucional, estos procesos habrá que entenderles preferentes respecto a cualquier otro.

Se trata, en suma, del llamado amparo judicial, esto es, un recurso ante el órgano jurisdiccional competente, dotado de ciertas peculiaridades procesales y referido tan sólo a aquellos derechos o valores más característicos y relevantes del orden constitucional. Sin embargo, dicha denominación doctrinal no debe hacer pensar que tiene una naturaleza jurídica análoga al amparo constitucional como sucedió en la Constitución de 1931<sup>53</sup>, denominación aquella que la Constitución española vigente cuidadosamente ha eludido congruentemente con la estructura adoptada. En efecto, el llamado amparo judicial es un juicio de legalidad, como no podía ser menos en función del órgano llamado a resolver, que recae básicamente sobre actos exteriores del poder judicial, sin que conozca límites en base al infractor del derecho fundamental (particulares y poderes públicos) y cuya función primaria es la satisfacción de un derecho subjetivo lesionado, que por razón de su importancia goza de ciertas peculiaridades procesales. El amparo constitucional (amparo en sentido estricto) no constituye, por tanto, una nueva instancia frente a aquél, sino una garantía distinta, en defensa de la Constitución (es, por tanto, en estricto principio, un juicio de constitucionalidad y no de legalidad), referida tan sólo a actos de los poderes públicos y que no se ve limitado por los textos legales, pues si bien es cierto que el artículo 162 de la Constitución no concede legitimidad directa al particular para iniciar un recurso de inconstitucionalidad, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con buen criterio ha abierto en cierta medida la posibilidad de un recurso indirecto, al admitir que un recurso de amparo pueda conducir a una declaración de inconstitucionalidad (artículo 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)<sup>54</sup>.

En todo caso, las peculiaridades procesales precitadas han quedado ya reflejadas, aunque con carácter provisional, y en cuanto tal satisfactorio, en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de 26 de diciembre de 1978, cuyo ámbito tutelar fue a su vez aplicado por la Disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. No parece ocasión de analizar en su minuciosidad la precitada ley, presidida por la idea de abreviar plazos y

<sup>51</sup> V. Fairen, «El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2», en *Revista de Administración Pública*, núm. 89, 1979.

<sup>52</sup> J. T. Villarroya, «El Tribunal Constitucional en el Anteproyecto de Constitución», en *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Madrid, 1978, pág. 211.

<sup>53</sup> La Constitución de 1931, o más precisamente la Ley de 14 de junio de 1933, configuraba el recurso de amparo como una garantía procesal única que se desdoblaba en dos instancias, la primera los Tribunales de Urgencia y la segunda ante el Tribunal de Garantías.

<sup>54</sup> El Tribunal Constitucional, aunque en sentencia harto discutible, ha llegado a proclamar la inconstitucionalidad sobrevenida de una ley en los considerandos de la sentencia de un recurso de amparo y, por tanto, dictada por una Sala y no por el Pleno. Sentencia de 6 de abril de 1981 (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 89).

trámites procesales, que den virtualidad a esa heterodoxa sumariedad proclamada en el texto constitucional. Me parece de interés, no obstante, advertir que en esa configuración de las vías procesales para garantizar los derechos fundamentales no se han creado nuevas instancias, como erróneamente se hizo según Villarroya en la II República<sup>55</sup>, reconociéndose competencia a los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria en materia penal, a los Juzgados de Primera Instancia en materia civil y a las Audiencias Territoriales en lo contencioso-administrativo, evidenciándose con ello la voluntad de ampliar el ámbito de los derechos fundamentales, no sólo en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, sino también en las relaciones interparticulares.

#### B) *La justicia constitucional* naria.

Finalmente, en este breve recorrido por los principales instrumentos e instituciones de carácter jurisdiccional, aseguradoras de los derechos fundamentales, es preciso mencionar al Tribunal Constitucional como órgano por excelencia de garantía, pues como dijera el profesor García Pelayo en el acto de constitución del Tribunal, «mientras que para los otros órganos defender la Constitución es un deber genérico, la consecuencia necesaria del cumplimiento de otras funciones, o una más entre éstas, para el Tribunal la defensa de la Constitución... es su única razón de ser y de existir»<sup>56</sup>. No es, por tanto, de extrañar que algunas de las páginas precedentes dedicadas a analizar las garantías con carácter general sean aquí igualmente aplicables (por ejemplo, el control de constitucionalidad del contenido esencial), pues en los sistemas constitucionales contemporáneos la justicia constitucional ha devenido el método más generalizado de garantizar la virtualidad de la Constitución, y que, asimismo, no parezca necesario hacer aquí especial referencia a este mecanismo garantizador, por cuanto, siendo ésa su razón de ser, como señala García Pelayo, la abundante literatura sobre el tema aborda en sí misma su carácter de garantía, constituyendo una reiteración lo que aquí se dijera al respecto<sup>57</sup>.

Destaquemos en todo caso, como rasgos generales, que dicha garantía, como es sabido, se configura como un mecanismo reparador, que actúa básicamente *a posteriori* y siempre a instancias de impulsos exteriores al Tribunal, ante el que sólo pueden suscitarse violaciones provenientes de los poderes públicos y no de los particulares, lo que no obsta para que limitada e indirectamente puedan verse en sede constitucional violaciones entre privados a través del artícu-

<sup>55</sup> J. T. Villarroya, *ob. cit.*

<sup>56</sup> *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1980, pág. 15.

<sup>57</sup> Véase, especialmente, F. Rubio Llorente y M. Aragón Reyes, «La jurisdicción constitucional», en Predieri y García de Enterría, ya citado, págs. 797 y ss. También G. Peces-Barba, *Derechos humanos*, capítulo IX, Madrid, 1980. Asimismo, en el momento de escribir estas líneas se anuncia el núm. 1 de la *Revista de Derecho constitucional* con un trabajo del profesor García Pelayo, «El status del Tribunal Constitucional» y otro del profesor García de Enterría, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español», que por la personalidad académica y científica de tales autores parece necesario indicar, aun *a priori*, para el conocimiento del tema.

lo 24. Igualmente, en esta breve consideración general de la justicia constitucional es de señalar que la garantía de los derechos fundamentales se realiza a través de la doble vía del control de constitucionalidad y del recurso de amparo; ciertamente, como señala Aragón<sup>58</sup>, uno y otro cuentan con sensibles diferencias, que se inician ya, en un dispar origen (Constitución mejicana y austríaca), prosiguen en su finalidad expresa (garantizar derechos subjetivos en el amparo y depurar el orden jurídico de leyes contrarias a la Constitución en el recurso de inconstitucionalidad), y que se concretan en importantes diferencias técnicas en cuanto a la legitimidad, objeto del recurso y preceptos constitucionales protegidos, pero ni ello desdice un ápice el carácter de garantía de que gozan una y otra vía ni es posible olvidar el importante componente objetivo de que goza el recurso de amparo. En efecto, ciertamente el recurso de amparo tiene por objeto primario restaurar a los particulares en la plenitud de sus derechos públicos subjetivos lesionados por los poderes públicos, pero paralelamente desempeña una importante tarea de delimitación objetiva del texto constitucional, como han puesto de manifiesto algunas de las sentencias dictadas hasta el momento, y que ya expresara a nivel doctrinal el hoy vicepresidente del Tribunal Constitucional, señor Arozamena: «La función del Tribunal Constitucional en esta materia de libertades públicas y derechos fundamentales, sin dejar de mirar a la protección singularizada, pienso que se orienta *más* a la formulación con un carácter de generalidad de esos derechos y libertades que a la hora de enjuiciar un eventual atentado a una libertad o derecho fundamental, sin dejar de otorgar la tutela jurisdiccional constitucional, lo que hace es definir, de acuerdo con la sujeción, a la norma constitucional los contornos de ese derecho, los aspectos definitorios de ese derecho»<sup>59</sup> (subrayado de L. A.).

### 3. *Las magistraturas de influencia y opinión*

Califico como magistraturas de influencia y opinión a aquellos órganos a los que la Constitución encomienda la garantía de los derechos fundamentales, pero sin que ello lleve aparejado la habilitación de medios de coacción que permitan gozar a estos mecanismos aseguradores de plena efectividad jurídica; así, concretamente, el Rey, tiene encomendado, según consagra su fórmula de juramento, la función de hacer guardar la Constitución y respetar los derechos de los ciudadanos; el Defensor del Pueblo, de otra parte, es definido en el artículo 54 como alto comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos comprendidos en el título I. Veamos separadamente.

<sup>58</sup> M. Aragón Reyes, «El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979.

<sup>59</sup> J. Arozamena, «Valor de la jurisprudencia constitucional», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, pág. 278. En igual sentido: Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de enero de 1981. Fund. jurdc. 2. BOE, núm. 47.

A) *El Rey, guardián de la Constitución*

El Rey, al que el artículo 56 encomienda arbitrar el funcionamiento regular de los poderes públicos, al ser proclamado ante las Cortes, presta juramento de hacer guardar la Constitución y respetar los derechos de los ciudadanos, enlazando así el texto constitucional español con la más clásica tradición de la Monarquía constitucional teorizada por Benjamin Constant, que veía en la configuración del Rey como poder neutral el elemento indispensable para el ejercicio normal de la libertad<sup>60</sup>.

Ciertamente, la efectividad jurídica de la Corona como instrumento asegurador es escasa por varias razones; de un lado porque no se trata de una facultad del Rey expresamente constitucionalizada, sino que se mueve tan sólo en el ámbito del compromiso moral contraído por mor del juramento. De otra parte, no es posible olvidar que la configuración constitucional del Rey viene presidida por la definición de la forma política que se realiza en el artículo 1.º y que encuentra su materialización en la taxativa regulación que el artículo 56 hace del refrendo. Así, pues, el Rey carece de competencia expresa y de medios jurídicos explícitos para hacer guardar la Constitución, y aunque dispusiera de ellos habría que situarlos en el contexto más amplio de la Monarquía parlamentaria que se define en el artículo 1.º<sup>61</sup>. El compromiso de hacer guardar la Constitución y respetar los derechos de los ciudadanos contraído por el juramento tiene así un valor simbólico jurídicamente irrelevante y en paralelo a su juramento de guardar la Constitución, pues si jurídicamente es irresponsable según el artículo 56.3 (lo que implica aceptar el conocido aforismo *the King can do not wrong*), parece obvio que no podrá jurídicamente infringir el texto constitucional. Quizá por esta doble razón (el carácter moral del compromiso y la falta de medios jurídicos, que vacían de contenido esta función)<sup>62</sup>, los constituyentes restringieron el enunciado del proyecto inicial que hablaba de tutelar y respetar los derechos de los ciudadanos, pues recordemos que tutelar implica un mayor componente positivo (amparar, proteger, defender, son los términos con que lo define la Real Academia). Sin embargo, no es posible desdeñar totalmente la incidencia de esta garantía a nivel político y simbólico, por vía de influencias, dando sentido a esas zonas de sombras a las que se ha referido el profesor Sánchez Agesta a la hora de delimitar las facultades de la Corona<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Benjamin Constant, *Principios de política*, capítulo 2.º.

<sup>61</sup> Sobre dicho tema, y entre otros, véanse los excelentes artículos de I. de Otto, «Sobre la Monarquía», en *La izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978, y M. Aragón, «La Monarquía parlamentaria», en Predieri y García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, cit.

<sup>62</sup> A. Bar, «La Monarquía parlamentaria como forma política del Estado», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, pág. 209.

<sup>63</sup> L. Sánchez Agesta, *ob. cit.*, pág. 189.

## B) *El Defensor del Pueblo*

Si la Corona en cuanto garante de los derechos fundamentales es básicamente una magistratura de influencia, el Defensor del Pueblo, como lo ha definido el profesor De Vega <sup>64</sup>, constituye básicamente una magistratura de opinión, reforzada por la legitimidad que el artículo 162 le concede para plantear recursos de inconstitucionalidad y de amparo. No creo, pues, que esta última pueda llegar a distorsionar la concepción básica de la institución, en especial con la legitimación para el recurso de amparo, pues en todo caso se mueve dentro del ámbito de la denuncia, de la creación de un estado de opinión, sin gozar su actuación del respaldo de una sanción jurídica; es preciso, no obstante, constatar que la legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad, si no distorsiona la institución, sí resulta de todo punto incongruente con la posición orgánica de éste como comisionado de las Cortes Generales.

Partiendo, pues, de las consideraciones precedentes, el tratamiento del Defensor del Pueblo como instrumento asegurador de los derechos fundamentales ha de girar en torno a dos cuestiones que le caracterizan y que en cierta medida están implícitas en lo anterior: en qué matices se centra esa defensa de los derechos fundamentales y cuál es la naturaleza de aquélla.

Por lo que se refiere a la primera cuestión es de notar que la actuación del Defensor del Pueblo en nuestro país tiene por objeto aquellos atentados a los derechos fundamentales derivados del funcionamiento de la Administración como estructura compleja, pero que no representan una flagrante violación del ordenamiento jurídico (cuando así sea, el papel del Defensor del Pueblo parece quedar reducido a ser un asesor cualificado del particular: artículo 23 de la Ley 3/81), ya que para estos temas nuestro sistema institucional cuenta con una jurisdicción especializada, sin que la legitimación para plantear recursos de amparo deba desvirtuar aquélla, pues éste, como ha señalado Galeotti y Rossi <sup>65</sup>, parece más orientado a la defensa de intereses difusos que a la de intereses individuales, amén de las dificultades técnicas que entraña, ya que previamente deberá agotar la vía judicial correspondiente (artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) sin que la Ley del Defensor del Pueblo haya contemplado expresamente esa posibilidad. Constituyen, en suma, su objeto lo que la citada Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, con término literalmente expresivo, denomina «quejas», esto es, «expresión de dolor, pena o sentimientos; resentimiento o desazón», según el Diccionario de la Real Academia, lo que no resta un ápice a su importancia, pues una Administración con graves defectos estructurales, en el marco de un Estado intervencionista, como es el caso español, brindará suficientes «quejas» de esta índole al órgano aquí comentado.

En cuanto a la naturaleza de dicho instrumento garantizador, la franja por

<sup>64</sup> P. de Vega, «Los órganos del Estado en el contexto político e institucional del proyecto de Constitución», en *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione italiana*, Bolonia, 1978, pág. 11.

<sup>65</sup> S. Galeotti y B. Rossi, «El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, 1979, pág. 138.

la que discurre su actuación es estrecha; recordemos que el Defensor del Pueblo sugiere, advierte, recomienda, recuerda, según términos textuales de su propia Ley Orgánica (artículos 28 a 30), y cuando esta actuación mediadora resulte insuficiente, interpone los recursos para los que está legitimado e informa a las Cortes; en suma, no cuenta con mecanismos autónomos de coacción jurídica inmediata, lo que no quiere decir que su fiscalización carezca de relevancia, pues en la medida en que la publicidad preside con carácter general la actuación del Defensor del Pueblo, la coacción social o política puede representar una garantía tan intensa como aquellas otras de estricto carácter jurisdiccional. Sin embargo, de lo expuesto no cabe colegir que sea un estricto mecanismo de control político; si los parlamentarios pueden instar al Defensor del Pueblo, parece claro que la institución está concebida especialmente para ser activada por los ciudadanos, tramitándose sus quejas por unos cauces formalizados inspirados en la jurisdicción; de otra parte, el amplio cúmulo de prerrogativas e incompatibilidades con que se rodea al titular de dicho órgano (artículos 6 y 7) parecen ir igualmente orientadas a hacer del Defensor del Pueblo un órgano autónomo e independiente en la defensa de los derechos fundamentales y no una prolongación del control político derivado de la separación de poderes. Ciertamente, el espacio que media entre una y otra línea (control jurisdiccional, control político) es escaso; sólo una actuación independiente, avalada en la fuerza del principio de publicidad, podrá en el futuro decantar la eficacia de esta magistratura de opinión.