

PRIMERA PARTE  
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA  
PROCESAL: SIGNIFICADO, UBICACIÓN Y TUTELA  
CONSTITUCIONAL

I. Significado y valor de los derechos fundamentales en el Estado democrático de derecho: aproximación a los derechos fundamentales de naturaleza procesal . . . . .	3
1. Constitución y derechos fundamentales . . . . .	3
2. Heterogeneidad del ámbito de protección de los derechos fundamentales . . . . .	7
3. Los derechos fundamentales de carácter procesal: primera aproximación . . . . .	10
4. Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en el ordenamiento jurídico español: ubicación constitucional .	18
II. La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal ante la jurisdicción ordinaria: el artículo 53.2 de la Constitución . . . . .	23
1. Elaboración y redacción del artículo 53.2 CE . . . . .	24
2. El significado y alcance de la previsión de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 53.2 CE . . . . .	33
3. Los elementos paradójicos que comporta un procedimiento preferente y sumario de tutela de los derechos contenidos en el 24 CE . . . . .	43

III. Evolución de la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal en el Estado democrático español: de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, a la situación vigente . . . . .	45
1. El ámbito contencioso administrativo . . . . .	47
2. La omisión de una garantía laboral . . . . .	50
3. El ámbito penal . . . . .	50
4. La garantía civil . . . . .	53

PRIMERA PARTE

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA PROCESAL:  
SIGNIFICADO, UBICACIÓN Y TUTELA CONSTITUCIONAL

# I. SIGNIFICADO Y VALOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO: APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA PROCESAL

## 1. *Constitución y derechos fundamentales*

Uno de los elementos esenciales del Estado constitucional de derecho es, indudablemente, el reconocimiento de la existencia de un conjunto de derechos básicos de los ciudadanos, a los que se suele denominar “derechos humanos” o “derechos fundamentales”.<sup>1</sup> El elenco de estos derechos fundamentales se suele incorporar al rango normativo superior del ordenamiento jurídico, conformando la que tradicionalmente es denominada “parte dogmática” de la Constitución. La proclamación constitucional de este conjunto de derechos tiene como finalidad la de garantizar, frente a todo el ordenamiento —y frente a la actuación de cualquier sujeto que pretenda ampararse en el ordenamiento—, el respeto a un estatus jurídico

<sup>1</sup> Ha de quedar claro, desde un inicio, que las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” no son equivalentes en sentido propio. En efecto, como punto de partida ha de tomarse la consideración de que los derechos humanos son el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad inherentes a la persona, al ser humano. Los derechos fundamentales, de modo más concreto, constituyen un conjunto de estos derechos humanos que son positivizados por un ordenamiento jurídico, generalmente, a través de su inclusión en la Constitución, normalmente acompañada de un conjunto de garantías para su tutela. En consecuencia, y desde una perspectiva parcialmente distinta, el concepto que subyace a la expresión “derechos humanos” puede ser coincidente con el que se refleja al hablar de “derechos fundamentales”, aunque mientras el primero puede pertenecer a una categoría axiológica, el segundo, en cambio, viene a expresar un concepto técnico jurídico. Ésta es la acepción que puede encontrarse en los documentos internacionales de protección de derechos humanos a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se recoge en la jurisprudencia y por la doctrina; en este sentido, véase la reciente STC 175/2001, 26 de julio —especialmente el voto particular del magistrado Jiménez de Parga—; en la doctrina española *cfr.*, por todos, Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 46 y 47.

esencial de los ciudadanos.<sup>2</sup> De esta forma, se acepta pacíficamente la premisa de que los derechos fundamentales son derechos subjetivos constitucionalizados, con los que el constituyente busca asegurar el ámbito mínimo de libertad necesario para la vigencia de la dignidad humana.

De igual forma se señala la existencia de un contenido esencial en la categoría jurídica del derecho fundamental. Este contenido esencial, que caracteriza a todo derecho fundamental, tiene, de acuerdo con un sector de la doctrina, dos vertientes, la primera de naturaleza material y la segunda de naturaleza formal. De acuerdo con la primera, los derechos fundamentales son aquellos que así se consideran en la conciencia y en la cultura jurídica en que se inserta el Estado constitucional. En el caso del Estado español se trataría de un concepto que tiene su reflejo en un ámbito más amplio, aquel en que despliega su alcance la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>3</sup> Por su parte, la vertiente formal del contenido esencial de los derechos fundamentales tiene, a su vez, dos elementos: la existencia de una tutela judicial y, en segundo término, la vinculación del legislador a su contenido.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Esta afirmación es realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 25/1981 (Pleno), de 14 julio, f. j. 5o. Posteriormente esta expresión ha sido recogida por la mayoría de la doctrina, en este sentido, *cfr.* Otto, I. de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 7a. reimp., Barcelona, Ariel, 1999, p. 28. Nos parece que cuando el Tribunal Constitucional utiliza este concepto lo hace en el sentido tradicional de la teoría de los derechos públicos subjetivos. Siguiendo la explicación de Alexy, encontramos que para Jellinek la personalidad es “una relación con el Estado que califica al individuo. Por lo que jurídicamente es una situación, un status”. En tanto situación se distingue de un derecho. Esto es así porque tiene como contenido el “ser” jurídico y no el “tener” jurídico de una persona. La diferencia entre “ser” y “tener” para Jellinek se observa de uno de sus ejemplos. Así, al dotar a una persona del derecho de sufragio y del derecho de adquirir libremente la propiedad, se modifica su estatus y con ello su ser, mientras que la adquisición de un determinado inmueble sólo afecta a su tener. *Cfr.* Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. reimp., Madrid, CEPC, 2001, p. 248.

<sup>3</sup> *Cfr.* Cruz Villalón, P., “Sobre el legislador de los derechos fundamentales”, en López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas, UCM, Facultad de Derecho, 1991, p. 127. Sobre la cultura constitucional europea véase Häberle, P., “El Estado constitucional europeo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 88 y ss.

<sup>4</sup> Esta opinión también puede verse en otro trabajo del mismo autor Cruz Villalón, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, p. 161. Sin embargo, debe se-

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos públicos que, puestos al servicio del ciudadano, pretenden garantizar tanto un espacio de libertad como la existencia de prestaciones por parte del Estado. Sin embargo, junto a esta función, en el Estado democrático los derechos fundamentales representan un conjunto de valores que trasciende a todo el ordenamiento jurídico.<sup>5</sup> De esta forma, los derechos fundamentales representan un conjunto de normas objetivas que expresan un contenido axiológico de validez universal.<sup>6</sup> En este sentido, se afirma que son un elemento configurador de Estado constitucional de derecho.<sup>7</sup>

Centrándonos en el ordenamiento español y en su último proceso constituyente —que culminó con la Constitución aprobada en 1978—, el reconocimiento de los derechos fundamentales se llevó a cabo en el título primero, que lleva por rúbrica precisamente “De los derechos y libertades fundamentales”, y que abarca los artículos 10-55. Ahora bien, la amplitud del título y la heterogeneidad de sus contenidos suscitó desde un principio la necesidad de determinar cuáles, de entre los numerosos

ñalarse que sobre el elemento formal del contenido esencial no existe unanimidad en la doctrina española, ya que se ha cuestionado la idea de que la tutela judicial o judiciable directa sea un elemento configurador de la categoría de derecho fundamental; en este sentido, Jiménez Campo señala que la judiciable inmediata de un derecho fundamental lo convierte efectivamente en un “derecho”, pero en sí no le otorga la categoría de fundamental (*cf.* *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 25).

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 25/1981 (Pleno), de 14 julio, f. j. 5o. 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 el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un estatus 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 (artículo 1o.1).

<sup>6</sup> *Cfr.* Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. L. Requejo Pagés, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 104 y ss.

<sup>7</sup> En este sentido, véanse Díez-Picazo, L., “La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales”, en López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales...*, *cit.*, nota 3, p. 293; Gómez Montoro, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *cit.*, nota 3, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 24 y 25.

derechos contenidos en el título primero de la Constitución, ostentaban el rango de genuinos derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional ha asumido al respecto una posición restrictiva, en virtud de la cual distingue entre derechos constitucionales y derechos fundamentales; sólo los derechos contenidos en la sección primera del capítulo II del mencionado título ostentan la categoría de fundamentales —es decir, los mencionados en los artículos 15-29, a los que agrega el artículo 14 que, como sabemos, está dedicado al principio de igualdad—. Esta distinción tiene su sustento en el ámbito de la reserva de ley orgánica contenida en el artículo 81.1 CE.

Esta posición restrictiva del Tribunal Constitucional únicamente ha sido considerada correcta en la medida en que no atribuye el carácter de fundamentales a los derechos sociales; pero no se considera adecuada en cuanto excluye de esta categoría a los derechos de la sección segunda del capítulo I, entre los que se cuentan derechos que, tradicionalmente —al menos, desde el establecimiento del Estado de derecho liberal—, se han considerado fundamentales, como sucede en el caso del derecho de propiedad.<sup>8</sup>

De esta forma, y partiendo de dos postulados concretos que subyacen en todos los derechos fundamentales, se pueden dejar sentadas dos ideas básicas. En primer término, ha de insistirse en que estos derechos son emanaciones de la dignidad humana: constituyen así facultades cuya falta de reconocimiento o respeto supone un atentado contra la dignidad del individuo. En segundo lugar, y derivado de lo anterior, el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales constituye un elemento de legitimación del poder político, dado que la forma de organización política de una sociedad no puede considerarse legítima si no reconoce y respeta los derechos que se derivan de la dignidad humana. En este sentido, se puede afirmar que los derechos fundamentales, al mismo tiempo que son

<sup>8</sup> Cruz Villalón afirma que ni por su contenido intrínseco ni por su capacidad de concreción cabe hablar de diferencias cualitativas entre los distintos derechos del capítulo segundo. *Cfr.* “Derechos fundamentales”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. II, p. 2399. En este mismo sentido, Jiménez Campo, partiendo de la interpretación sistemática de los apartados 1 y 3 del artículo 53 CE, afirma que en el ordenamiento español el concepto de derecho fundamental se refiere a los derechos resistentes en su contenido esencial a la acción legislativa, así, entrarían dentro de este concepto todos los derechos que se encuentran tanto en la sección primera como en la segunda del capítulo segundo del título I (*cfr. Derechos fundamentales..., cit.*, nota 4, p. 52).

límites al ejercicio del poder público, se constituyen en origen de la legitimidad del Estado constitucional.<sup>9</sup>

## 2. *Heterogeneidad del ámbito de protección de los derechos fundamentales*

Los derechos fundamentales han de ser entendidos como auténticos derechos subjetivos, que configuran una verdadera y propia situación de poder jurídico que, a su vez, engendra un deber correlativo en otro sujeto. Ahora bien, a partir de esta esencia común, lo cierto es que no existe una homogeneidad en su contenido material; antes bien, la naturaleza de los derechos fundamentales es evidentemente heterogénea.

Esta heterogeneidad en las diversas parcelas de la dignidad humana que protegen los diversos derechos fundamentales da pie para marcar muchas diferencias y, sobre todo, para efectuar numerosas clasificaciones.<sup>10</sup>

Una distinción tradicional es la que considera dos tipos de derechos: derechos de libertad y derechos de prestación. Los derechos de libertad se caracterizan porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo: es decir, el derecho fundamental se considera como un límite que impone una actitud de abstención por parte del poder público. Este género de derechos se puede identificar con las “libertades públicas” garantizadas por el Estado liberal de las primeras etapas del constitucionalismo: *v. gr.*, la libertad personal o las libertades de asociación, de expresión o de reunión.

<sup>9</sup> Al respecto, véase de Díez-Picazo Giménez, I., “Comentario al artículo 24”, en Alzaga Villamil, O., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, t. III, p. 22.

<sup>10</sup> Bidart Campos señala que las clasificaciones de estos derechos son difíciles, subjetivas y dependientes de criterios variables y de las posiciones iusfilosóficas que tengan sus autores, *cfr. Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 172. Para ilustrar la diversidad de clasificaciones existentes puede mencionarse la síntesis realizada por Nogueira Alcalá. De acuerdo con este autor, se ha clasificado a los derechos de la siguiente manera: según el objeto y finalidad de los derechos; según el bien jurídico protegido; según su forma de ejercicio; según el tipo de relación jurídica que suponen; según las diferencias de estatus de las personas; según la estructura de los derechos; según los valores inherentes a los derechos y según a los pactos internacionales; *cfr. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 59-68.



La segunda categoría corresponde a los derechos de prestación. Estos derechos, al contrario de los derechos de libertad, presuponen una actividad por parte del poder público dirigida a asegurar su efectividad. Se puede mencionar como ejemplo el derecho a la educación, que requiere de la existencia de centros y medios de enseñanza.

Sin embargo, la anterior distinción conceptual mencionada no significa una disociación absoluta entre los dos tipos de derechos. Esto se hace evidente si consideramos que, aunque en un derecho sea más evidente el elemento de abstención o de acción del poder público, siempre se encuentra también la necesidad del otro elemento. Así pues, se habla de una “continuidad”<sup>11</sup> entre derechos de libertad y derechos de prestación. Esto se observa si recordamos que un derecho de libertad no sólo exige la abstención del poder público, sino que a menudo requiere prestaciones complementarias para asegurar su ejercicio. En el caso de los derechos de prestación, es evidente que una vez otorgadas las condiciones para su goce, el poder público ha de permitir su libre disfrute.

Desde un punto de vista ideológico y conceptual tampoco es posible separar los dos tipos de derechos. Ambos no representan más que manifestaciones básicas del desarrollo del Estado de derecho, ya que del Estado liberal con un carácter abstencionista se ha pasado a un Estado social que busca con su actividad satisfacer otras necesidades del individuo, como por ejemplo, la salud, la educación y la cultura.<sup>12</sup>

Otro criterio con el que se puede distinguir entre los derechos fundamentales es en razón de su contenido material. Esta clasificación tiene sus orígenes en la distinción entre las distintas fases en que se fueron afirmando los derechos públicos subjetivos formuladas por Jellinek. La primera fase es aquélla donde el individuo abandona el *status subjectionis*, es decir, su condición de “súbdito”, de sujeto pasivo de las decisiones del poder, para obtener el *status libertatis*, que le proporciona un ámbito de libertad inmune a la acción del poder público;<sup>13</sup> los derechos que

<sup>11</sup> Pérez Tremps, P., “Los derechos fundamentales”, *Derecho constitucional*, vol. I: *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 4a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 140.

<sup>12</sup> Otto, I. de, *op. cit.*, nota 2, p. 107.

<sup>13</sup> “Al miembro del Estado le corresponde pues un status en el cual es señor, una esfera libre del Estado, que niega el *Imperium*. Es el de la esfera de libertad del *status negativo* del *status libertatis* en el cual los fines estrictamente individuales encuentran su satisfacción a través del acto libre del individuo” (Jellinek, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, p. 87, citado por Alexy, R., *op. cit.*, nota 2, p. 251).

se vinculan a esta situación son los derechos que permiten al individuo su configuración como tal, *v. gr.*, el derecho a la vida, a la libertad personal o a la intimidad.

Al segundo estadio, el *status civitatis*, se accede cuando el individuo tiene capacidad para exigir del Estado el respeto a sus derechos como ciudadano.<sup>14</sup> En esta etapa se configuran los derechos civiles, entre los que se destacan los de naturaleza procesal, de los que en breve nos ocuparemos con mayor detenimiento.

En una tercera fase de evolución, el ciudadano no sólo tiene un ámbito de acción vedado al Estado y puede exigir de él su cumplimiento, sino que se hace partícipe de la actuación del Estado. Así pues, el reconocimiento de este *status activae civitatis* conlleva, a su vez, el de los llamados derechos políticos, integrados, evidentemente, por los derechos de participación en general y de sufragio, activo y pasivo, en particular.<sup>15</sup>

Finalmente, y dentro ya del Estado social de derecho, se habla de una cuarta fase que se ha dado en llamar *status positivus socialis*, que tiene su reflejo en la proclamación y satisfacción de los derechos de contenido económico, social y cultural.<sup>16</sup>

Por otro lado, los derechos fundamentales difieren en cuanto a sus titulares, ya que de algunos derechos sólo pueden serlo las personas físicas, mientras que otros también admiten como titulares a las personas jurídicas.<sup>17</sup> Otro aspecto importante respecto a la titularidad es la distinción entre derechos fundamentales que son exclusivamente para los nacionales, frente a derechos extensivos a los extranjeros;<sup>18</sup> y también puede diferenciarse entre los derechos de los mayores de edad, frente a los derechos de todas las personas.

<sup>14</sup> En este *status* es colocado el individuo a quien el Estado “le reconoce la capacidad jurídica para reclamar para sí el poder estatal para utilizar las instituciones estatales, es decir, otorga al individuo pretensiones positivas” (Jellinek, G., *op. cit.*, nota anterior, p. 87, citado por Alexy, R., *op. cit.*, nota 2, p. 256).

<sup>15</sup> Alexy señala que este *status* se puede reconstruir con la noción de competencia, pero aclara que sólo se refieren a este *status* las competencias que tienen por objeto una participación en el Estado, que sirven para la formación de la voluntad estatal (*op. cit.*, nota 2, p. 260).

<sup>16</sup> En este sentido, Pérez Luño, A. E., *op. cit.*, nota 1, p. 24.

<sup>17</sup> Una síntesis de la posición del Tribunal Constitucional sobre este aspecto se encuentra en Gómez Montoro, A. J., *op. cit.*, nota 7, pp. 23-71.

<sup>18</sup> Reconocimiento que se ha hecho especialmente acuciante en muchos países de Europa, ante la llegada masiva de emigrantes.

Los derechos fundamentales también tienen diferencias en cuanto al sujeto sobre el que recae el deber correlativo. Algunos derechos pueden tener como sujeto pasivo a otro particular: se entra entonces en el terreno de lo que la doctrina alemana denomina *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia “horizontal” de los derechos fundamentales. En algunos casos esta eficacia entre particulares se limita al ámbito laboral, y en otros casos se puede hacer extensiva al del derecho civil.

Existen otros derechos que se configuran como genuinos derechos públicos subjetivos, es decir, que sólo puede ejercerse frente a los órganos del Estado. Precisamente dentro de estos derechos eficaces ante el poder público encontramos los que se dirigen contra actos de la administración, y, por lo que ahora más nos interesa, aquellos que sólo pueden ser exigibles frente a la actuación jurisdiccional, desarrollada en el marco de los procesos judiciales.

### 3. *Los derechos fundamentales de carácter procesal: primera aproximación*

Los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensiblemente diferentes al resto de los derechos fundamentales.

En efecto, su existencia y garantía se encuentra en la base de la existencia de un orden social. Desde los orígenes del Estado, han sido necesarios para su mantenimiento la prohibición de la autotutela, así como el monopolio del ejercicio de la jurisdicción por parte de los órganos de aquél. En este sentido, los derechos fundamentales de naturaleza procesal significan tanto una manifestación general del Estado de derecho —la de acceso a la jurisdicción— como garantías procesales que hasta épocas recientes se habían formulado sólo como principios de derecho objetivo (*in dubio pro reo, nemine damnetur nisi audiatur, audiatur et altera pars*, entre otros), y que, en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidas de la forma de derechos fundamentales.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> Así, el Tribunal Constitucional español ha afirmado que el derecho fundamental del artículo 24.1 incluye el “derecho de defensa y bilateralidad, por otra parte ya reconocido

Resulta interesante señalar que para Kelsen los derechos procesales integrarían la reducida categoría que puede ser llamada con propiedad derechos subjetivos. En efecto, Kelsen se opuso a la utilización de la expresión “derecho subjetivo” y propuso un esquema simplificador, en el que la mayor parte de los derechos subjetivos podían explicarse como simples “reflejos” de obligaciones jurídicas.

De este modo, el “derecho reflejo” es una forma sintética de expresar que existe un deber jurídico de otro individuo, es decir, la existencia de una norma que amenaza con sanción a quien no observe cierto comportamiento. De esta forma, Kelsen entiende que un derecho subjetivo es un objeto distinto de la obligación jurídica, y que sólo tiene sustento en la doctrina del derecho natural; de esta forma, derecho subjetivo sólo es otra forma de denominar a la obligación de otra persona.<sup>20</sup>

En la referida concepción kelseniana, la categoría de derecho subjetivo no debe aplicarse al contenido de la obligación —el objeto protegido—, sino que queda reservada para aludir a la acción procesal, es decir, a la posibilidad otorgada al individuo de poner en marcha la coactividad estatal con la finalidad de ver satisfecha una pretensión incumplida, pretensión que tiene como contenido el tradicionalmente llamado derecho subjetivo. La esencia del derecho subjetivo “se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar mediante una acción por el incumplimiento de la obligación”.<sup>21</sup>

legalmente antes de la Constitución y expresado bajo el clásico principio procesal *nemine damnatur sine audiatur*” (STC 4/1982, de 8 de febrero, fundamento jurídico 5o.); y en la STC 82/1983, de 20 de octubre, afirmó que en el artículo 24.1 se incluye “el principio de contradicción procesal recogido en el axioma *audiatur et altera pars*” (fundamento jurídico 4o.).

<sup>20</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de J. Vernengo, 5a. ed., México, UNAM, 1986, p. 142. Se ha señalado que este aspecto de la teoría kelseniana da sustento a la posición que considera que un derecho no garantizado no es un verdadero derecho, es decir, a la confusión entre “derecho” y “garantía”. Para Ferrajoli las consecuencias de esta confusión son de enorme importancia, pues, no distinguir entre derechos y las garantías de estos derechos, conduce a inutilizar, en el plano jurídico, dos de las conquistas más importantes del constitucionalismo de este siglo: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, *cf.* Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, México, Trotta, 1999, pp. 59-65.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 148. De lo anterior se afirma que en el ordenamiento jurídico español el único derecho verdaderamente fundamental sería el derecho al recurso de amparo (en este sentido se pronuncia Prieto Sanchis, L., “Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales”, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 78).

La importancia de los derechos fundamentales de naturaleza procesal es todavía más evidente si consideramos su incidencia sobre el conjunto de los órganos jurisdiccionales y, en general, sobre el sistema de impartición de justicia, con lo que tiene efectos directos sobre los ciudadanos en su conjunto. En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, sólo éstos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales —*lato sensu*—, con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios.

Así pues, aunque la protección efectiva de los derechos fundamentales de naturaleza procesal tiene como finalidad directa la reparación del daño en la esfera de los derechos de los individuos, lo cierto es que redundará en un beneficio para todo el sistema de administración de justicia. Incluso en los casos en que el Poder Judicial ordinario está llamado a ser la primera instancia de protección de la Constitución, una tutela eficaz de los derechos de naturaleza procesal puede contribuir a una mejor articulación y colaboración entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, ya que la superación de las tensiones entre ellos pasa por el establecimiento de medios para corregir de forma eficaz y por la misma jurisdicción ordinaria las vulneraciones de derechos fundamentales que realice el juez ordinario.

Estas repercusiones supraindividuales de los derechos fundamentales de ámbito procesal han sido clave de cara a su reconocimiento constitucional, especialmente tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y como consecuencia o reacción frente a las experiencias autoritarias y totalitarias del periodo inmediatamente anterior: se generaliza entonces la tendencia de incluir dentro de los textos constitucionales un catálogo extenso de derechos fundamentales, intangible al legislador, para tratar de protegerlos frente a posibles futuras extralimitaciones del poder político.

El caso de los derechos fundamentales de naturaleza procesal es especialmente significativo en este entorno, habida cuenta de la necesidad de evitar en lo sucesivo la manipulación y la utilización de los órganos jurisdiccionales como instrumento de opresión, que se convirtieron en fenómenos habituales en los sistemas totalitarios que precedieron al conflicto

mundial. Ésa es la razón de que en los textos constitucionales elaborados con posterioridad se introdujeran reglas y principios básicos de la actividad jurisdiccional y, asimismo, se reconocieran derechos subjetivos de los ciudadanos en relación con la administración de justicia: queda claro, a partir de entonces, que también el de las relaciones del ciudadano con los órganos jurisdiccionales es un ámbito en el que el Estado debe garantizar el respeto a la dignidad del ser humano, y, asimismo, que el respeto al postulado anterior es necesario para legitimar el ejercicio del poder público. Como muestra de lo anterior, puede observarse en el capítulo IX de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, apartado en el que, además de establecerse cuestiones tales como la organización judicial, la composición de los órganos, las garantías judiciales, se encuentran preceptos que contienen las garantías básicas de los justiciables frente a los tribunales.<sup>22</sup> De la misma forma, véase el artículo 24 de la

<sup>22</sup> Artículo 101 [Prohibición de tribunales de excepción].

(1) No están permitidos los tribunales de excepción. Nadie podrá ser sustraído a su juez legal.

(2) Sólo por ley podrán ser instituidos tribunales para materias especiales.

Artículo 102 [Abolición de la pena de muerte].

Queda abolida la pena de muerte.

Artículo 103 [Derecho a ser oído, prohibición de leyes penales con efectos retroactivos y el principio de *ne bis in idem*].

(1) Todos tienen el derecho de ser oídos ante los tribunales.

(2) Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto.

(3) Nadie podrá ser penado más de una vez por el mismo acto en virtud de las leyes penales generales.

Artículo 104 [Garantías jurídicas en caso de privación de la libertad].

(1) La libertad de la persona podrá ser restringida únicamente en virtud de una ley formal y sólo respetando las formas prescriptas en la misma. Las personas detenidas no podrán ser maltratadas ni psíquica ni físicamente.

(2) Sólo el juez decidirá sobre la licitud y duración de una privación de libertad. En todo caso de privación de libertad no basada en una orden judicial deberá procurarse de inmediato la decisión judicial. Por su propia autoridad, la policía no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día siguiente al de la detención. La regulación se hará por ley.

(3) Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de haber cometido un acto delictivo deberá ser llevada ante el juez a más tardar el día siguiente al de su detención; el juez deberá informarla acerca de las causas de la detención, interrogarla y darle la oportunidad para formular objeciones. El juez deberá dictar de inmediato o bien una orden escrita de prisión indicando las causas de la misma, u ordenar la puesta en libertad.

Constitución italiana que, entre otros, garantiza el derecho de acceso a los tribunales y el derecho de defensa.<sup>23</sup>

De forma análoga a esta constitucionalización de nivel interno de los derechos fundamentales de naturaleza procesal tras la Segunda Guerra Mundial, se ha producido, de modo en parte simultáneo y en parte sucesivo, un fenómeno de reconocimiento en el ámbito supranacional. En este sentido, la protección de estos derechos ha tenido reflejo en múltiples tratados y declaraciones internacionales, que incluyen específicamente una formulación parecida a las que se incorporaron en ciertos textos constitucionales nacionales.

Así, se pueden mencionar entre los más destacados:

- El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948.<sup>24</sup>
- El artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948,<sup>25</sup> aunque este precepto despliega eficacia únicamente en el ámbito del proceso penal.

(4) De toda resolución judicial que ordene o prolongue una privación de libertad deberá informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza.

<sup>23</sup> Promulgada en Roma, el 27 de diciembre de 1947, y en vigor desde el 1o. de enero de 1948: Todos podrán acudir a los tribunales para la defensa de sus derechos y de sus intereses legítimos.

La defensa constituye un derecho inviolable en todos los estados y etapas del procedimiento.

Se garantizan a los desprovistos de recursos económicos, mediante las instituciones adecuadas, los medios para demandar y defenderse ante cualquier jurisdicción.

La ley determinará las condiciones y modalidades de reparación de los errores judiciales.

<sup>24</sup> Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

<sup>25</sup> Artículo XXVI. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

— El artículo 14 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976; de conformidad con el artículo 49:

1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del secretario General de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

Artículo 14. 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.



— El artículo 80. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1966.<sup>27</sup>

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

<sup>27</sup> Artículo 80. Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

- El artículo 60. del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979, y publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 de octubre de 1979.<sup>28</sup>
- El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre del 2000.<sup>29</sup>

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

<sup>28</sup> Artículo 60. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la Audiencia.

<sup>29</sup> Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Como puede apreciarse, los preceptos anteriores presentan redacción y facetas diversas; sin embargo, muestran una serie de elementos comunes, que definen la esencia de los derechos fundamentales de naturaleza procesal reconocida a nivel supranacional: que toda persona que se encuentre dentro de un proceso debe ser oída públicamente y con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal independiente e imparcial y establecido con anterioridad por ley. Los derechos y garantías se concretan y definen con mayor precisión cuando se trata de procesos penales: en estos casos, se proclaman expresamente derechos, como la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia y la doble instancia.

La importancia de la protección de estos derechos es claramente visible en la jurisprudencia de los tribunales supranacionales encargados de la aplicación e interpretación de los preceptos que los contienen en los precitados textos internacionales. De forma singularmente relevante, ha de tenerse en cuenta la amplia interpretación jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 6o. del Convenio de Roma que, según ya se ha mencionado, garantiza el derecho a un proceso justo. La trascendencia de la interpretación jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Europeo en relación con este derecho es tal que despliega sus efectos más allá de su ámbito de aplicación: no se trata sólo de que sus sentencias informen la praxis de los tribunales ordinarios y constitucionales de los Estados signatarios del Convenio de Roma, además, y de acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puede considerarse aplicable a la hora de interpretar el artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene un contenido sustancialmente idéntico.<sup>30</sup>

#### *4. Los derechos fundamentales de naturaleza procesal en el ordenamiento jurídico español: ubicación constitucional*

En el ordenamiento jurídico español los derechos fundamentales de naturaleza procesal se encuentran recogidos en el artículo 24 de la Cons-

Se presentará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

<sup>30</sup> *Cfr.* el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 5/96, de 1o. de marzo de 1996, en el caso 10970, Mejía c. Perú, p. 209.

titución de 1978. El precepto, según es de sobra sabido, proclama en su apartado primero el derecho fundamental de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; y, en su apartado segundo, acoge, de manera más pormenorizada, una serie de garantías concretas que, en realidad, son derivaciones de lo establecido con carácter general en el apartado anterior (derechos al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia).

La constitucionalización de estos derechos trae como consecuencia su clara implicación como derechos subjetivos, su establecimiento como parte de la supralegalidad y su protección reforzada por medio del recurso de amparo (artículo 162.1.b CE).

Una primera lectura del precepto permite sin dificultades llegar a la conclusión de que se trata de un derecho fundamental de contenido complejo,<sup>31</sup> lo que impide su clasificación como derecho de libertad o de prestación.<sup>32</sup> Asimismo, es éste un claro ejemplo de un derecho de configuración legal,<sup>33</sup> esto es, a diferencia de otros derechos fundamentales cuyo

<sup>31</sup> La Sentencia Tribunal Constitucional núm. 26/1983 (Sala Segunda), de 13 abril, en su f. j. 2o. afirma que “El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo, que incluye entre otros la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la sentencia número 32/1982, de 7 de junio, de este Tribunal, también el derecho «a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea reponido en su derecho y compensado si hubiere lugar a ello por el daño sufrido»”.

<sup>32</sup> Así lo ha ratificado el TC en su sentencia 26/1983 (Sala Segunda), de 13 abril: “Esta complejidad impide incluir la definición constitucional del artículo 24.1 en cualquiera de los términos de una clasificación dicotómica que, como la que distingue entre derechos de libertad y derechos de prestación, sólo ofrece cabida para derechos de contenido simple” (f. j. 2o.).

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 115/1990 (Sala Primera), de 21 junio (f. j. 2o.): “El derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, por ser un derecho de configuración legal ejercitable por los cauces formales que el legislador establezca, comprende no sólo el que puede considerarse primer estadio en el ejercicio del derecho a la prestación judicial, es decir, el del acceso a la jurisdicción, sino también el derecho a las sucesivas instancias y recursos previstos en el ordenamiento jurídico, incluso el de casación en materia civil en los supuestos y con los requisitos que la Ley determine. Tal derecho, sin embargo, no se conculca cuando el ór-

contenido y ejercicio puede extraerse directamente del texto constitucional, el derecho a la tutela judicial es un derecho fundamental cuyo ejercicio no es posible a partir de su mera consagración constitucional, sino que es imprescindible un desarrollo legislativo para ser ejercitados.<sup>34</sup>

Siguiendo a Díez-Picazo Giménez,<sup>35</sup> se puede afirmar que el denominado “derecho a la tutela judicial efectiva”, consagrado en el artículo 24.1 CE, en realidad se integra por un conjunto de garantías procesales, entre las que se cuentan el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a una resolución sobre el fondo,<sup>36</sup> el derecho a una resolución fundada en derecho, el derecho a los recursos, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de los pronunciamientos, así como el derecho a la tutela cautelar. De este complejo derecho ha de distinguirse otro distinto, también incluido en el apartado 1 del artículo 24 CE: el derecho fundamental a no padecer indefensión.

Este derecho fundamental a la defensa —como también es conocido—<sup>37</sup> no tenía especiales antecedentes previos al texto constitucional, por lo que la labor de determinar el alcance de su contenido ha sido una tarea que ha realizado el Tribunal Constitucional: “La indefensión es aquel resultado que deriva de una ilegítima privación o limitación de medios de defensa —esto es, de alegación y/o de prueba— producida en el seno de un proceso o de cualquiera de sus fases o incidentes, que acarrea

gano judicial rechaza el recurso interpuesto por concurrir un motivo legal de inadmisión, siempre que la interpretación de dicho motivo y su aplicación al caso concreto no sean injustificadas o arbitrarias”.

<sup>34</sup> *Cfr.*, al respecto, la Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, del Tribunal Constitucional.

<sup>35</sup> Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 9, pp. 21-123.

<sup>36</sup> El contenido del artículo 24 CE no está determinado por el debate sobre el contenido del derecho de acción. Aunque el texto del precepto parece apoyar el concepto de acción en sentido concreto (esto es, como el derecho a obtener de los tribunales una sentencia de fondo de carácter estimatorio), en realidad, la redacción del mismo no tiene relación alguna con el debate doctrinal al respecto, ni mucho menos toma partido por una de las dos posturas existentes. Incluso puede rastrearse en los miembros de la Ponencia y de la Comisión encargadas de la redacción de la Constitución una inclinación por la comprensión de la acción como un derecho de contenido abstracto (es decir, como el derecho a obtener de los tribunales una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del litigio); *cfr.* Oliva Santos, A. de la, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980, pp. 132 y ss.

<sup>37</sup> *Cfr.* Carocca Pérez, A., *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, JB, 1997.

al justiciable, sin que le sea imputable, un perjuicio definitivo en sus derechos o intereses sustantivos”.<sup>38</sup>

En cuanto al apartado segundo del artículo 24 CE, consiste realmente en una enumeración de derechos procesales concretos que, en rigor, podrían deducirse de la plena vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva y de la prohibición de indefensión. Aunque por el modo en que aparecen formulados en el texto constitucional, podría considerarse que sólo resultan de aplicación en el ámbito del proceso penal o del administrativo sancionador; lo cierto es que la jurisprudencia ha generalizado su virtualidad a todos los órdenes jurisdiccionales; no obstante, algunos de ellos, por su propio contenido, únicamente tienen sentido en el marco restringido del proceso penal o administrativo sancionador (esto es lo que sucede con el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, y el derecho a la presunción de inocencia).

Asimismo, también ha de tenerse en cuenta que el artículo 24.1 de la Constitución, además de ser una norma atributiva de derechos fundamentales, se puede entender como un mandato al legislador para que no impida el acceso al proceso y a la jurisdicción —mediante la exclusión de la “vía judicial”— a quienes ostenten derechos e intereses legítimos.

Los derechos y garantías que se deducen del artículo 24 CE, por su contenido y ámbito de efectividad, deben ser aplicados a todos los sujetos jurídicos (el precepto se refiere a “todas las personas”), con independencia de su condición o naturaleza: españoles o extranjeros, personas jurídicas, y ya sean éstas privadas o públicas. Así ha venido entendiéndolo el Tribunal Constitucional desde sus primeras resoluciones.<sup>39</sup>

Esta doctrina jurisprudencial ha llevado a que el Tribunal Constitucional haya reconocido en multitud de ocasiones a personas jurídico-privadas (y con ciertas condiciones a las personas jurídicas de derecho público) el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a los recursos, el derecho de defensa, y el derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, entre otros. El Tribunal Constitucional ha admi-

<sup>38</sup> Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 9, p. 49.

<sup>39</sup> En su Sentencia 4/1982, el Tribunal Constitucional afirmó que “el derecho fundamental acogido en el artículo 24.1 de la Constitución... (es) predicable de todos los sujetos jurídicos en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos” (fundamento jurídico 5o.); y en la STC 53/1983, 20 de junio, sostuvo que “el artículo 24.1 comprende en la referencia tanto a las físicas como a las jurídicas” (fundamento jurídico 1o.).

tido también el derecho de estas entidades a ejercer la acción popular como parte del derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>40</sup> Solamente ha negado que, como manifestación concreta del derecho a la tutela judicial efectiva, gocen *ex constitutione* del beneficio de justicia gratuita.

En la práctica, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión y las garantías concretas del artículo 24.2 CE reciben una aplicación que podría calificarse, sin excesos, de “masiva”, no sólo ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino también, y de modo especial, ante el Tribunal Constitucional. En efecto, el artículo 24 CE es, de todos los preceptos de la Constitución, el más alegado en recursos de amparo y sobre el que se ha generado un mayor volumen de jurisprudencia. Este fenómeno, sin duda no previsto al elaborar el texto constitucional, obedece, a juicio de Díez-Picazo Giménez, a una serie de razones:

- La tendencia de los justiciables a agotar todas las alegaciones posibles en todo tipo de procesos.
- La interpretación “generosa y aperturista” que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24.
- Las dificultades inherentes a los enunciados constitucionales —por su carácter general— para una interpretación lineal o de acuerdo con moldes canónicos.

Recapitulemos, los derechos fundamentales de naturaleza procesal, en el ordenamiento español, se encuentran contenidos bajo los genéricos derechos a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión del artículo 24 de la Constitución. Estos derechos tienen un contenido abierto, por lo que la determinación de su alcance ha debido ser desarrollado por el legislador y, de manera especial, por el juez constitucional. Dada la estrecha relación de su ejercicio con la legalidad ordinaria y el especial ámbito en el cual su ejercicio se desarrolla —el proceso—, la tutela que requieren se encontrará revestida de peculiaridades frente a la generalidad de los derechos fundamentales, como veremos a continuación.

<sup>40</sup> *Cfr.* al respecto la STC 147/1985, de 29 de octubre, en la que se afirma “entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto” (f. j. 3o.) y las Sentencias del TC 241/1992, de 21 de diciembre (f. j. 2o.), entre otras en las que se extiende este derecho a las personas jurídicas.

## II. LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA PROCESAL ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: EL ARTÍCULO 53.2 DE LA CONSTITUCIÓN

Como se ha expuesto, un elemento del contenido esencial inherente a todo derecho fundamental es la existencia de una tutela jurisdiccional que posibilite la vigencia real de estos derechos. En otras palabras, es a través de la tutela judicial de los derechos fundamentales que se garantiza su eficacia y se les transforma de normas constitucionales de contenido únicamente semántico<sup>41</sup> en auténticos derechos subjetivos públicos.

En el ordenamiento constitucional español, el precepto que cumple la función de determinar cuál es la forma de tutelarlos es el artículo 53.2 que establece:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 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 artículo 30.

Al respecto, debe de precisarse que el interés de este trabajo se centra en la tutela de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios, y más específicamente, nos centraremos en la tutela que ofrecen los jueces y tribunales del orden civil, por lo que no entraremos a considerar la protección que a través del recurso de amparo ofrece el Tribunal Constitucional.

Así pues, considerando la tutela judicial de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios a los que hace referencia este precepto constitucional, debemos iniciar por determinar el alcance de los términos “procedimiento”, “preferencia” y “sumariedad”. Debe también considerarse que al tratarse de la protección de una categoría especial de derechos fundamentales: los de naturaleza procesal, existirán algunas características distintivas; es decir, el ámbito de ejercicio de estos derechos será siempre dentro de un procedimiento, por lo que su infracción y su tutela sólo son posibles si el alcance de lo dispuesto en el 53.2 tiene un contenido diverso al del resto de derechos fundamentales: el término “procedimiento” también ha de poder entenderse como “recurso”.

<sup>41</sup> Loewestein, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1974.



### 1. *Elaboración y redacción del artículo 53.2 CE*

No es nuestra misión, ahora, la de realizar un extenso y prolijo análisis de los antecedentes y/o de los trabajos de elaboración del artículo 53.2 CE en las Cortes Constituyentes, pues es una tarea que ha sido ya realizada con acierto;<sup>42</sup> no obstante, sí trataremos de traer a colación aquellos aspectos que inciden en la regulación de la protección a los derechos fundamentales que corresponde a la jurisdicción ordinaria. A tal fin, nos parece de utilidad efectuar un somero análisis de la tramitación parlamentaria del precepto, destacando los que, a nuestro juicio, son sus hitos más significativos.

#### *A. Antecedentes del precepto*

La existencia de un procedimiento preferente y sumario residenciado en los tribunales ordinarios para la protección de derechos fundamentales, en opinión de Fairén Guillén,<sup>43</sup> puede encontrarse por primera vez en un decreto de las Cortes de Cádiz de 1812. Este autor refiere la actuación de las Cortes ante un caso de allanamiento de morada, que fue denunciado ante ellas como infracción al artículo 372 de la Constitución española de 1812.<sup>44</sup> Fue como reacción a este acto y a las dilaciones jurisdiccionales para corregirlo que las Cortes dictaron un decreto el 28 de noviembre de 1812, que en la parte que nos interesa dispuso lo siguiente:

<sup>42</sup> En este tema, el primer trabajo de referencia fue el realizado por Fairén Guillén, V., "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo", *Revista de Administración Pública*, núm. 89, mayo-agosto de 1979, pp. 207-249; también lo ha abordado Tomé García, J. A., *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios (CE y leyes de desarrollo)*, Madrid, Montecorvo, 1987, pp. 139 y ss.; más recientemente puede verse el brillante trabajo de Díez-Picazo Giménez, I., "El artículo 53.2 de la Constitución: interpretación y alternativas de desarrollo", en Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *Tribunal Constitucional jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 77-217.

<sup>43</sup> Fairén Guillén, V., *op. cit.*, nota anterior, pp. 238-240.

<sup>44</sup> Esta Constitución, siguiendo la influencia francesa de control político de los actos que la contravinieren, establecía que las infracciones constitucionales debían ser denunciadas ante las Cortes, en este sentido, el artículo 372 de la Constitución gaditana establecía lo siguiente:

Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella.

Las Cortes Generales y extraordinarias, convencidas de la necesidad y utilidad de que los expedientes sobre infracción de la Constitución sean terminados con mayor prontitud, decretan:

Los Tribunales del reino preferirán a todo asunto los relativos a infracción de la Constitución política de la Monarquía. Lo tendrá entendido la Regencia del reino y dispondrá lo necesario a su cumplimiento...

Aunque el mismo Fairén advierte que las Cortes pronto modificaron la regulación de este decreto, en su opinión éste “tiene gran importancia como precedente”, ya que “la defensa de la Constitución se encarga a los tribunales ordinarios”.<sup>45</sup>

Otro antecedente mucho más directo puede encontrarse en la influencia del juicio de amparo mexicano en la Constitución de la Segunda República Española, de 9 de diciembre de 1931.<sup>46</sup> En efecto, durante el proceso constituyente, y a iniciativa del diputado Fernando de los Ríos, se introdujo en esa carta fundamental una vía judicial previa para la protección judicial ordinaria de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, mediante un procedimiento de carácter sumario.

El régimen que se establecía en esa Constitución era la creación de “tribunales de urgencia”, que actuarían —junto al recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales— como instancia de salvaguardia de los derechos fundamentales lesionados. Como es conocido, la remisión del artículo 105 de la Constitución de 1931 a una Ley de Organización de los Tribunales de Urgencia para hacer Efectivo el Derecho de Amparo de las Garantías Individuales no pudo actualizarse en la práctica, ya que el proyecto de ley de desarrollo de este mandato no llegó a ser aprobado.

### *B. Los trabajos en las Cortes Constituyentes*

El origen del artículo 53.2 se encuentra en el anteproyecto de Constitución, que en su artículo 45.2 afirmaba: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos reconocidos en el Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios

<sup>45</sup> Fairén Guillén, V., *op. cit.*, nota 42, p. 240.

<sup>46</sup> Al respecto, véase el trabajo de Fix-Zamudio, H., “El derecho de amparo en México y España. Su influencia recíproca”, *Ensayos de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003.

de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

El artículo 45 del anteproyecto de Constitución era el primero del capítulo IV —“Garantías de los derechos fundamentales”— que, a su vez, se encontraba ubicado en el título II —“De los derechos y deberes fundamentales”—. Posteriormente, como es sabido, el título II pasó luego a ser título I, cuando el inicial título I —“Principios generales”— conformó el título preliminar de la Constitución.

Este artículo 45, al igual que el vigente 53 CE, estaba integrado por otros dos apartados, el 1 y el 3, que respectivamente señalaban:

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo dos del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá desarrollarse el ejercicio de tales derechos y libertades.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, no podrán ser alegados directamente como derechos subjetivos ante los tribunales.

Ninguno de los miembros de la Ponencia Constitucional formuló en sus respectivos votos particulares comentario alguno respecto del artículo 45.2, razón por la cual es difícil saber cuál era la intención concreta que guió la inclusión en él del inciso que hacía referencia a “un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

Como se verá a continuación, la redacción inicial de este precepto no sufrió alteración sustancial a lo largo de la tramitación parlamentaria. Probablemente esto se deba a que entre los miembros de la Ponencia Constitucional y en las Cortes Constituyentes en general se dieron por sobreentendidas las características de esta garantía constitucional, así como su desarrollo legal. No obstante, sí que fueron varias las enmiendas que se formularon, de especial valor a la hora de comprender con mayor precisión la intención del constituyente a la hora de redactar el precepto en cuestión.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Respecto de la tramitación parlamentaria, debemos hacer la aclaración que nos limitaremos a revisar únicamente lo que respecta al precepto 45.2 del anteproyecto (de acuerdo con el texto de 5 de enero de 1978) siguiendo, someramente, el contenido y los debates de las enmiendas presentadas en las Cortes Generales. Los trabajos de elabora-

La enmienda 63 de Alianza Popular proponía la supresión del apartado 2 del artículo 45, bajo el argumento de “que resulta difícilmente aplicable en cualquier caso y totalmente inaplicable en los supuestos de los artículos 20 apartado 5; 27 apartado 2; 28 apartados 7 y 9”.<sup>48</sup>

La enmienda 497 del Grupo Parlamentario Mixto proponía la siguiente redacción del artículo 45.2: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos reconocidos en la Constitución mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, basado en los principios de preferencia y sumariedad”. La motivación expresaba que a través de la enmienda “se da una formulación más auténtica a los dos primeros apartados de este artículo y se consagra la competencia del Tribunal Constitucional para garantizar e interpretar los derechos y libertades públicas contemplados en este Título”.

La enmienda 695 del Grupo Parlamentario Comunista proponía añadir al final del párrafo la frase “Este recurso será gratuito”, para “impedir la mediatización del ejercicio del derecho aquí tutelado por razones de índole económica”. La gratuidad se refería solamente al recurso de amparo.

La enmienda 779 de Unión de Centro Democrático, en su inciso 2o.—que a nuestro juicio es el único que se refiere a este apartado—<sup>49</sup> proponía sustituir “derechos” por “libertades” y “tribunales ordinarios” por “tribunales competentes”.

En el informe emitido por la ponencia encargada de estudiar las enmiendas presentadas textualmente se expresa:

...con aceptación parcial de la enmienda 779 del Grupo de Unión de Centro Democrático y por mayoría la Ponencia modifica la redacción de este apartado. No acepta la ponencia las enmiendas núm. 63 del señor Fernández de la Mora y núm. 497 del Grupo Mixto, al mantener el criterio de garantizar los derechos y libertades por medio de un recurso ante los Tribunales ordinarios y no sólo ante el Tribunal Constitucional. Los representantes de los

ción de este artículo se consultaron en *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, 1980, 5 vols.

<sup>48</sup> El artículo 20.5 regulaba los supuestos de acceso a medios públicos de comunicación; el artículo 27.2 el régimen del matrimonio; y el artículo 28.7 y 9 la participación en el control y gestión de centros escolares y ayudas públicas a los mismos.

<sup>49</sup> Fairén no comparte esta opinión, y en su análisis de la tramitación en las Cortes Constituyentes menciona el apartado 3 de esta enmienda 779, que nosotros consideramos está dirigida al apartado 3 (*cf. op. cit.*, nota 42, p. 212).

Grupos Socialista y Comunista mantienen el texto del anteproyecto por lo que se refiere a la inclusión como objeto de tutela del contenido del artículo 30.2 —que ya entonces se refería a la objeción de conciencia al servicio militar—.

De este modo, el artículo 45.2 pasó a ser el artículo 48.2 en el documento que se presentó ante el Pleno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas. Bajo la nueva y definitiva rúbrica del capítulo cuarto —“De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”—, el nuevo texto establecía lo siguiente: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 y la Sección 1a. del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.<sup>50</sup>

Es evidente que respecto del texto del anteproyecto en esta redacción hay una innovación importante: el ámbito de aplicación del precepto ya no se extiende a todos los derechos y libertades del capítulo segundo. Dentro del que en ese momento pasó a ser título I, el capítulo segundo ha sido a su vez dividido en secciones, en aceptación de una enmienda de Unión de Centro Democrático —la enmienda 779—. Dicha división en secciones tiene consecuencias directas sobre el artículo 48,<sup>51</sup> en la medida en que se excluyen de su ámbito de protección los derechos contenidos en la nueva sección segunda.

En el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados al texto del artículo 48.2 se le añade un último inciso: “Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28”.<sup>52</sup> Ningún grupo parlamentario ni ningún diputado mantuvieron enmiendas al texto del artículo 48.2. El texto del artículo 48 fue aprobado por 31 votos a favor, ninguno en

<sup>50</sup> Texto del 17 de abril de 1978.

<sup>51</sup> La justificación de esta enmienda en lo relativo al entonces artículo 45 decía así: “La redacción que se propone se ajusta más a la sistemática correcta del título II, distinguiendo claramente las libertades tutelables a través del recurso de amparo y los derechos protegidos por la jurisdicción ordinaria, en la medida que son incorporados a la legislación por el Tribunal Constitucional frente a la acción del propio legislador y los principios rectores cuya función inspiradora no puede perturbar la imparcialidad de los Tribunales mediante una coloración tuitiva de la justicia”.

<sup>52</sup> Dictamen de la Comisión de 1o. de julio de 1978.

contra y sin abstenciones. En el Pleno del Congreso de los Diputados no existieron enmiendas propuestas, por lo que el texto fue aprobado por 264 votos a favor y una abstención.

De este modo, el artículo 48.2 del texto del proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados decía lo siguiente:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28.<sup>53</sup>

Remitido el texto al Senado, al ahora artículo 48.2 se le presentaron ante este órgano legislativo diversas enmiendas. Nos referiremos a continuación a las enmiendas específicamente concernientes al apartado 2 de este artículo.

La enmienda 1, de don Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, proponía la suspensión del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En lo relativo al artículo 48.2, el senador proponía que “termine el párrafo después de *preferencia y sumariedad*, de manera que se suprima lo siguiente” —obviamente también se preveía que se suprimieran los artículos concordantes que hacían referencia al recurso de amparo—. La justificación de la enmienda decía:

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional era en la época de la Segunda República una exigencia perentoria, dada la situación de indefensión en que se encontraban los titulares de tantos derechos y libertades. Hoy, en cambio, parece más efectiva la vía de los tribunales ordinarios, apurando todas las exigencias necesarias y cuidando los principios de preferencia y sumariedad que el propio precepto consagra. Cuidando también, por supuesto, el grado de apelación. Si se cumplen esas exigencias el recurso de amparo no sólo no parece necesario, sino que podría resultar aún inconveniente desde el prisma de la seguridad jurídica, dada la prolongada duración que podrían alcanzar los litigios. Aparte de que parece razonable no sobrecargar de cometidos al Tribunal Constitucional.

El Grupo Parlamentario de Progresistas y Socialistas Independientes proponía en la enmienda 38 la supresión de la referencia en el inciso fi-

<sup>53</sup> Proyecto de Constitución publicado el 24 de julio de 1978.

nal a la objeción de conciencia, ya que se proponía la inclusión de este derecho en el artículo dedicado a la libertad religiosa y de creencias, con lo que la objeción de conciencia se ubicaría dentro de la sección primera del capítulo segundo, siendo así innecesario reiterar que el amparo de dicho derecho se confiaba al Tribunal Constitucional. La enmienda 38 al artículo 48.2 fue retirada en el debate en Comisión.<sup>54</sup>

La enmienda 198, de don Julio Gutiérrez Rubio, del Grupo Mixto, y con el fin de “armonizar el ejercicio jurisdiccional y el constitucional de aquellos derechos y libertades ya regulados en la legislación ordinaria o común”, proponía el siguiente texto:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 y la sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios y según las leyes ordinarias que los reconocen y desarrollan, sin perjuicio del establecimiento por ley de un proceso basado en los principios de preferencia y sumariedad y del uso del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28.

Esta enmienda pareciera que pretendía establecer una triple opción para la protección de los derechos fundamentales, ya que se añade una primera vía de protección, que sería regulada en las leyes que desarrollan cada derecho y libertad en lo particular; una segunda integrada por el procedimiento preferente y sumario, así como, finalmente, por el recurso de amparo.

La enmienda 324, del senador Luis Sánchez Agesta, proponía que la mención del precepto sobre la objeción de conciencia se incorporara al texto principal del párrafo, suprimiendo el inciso final.

La enmienda 481, del senador Lluís María Xirinacs i Damians, del Grupo Mixto, proponía el siguiente texto: “Todo ciudadano podrá reclamar la protección de los derechos reconocidos en la Constitución ante los Tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo delante del tribunal competente”. El señor Xirinacs proponía la extensión del ámbito del precepto a todos los derechos reconocidos por la Constitución, pero tutelados por los tribunales ordinarios, puesto que proponía

<sup>54</sup> Sobre la razón para retirar la enmienda, Fairén estima que hubo un *lapsus*, puesto que la objeción de conciencia no fue integrada a la sección primera (*cf. op. cit.*, nota 42, p. 220).

la supresión del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en Comisión la enmienda fue retirada.

Finalmente, la enmienda 686, de la Agrupación Independiente, proponía el siguiente texto:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 13 y la sección 1a. del capítulo 2o. del título I ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia sumariedad y gratuidad. Cuando resulte ineficaz la declamación (sic) ante ellos, podrá interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Lo dispuesto en los párrafos anteriores será igualmente aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 28.

La justificación de la enmienda decía:

Con relación al apartado 2 del artículo 48 se introducen correcciones de matiz.

En primer lugar, estimamos que existe una contradicción entre lo que establece este apartado 2 del artículo 48, donde se ofrece la opción de recurrir bien ante un Tribunal ordinario o bien ante el Tribunal Constitucional, y lo que establece el apartado 1. b) del artículo 155, según el cual el amparo sólo procede *cuando hubiese sido ineficaz la reclamación ante otros tribunales*. Es sin duda más razonable la propuesta del artículo 155, y así es la que nosotros recogemos en nuestra enmienda. Recurrir directamente ante el Tribunal Constitucional sin agotar previamente la vía de la jurisdicción ordinaria llevaría consigo que el Tribunal Constitucional se encontrase con millares de recursos que no podría resolver, con el consiguiente desprestigio de la institución.

En segundo lugar, conviene indicar que es principio general que toda actuación judicial referente a medidas de garantía promovida por un particular debe ser gratuita. Por ello, a las notas de *preferencia y sumariedad* recogidas en el apartado 2 para el procedimiento especial de tutela, añadimos la de gratuidad.

Sin embargo, en la Comisión de Constitución todas las enmiendas presentadas que no fueron retiradas se rechazaron. Del debate en el Senado destaca la intervención del señor Martín-Retortillo en defensa de su enmienda, aunque, como hemos dicho, ésta, al igual que la enmienda presentada por don Luis Angulo Montes, fue rechazada. De este modo, el precepto en el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado quedó como estaba, con la única variación de que pasó a ser el artículo 52.2.



Así pues, en el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado el texto del artículo 52.2 era el siguiente:

Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Posteriormente, en el Pleno del Senado, además de un nuevo rechazo de las enmiendas que habían sido mantenidas, deseamos destacar un hecho: fue aceptada una nueva enmienda del señor Angulo Montes al artículo 48.2 que *in voce* sustituía la que presentó a la Comisión. Esta enmienda subrayaba la necesidad de concordancia de este artículo con el precepto que regulaba las competencias del Tribunal Constitucional (en ese momento, el artículo 160), proponiéndose que se dejara a la futura ley orgánica del Tribunal la regulación de los supuestos en que procedería el amparo ordinario y el amparo ante el Tribunal Constitucional.

La enmienda fue aceptada por 137 votos a favor y 9 abstenciones. Al texto del 52.2 se le añadió así la locución “en su caso” y obtuvo la que sería su redacción definitiva, ya que posteriormente la Comisión Mixta Congreso-Senado no modificó el texto del artículo 52.2, que pasó a ser el artículo 53.2 de la Constitución.

### *C. La ausencia de debate acerca de los términos “preferencia” y “sumariedad”*

Finalmente, y de modo singular —por su relevancia para lo que después ha de estudiarse—, queremos insistir en que no existe en las actas de las Cortes Constituyentes ninguna constancia de que se haya debatido el significado y alcance de los términos “preferencia” y “sumariedad” en el actual artículo 53.2 CE.<sup>55</sup>

Es evidente que en el pensamiento de los integrantes de las Cortes Constituyentes no se consideró necesario determinar con precisión cuál

<sup>55</sup> Por esta razón no podemos estar menos que de acuerdo con Díez-Picazo Giménez, quien señala que los datos derivados de la elaboración parlamentaria no arrojan mucha luz sobre la interpretación del artículo 53.2. *Cfr. op. cit.*, nota 42, p. 76.

sería el procedimiento ante los tribunales ordinarios para la tutela de los derechos fundamentales, pasando por alto los detalles de su implantación, razón por la cual en las sesiones solamente se planteó el problema de su articulación con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En contraste, en la doctrina procesal española sí que existieron voces críticas, que cuestionaron los términos en que estaba redactado lo que sería el instrumento para la protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria.<sup>56</sup>

A modo de recapitulación de lo visto sobre el proceso de elaboración de este precepto constitucional, podemos señalar que, aunque la idea de incluir en la Constitución garantías jurisdiccionales específicas de los derechos fundamentales no se puede atribuir a los miembros de la Ponencia Constitucional, sí que, en cambio, hay que reconocer el mérito de haberla acogido en la redacción originaria del anteproyecto.<sup>57</sup>

Asimismo, y a nuestro juicio, también es merecedora de elogio la decisión de pugnar por el establecimiento de un sistema de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, y no sólo ante el Tribunal Constitucional. Sin embargo, y sin perder de vista la trascendencia de la magnífica labor global efectuada por la Ponencia Constitucional, nos identificamos con la posición doctrinal que señala que, en lo referido a este específico apartado 2 del artículo 53, la redacción podría haberse llevado a cabo con más precisión jurídica.<sup>58</sup>

## 2. *El significado y alcance de la previsión de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 53.2 CE*

Como hemos mencionado, de cuanto dispone el artículo 53.2 CE nos interesa, a los efectos de este trabajo, detenernos en la previsión de un

<sup>56</sup> En este sentido, véase la revisión crítica que hace del texto de este precepto del anteproyecto de Constitución Oliva Santos, A. de la, “La demolición de la administración de justicia en la futura Constitución de 1978”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, España, núms. 2 y 3, 1978, pp. 399-425.

<sup>57</sup> Es innegable la trascendencia de esta decisión, más aún después de observar que la esencia del precepto constitucional no sufrió ninguna modificación (en este sentido, Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42, p. 77).

<sup>58</sup> En este sentido, Fairén Guillén afirma lo siguiente: “Habría que preguntar a los legisladores —con todo respeto— ¿por qué habéis utilizado *ab initio* la expresión «sumariedad», que tiene dos acepciones muy diferentes y que la hacen equívoca y ocasionada a confusiones?”, *op. cit.*, nota 42, p. 246.

procedimiento para la tutela de los derechos fundamentales, inspirado en los principios de preferencia y sumariedad, que habrá de desarrollarse ante los tribunales ordinarios. En efecto, ésta —y no tanto el recurso de amparo— es la pieza clave para lograr una verdadera protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, debe considerarse que en los orígenes de la jurisdicción constitucional la tutela de los derechos fundamentales no se encuentra en las funciones que le son encomendadas,<sup>59</sup> la incorporación de esta función se ha anexado posteriormente y no es consustancial a la naturaleza del juez constitucional. En el sistema constitucional español, siguiendo a otros ordenamientos de este entorno, se ha incorporado la protección de los derechos fundamentales por el juez constitucional, pero se la ha configurado como subsidiaria, estableciendo como requisito el agotamiento previo<sup>60</sup> de las instancias, lo que se justifica señalando que en realidad se debe permitir a la jurisdicción ordinaria tener la oportunidad de subsanar las vulneraciones a derechos fundamentales realizadas dentro del seno de procesos residenciados ante ella.

Aunado a lo anterior, el que una tutela eficaz de los derechos fundamentales debe estar basada en los tribunales ordinarios puede deducirse de las dificultades que los tribunales constitucionales tienen para hacer frente al alud de recursos. Basta una sucinta revisión de la situación del juez constitucional en los distintos ordenamientos constitucionales<sup>61</sup> para confirmar que la posibilidad de éxito ante estos órganos jurisdiccionales es mínima. La cantidad de recursos planteados es tan alta que puede decirse que la admisión se puede considerar la cuestión procesal de mayor importancia.<sup>62</sup> La situación es en algunos aspectos tan crítica que, aun en

<sup>59</sup> Kelsen, H., *La protección jurisdiccional de la Constitución*, México, 2000, pp. 34 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. Senés Mottilla, C., *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Madrid, 1994; y Bachmaier Winter, L., “Nulidad de actuaciones y agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo”, *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, año XVII, núm. 3968, martes 6 de febrero de 1996, pp. 1-7.

<sup>61</sup> Al respecto véase los trabajos de Häberle, P., y de Fernández Segado, F., relativos a los sistemas jurídicos de Alemania y España, respectivamente, en el libro colectivo de Fernández Segado, F. y García Belaúnde, D. (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1999.

<sup>62</sup> Al día de hoy, el debate se centra en la posibilidad de introducir procedimientos de admisión más cercanos al *Certiorari* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, y por tanto ajenos a la tradición jurídica romano germano canónica, donde la discrecionalidad en las decisiones jurisdiccionales se encuentra acotada.

los casos que tienen éxito, las sentencias que estiman los recursos se obtienen después de un periodo de tiempo bastante dilatado. Se puede considerar que la misma finalidad del recurso de amparo se encuentra en el centro del debate.<sup>63</sup>

De forma que, en nuestra opinión, establecer medios que permitan la tutela de los derechos fundamentales ante el juez ordinario es la pieza clave para obtener una verdadera protección de estos derechos. En primer lugar, se trata que la Constitución es una norma que informa a todo el ordenamiento, y, por tanto, su aplicación corresponde en primera instancia a los jueces y tribunales que deberán interpretar la legalidad ordinaria de la manera que ofrezca la más amplia extensión de los derechos fundamentales. Además, al tratarse de un conjunto de órganos más amplio y numeroso por fuerza pueden resolver las mayores demandas de los justiciables.

La situación es más clara en el caso de los derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución, ya que los derechos fundamentales de naturaleza procesal al ser de configuración legal, es decir, al necesitar de la actividad del legislador para la determinación de sus contenidos, la distinción entre la legalidad ordinaria y norma constitucional se difumina, pues, la norma legal se convierte en el contenido del derecho fundamental. De esta manera, nos encontramos frente a lo que se ha llamado una zona secante<sup>64</sup> entre las competencias de la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. De este modo, en lo que respecta a las garantías procesales, al no existir una clara distinción entre legalidad y constitucionalidad, esta materia representa una fuente de posibles roces entre ambas jurisdicciones.

Regresando a lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, desde una primera lectura se hace evidente que este precepto tiene una redacción que, como ya se ha dicho antes, resulta imprecisa y de formu-

<sup>63</sup> Para la crítica de las posturas que sostienen que la objetivización del amparo debe ser la finalidad principal del amparo, *cfr.* Vegas Torres, J., “Reflexiones sobre el recurso de amparo al hilo de una polémica suscitada por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núms. 8 y 9, segundo semestre de 2001 y primer semestre de 2002, pp. 119 y 120.

<sup>64</sup> Para De la Oliva existen zonas de la actividad del Tribunal Constitucional que confluyen con la realizada por la jurisdicción ordinaria, las llamadas “zonas tangentes y secantes”. Al respecto, *cfr.* “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *Tribunal Constitucional...cit.*, nota 42, p. 8.

lación atécnica, lo que obliga a efectuar una cierta labor de interpretación para otorgarle su verdadero significado.

Así pues, debemos entrar a examinar el sentido de las cualidades de “preferencia” y “sumariedad” que se configuran como las principales del procedimiento de tutela. De la misma manera, debe precisarse cuáles son los sujetos legitimados para instar este tipo de procedimiento, ya que la mención constitucional de “ciudadano” puede implicar una reducción excesiva, de forma correlativa, debe precisarse cuál es el sentido en que se habla de tribunales ordinarios a efecto de establecer cuáles deben ser los órganos competentes para conocer de esta protección.

#### A. *Preferencia y sumariedad*

En lo relativo al primero de estos términos, de los trabajos parlamentarios pocos datos se pueden obtener para precisar cuál es el *principio de preferencia* sobre el que se basaría el procedimiento de tutela de libertades y derechos fundamentales, ya que, como hemos mencionado, al respecto no hubo discusión alguna. Sin embargo, en la doctrina referida al anteproyecto de Constitución sí encontramos planteadas dudas sobre el contenido del precepto,<sup>65</sup> y también se menciona<sup>66</sup> que la noción de preferencia se encontraba contenida ya en la normativa de protección de derechos fundamentales anterior a la entrada en vigor de la Constitución, concretamente en el artículo 5o. de la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales. Por tanto, se podría conjeturar que para el legislador era necesaria esta característica en la configuración de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> De la Oliva señalaba lo siguiente: “¿Qué es el principio de preferencia? No se sabe, ya que no es recogido por lo tratadistas al abordar el clásico tema de los principios procesales. Se puede pensar, eso sí, que los ponentes han querido establecer que los procesos ante los tribunales ordinarios para la tutela de los derechos del artículo 13 (actual 14 CE ya que el autor se refería al texto del anteproyecto) y de la sección primera del capítulo segundo se tramitarán con preferencia a cualesquiera otros procesos” (*op. cit.*, nota 56, p. 412).

<sup>66</sup> García Morillo, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1985, p. 45.

<sup>67</sup> No debe olvidarse que esta Ley 62/1978 fue aprobada en las mismas Cortes Constituyentes el 26 de diciembre de 1978, un día antes de que la Constitución se aprobara, por lo que se puede considerar que la preferencia que establece en la citada Ley de Pro-

Aunque la calificación de *principio* para la preferencia efectivamente no se puede considerar acertada, es pacífico en la doctrina española entender que la preferencia constituye un mandato dirigido a los tribunales para que conozcan en primer lugar de los litigios donde se alegue la vulneración de derechos y libertades, alterando el orden normal de tramitación, al postergar los demás asuntos.<sup>68</sup> Sin embargo, como acertadamente se señala,<sup>69</sup> el otorgamiento de preferencia por sí mismo no es un medio que asegure una eficaz protección judicial de los derechos fundamentales, sino que en todo caso dependerá de que el órgano judicial ante quien se pide la tutela no esté colapsado por el volumen de los asuntos de que conozca.

En lo que concierne a la *sumariedad*, debemos hacer una precisión inicial, que no por evidente es menos importante: el término es polisémico, pues tiene por lo menos dos sentidos, y su inclusión en la Constitución no asegura que no se esté utilizando en un sentido ordinario o coloquial.

En un sentido técnico-jurídico, el término de proceso sumario se plantea en oposición al de proceso plenario:<sup>70</sup> se entiende por proceso sumario aquel en el que existe una limitación en la cognición o conocimiento por el tribunal, una eventual limitación de los medios de alegación y prueba, y cuya sentencia carece, en todo caso, de la fuerza de cosa juzgada material.<sup>71</sup> En consecuencia, la sumariedad comporta cierto grado de rapidez, aunque la tutela que se persigue es interina o provisional, ya que

tección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales es la misma que encontramos en el artículo 53.2.

<sup>68</sup> Para Córdoba Castroverde, la preferencia “no define un tipo de procedimiento determinado, sino que constituye un mandato dirigido a los tribunales para que posterguen el conocimiento de los restantes litigios respecto de estos previsión, cuya efectividad dependerá del número de asuntos que conozca el tribunal”; “El amparo judicial en lo contencioso administrativo”, en Gabaldón López, J. (dir.), *Amparo judicial: jurisprudencia constitucional práctica, laboral, penal, civil y contencioso administrativa*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1994, p. 270.

<sup>69</sup> “La efectividad de este privilegio procesal (la preferencia) viene atenuada por la propia situación material de la Administración de Justicia y la capacidad organizativa de ésta para hacer frente a una creciente acumulación de causas planteadas por los recurrentes para obtener reparación de sus derechos y libertades presumiblemente violados”, Carrillo, M., *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, CEPC-BOE, 1995, p. 50.

<sup>70</sup> Fairén Guillén, V., *op. cit.*, nota 42, p. 233; para De la Oliva, el plenario es un proceso con plenitud de conocimiento, de posible disceptación y de actividades probatorias: *cf. op. cit.*, nota 56, p. 413.

<sup>71</sup> *Cfr.* Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 605 y 606.

se reserva el planteamiento de las pretensiones de las partes con toda su extensión para un proceso ulterior —y eventual—.

En un sentido ordinario o coloquial, se habla de sumariedad como equivalente a rapidez, celeridad o brevedad. Para la doctrina española, éste es el sentido en que se utilizó el término por los miembros de las Cortes Constituyentes,<sup>72</sup> que es censurado por Fairén Guillén como un error del Legislativo.<sup>73</sup> Que para las Cortes Constituyentes la expresión “sumariedad” se utilizó como sinónimo de rapidez lo parece confirmar el dato de que en la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales se regularon —como veremos seguidamente— una serie de procedimientos que eran más rápidos, pero que no eran sumarios *stricto sensu*. Sin embargo, debe subrayarse que el legislador no se encuentra vinculado al uso en sentido amplio o vulgar que del término *sumariedad* hace el artículo 53.2 CE, sino que en el caso de un hipotético desarrollo legal de este precepto puede optar por establecer procedimientos sumarios propiamente hablando.<sup>74</sup>

De todo lo anterior, lo único que parece estar claro es que el Constituyente pretendía que el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales fuera rápido (sumariedad) y que no fuera obstaculizado en su tramitación por los demás asuntos de que conoce la jurisdicción ordinaria (preferencia). Estamos, por ello, de acuerdo con Díez-Picazo Giménez cuando afirma que más allá de una interpretación literal del precepto, debe hacerse una interpretación lógica y teleológica.<sup>75</sup> Así lo ha

<sup>72</sup> Para Díez-Picazo Giménez “parece bastante claro y no es necesario insistir en que el término sumariedad no se utiliza en el artículo 53.2 —o no hubo intención de utilizarlo— en el sentido técnico de ausencia de cosa juzgada material y limitación de la cognición del juez. Parece más bien que el término sumariedad se utiliza en el artículo 53.2 en el sentido vulgar de rapidez o celeridad” (*op. cit.*, nota 42, p. 119); de la misma opinión es Fairén Guillén, que señala cómo “en el repaso hecho de los textos preconstitucionales de enmiendas, votos particulares, etcétera, hemos llegado a la consecuencia de que ni Diputados ni Senadores se daban perfecta cuenta del significado de la expresión «sumariedad». Y si en algún caso atendían a los textos, lo hacían dándole el valor de «celeridad» o «brevedad», pero no el de conocimiento o cognición parcial de un asunto” (*op. cit.*, nota 42, p. 240).

<sup>73</sup> “Diremos claramente que la expresión del artículo 53.2 de la Constitución «por un procedimiento basado en los principio de preferencia y sumariedad» nos parece un error muy grave, derivado de una mala comprensión del término «sumariedad» (mala comprensión desgraciadamente antigua y muy extendida)”: Fairén Guillén, V., *op. cit.*, nota 42, p. 233.

<sup>74</sup> En este sentido, García Morillo, J., *op. cit.*, nota 66, p. 40.

<sup>75</sup> Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42, p. 94.

hecho el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia 81/1992, de 28 de mayo, señala que

...a los fines del artículo 53.2 CE, la preferencia implica prioridad absoluta por parte de las normas que regulan la competencia funcional o de 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 de “rapidez”; en definitiva, por proceso sumario tan sólo cabe entender la exigencia constitucional de que los procesos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales sean sustancialmente rápidos y acelerados.

### B. *Sujetos legitimados*

El texto constitucional utiliza el término “ciudadanos” para referirse a los sujetos que se encuentran legitimados para ejercer lo que se puede considerar una acción de amparo ordinario o judicial.<sup>76</sup> Es significativo el hecho de que ésta es la única mención de este término para referirse a los sujetos legitimados, por lo que es necesario determinar el alcance de este término.

En primer lugar, es necesario precisar si debemos entender por “ciudadanos” como una referencia a todos los españoles mayores de edad y con derecho de sufragio, esto es, en el sentido jurídico técnico del término. Si esto fuera así, es evidente que resultaría un ámbito bastante limitado de protección de esta garantía constitucional.<sup>77</sup> Que ésta no es la interpretación correcta del término se desprende de la comprobación de la amplitud de la titularidad de los derechos fundamentales que son el objeto de protección, y en especial de la referencia a “todas las personas” contenida en el artículo 24.1 CE. En consecuencia, a nuestro juicio, se puede afirmar que será sujeto legitimado en estos procedimientos cual-

<sup>76</sup> En este sentido se pronuncia García Morillo, aunque en su opinión esta expresión es “accidental” en el texto y la “evidente pretensión no es otra que la de crear las acciones de amparo” (*op. cit.*, nota 66, p. 27).

<sup>77</sup> Para Díez-Picazo este entendimiento generaría la paradoja de que el artículo 53.2 no permitiría la tutela preferente y sumaria de los derechos fundamentales a todos los titulares de los mismos, sino sólo a algunos de ellos. Sin embargo, en opinión del autor, este entendimiento del término no impediría que el legislador ampliara la tutela a los no ciudadanos” (*op. cit.*, nota 42, p. 113). Sobre los elementos de la acción de amparo, véase Ferrer McGregor, E., *La acción de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 1999.



quier persona que pueda ser titular de los derechos fundamentales contenidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución.

Subsistirá, sin embargo, la duda de si dentro de estos sujetos legitimados se incluye a los extranjeros. En nuestra opinión, sí debe considerársele incluidos, en virtud del principio de universalidad de los derechos humanos. Así pues, consideramos que el ordenamiento jurídico español reconoce a los derechos fundamentales (salvo a los de tipo político) como derechos inherentes al ser humano y que, por tanto, se reconocen a todas las personas, sin importar su nacionalidad. Éste es el sentido en que se han pronunciado las cartas internacionales de protección de los derechos humanos, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, y, especialmente en el ámbito europeo, el Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, firmado en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Esta misma intención de universalidad de los derechos humanos se puede reconocer en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>78</sup> que, aunque por ahora no ha alcanzado el mismo rango que las anteriores, inició su andadura en busca de ser jurídicamente vinculante con su proclamación solemne en Niza, el 8 de diciembre de 2000.

### *C. Determinación de los órganos jurisdiccionales competentes*

En relación con este aspecto, a nuestro juicio, deben ponerse de manifiesto los tres siguientes extremos:

- En primer término, queremos destacar que cuando el texto constitucional habla de “tribunales”, utiliza esta expresión refiriéndose tanto a los órganos jurisdiccionales integrados por varios magistrados como a los que son integrados por un sólo juez, esto es, tanto a los colegiados como a los unipersonales.<sup>79</sup>

<sup>78</sup> En este sentido, se puede citar que el artículo 44 de esta Carta europea concede el derecho de petición a todo ciudadano de la Unión Europea o a *toda persona física o jurídica* que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro (las cursivas son nuestras).

<sup>79</sup> Para De la Oliva Santos “tribunal” no es sinónimo de “órgano jurisdiccional colegiado”, sino que la palabra viene de “tribuno”, que es uno o de “tribuna”, que puede ser ocupada por uno o por varios (*cf.* Oliva Santos, A. de la *et al.*, *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 25).

- En segundo lugar, se trata de una competencia que se atribuye a la jurisdicción “ordinaria”, con lo que este procedimiento se distingue claramente del amparo “constitucional”, que se reside ante la jurisdicción constitucional —también se diferencia con ello de su antecedente en la Constitución de 1931, pues en ella se establecía un procedimiento ante una jurisdicción que debería haber sido distinta de la ordinaria, como también deberían haber sido los notos Tribunales de Urgencia—. <sup>80</sup>
- Finalmente, debe entenderse que el artículo 53.2 CE, al referirse a tribunales “ordinarios”, lo hace en contraposición a la jurisdicción especializada que representa el Tribunal Constitucional. Por ello, y al menos a estos efectos, dentro de la mención de los tribunales ordinarios debe incluirse a la jurisdicción militar. Ésta es la interpretación que ha realizado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de 6 de junio de 1995, número 113/1995, que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad <sup>81</sup> planteadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en relación con los artículos 453.3 y 518 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, por supuesta vulneración del artículo 53.2 de la CE.

En esta sentencia, y frente a la opinión del tribunal proponente de las cuestiones en el sentido que los tribunales militares no pueden considerarse incluidos en la mención que el artículo 53.2 de la Constitución hace de los tribunales ordinarios, el Tribunal Constitucional afirmó en el f. j. 5o. lo siguiente:

No cabe sostener por tanto, como se hace en los Autos de planteamiento, que los Tribunales militares no puedan considerarse incluidos en la mención que a los Tribunales ordinarios hace el artículo 53.2 CE, puesto que si las vulneraciones de las libertades y de los derechos fundamentales previstas en el mismo se pueden producir en un ámbito que la propia Constitución ha reservado a los Tribunales militares, en este aspecto y dentro de este ámbito sí pueden considerarse incluidos dichos Tribunales en la mención que a los ordinarios hace el artículo 53.2 CE. <sup>82</sup>

<sup>80</sup> En este sentido, véase García Morillo, J., *op. cit.*, nota 66, p. 31.

<sup>81</sup> Cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1650/1989, 2049/1989, 2127/1989 y 2224/1989, acumuladas.

<sup>82</sup> También es de especial interés lo que señaló en el f. j. 6o.: “Dada la trascendencia de las libertades y los derechos fundamentales consagrados por la Constitución (ar-

En consecuencia, de la doctrina sentada en la resolución citada se desprende que, a efectos del artículo 53.2 CE, tribunal ordinario puede serlo cualquiera, salvo el mismo Tribunal Constitucional. De lo que puede decirse que la Constitución atribuye la tutela judicial de los derechos fundamentales en primera instancia a todos los jueces y magistrados de estos tribunales, en el ámbito de sus respectivas competencias.

#### *D. Derechos fundamentales protegidos*

Si existe un punto que puede quedar claro después de analizar el *iter* de elaboración de este precepto es el relativo a su ámbito de aplicación, esto es, al círculo de los derechos fundamentales cuya protección se puede solicitar de los tribunales ordinarios a través de un procedimiento preferente y sumario. Tal y como se expresa literalmente en el texto constitucional, el procedimiento preferente y sumario se dirige específicamente a la protección de los derechos y libertades contenidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución. En este aspecto, el mandato al legislador es claro, por lo que cualquier desarrollo legal debe abarcar la protección de todos estos derechos.<sup>83</sup> De lo anterior, es evidente que el ámbito de la protección de este procedimiento preferente y sumario es equivalente al del recurso de amparo constitucional, con la sola excepción de la objeción de conciencia, que se incorpora exclusivamente al régimen del amparo.

títulos 14-30), se prevé en ella —artículo 53.2— para su protección un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general uno que se atribuye a los tribunales ordinarios, y extraordinario y subsidiario otro que corresponde al Tribunal Constitucional. El precepto se refiere pues a dos jurisdicciones diferentes: la del Poder Judicial, que de forma exclusiva y excluyente tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos (título VI CE) y es, por tanto, la común u ordinaria; y la del Tribunal Constitucional (título IX CE), cuyo ámbito de actuación o de jurisdicción se limita a las garantías constitucionales, a través de los procesos que se expresan en el artículo 161 CE y entre ellos el recurso de amparo utilizable «en su caso» para la protección de aquellos derechos, cuando entienda el justiciable que no han sido reparados por la jurisdicción ordinaria”.

<sup>83</sup> Esto resulta interesante en comparación con el debate sobre el alcance del amparo constitucional, donde algunas opiniones postulaban la reducción del ámbito del amparo con fundamento en las posibilidades de la cláusula “en su caso” del artículo 161 CE, reducción que para el artículo 53.2 no es posible (en este sentido, también García Morillo, J., *op. cit.*, nota 66, pp. 51-55).

Por otro lado, se señala<sup>84</sup> que es tónica la afirmación de que no todo el contenido de los preceptos mencionados en el artículo 53.2 CE constituye propiamente un derecho subjetivo, dado que también pueden encontrarse normas que no configuran propiamente derechos, sino garantías institucionales o mandatos al legislador. A pesar de que la afirmación puede ser reiterativa, es éste un aspecto que merece tenerse en cuenta, por sus consecuencias: el procedimiento preferente y sumario es aplicable a todo aquello que sean derechos y libertades contenidos en los artículos 14-29 CE; los demás contenidos de estos preceptos podrán determinar los límites de constitucionalidad de las normas o guiarán su interpretación, pero su vulneración no puede ser combatida por medio del procedimiento establecido en el artículo 53.2.

En consecuencia, no todos los derechos y libertades previstos en el título primero de la Constitución pueden beneficiarse de la garantía jurisdiccional reforzada que establece el artículo 53.2. Es precisamente esta delimitación restrictiva la que ha llevado a algún sector de la doctrina a considerar que la categoría de los derechos fundamentales sólo está compuesta por los derechos que integran la sección primera del título segundo del texto constitucional.

### *3. Los elementos paradójicos que comporta un procedimiento preferente y sumario de tutela de los derechos contenidos en el 24 CE*

Como se ha señalado, los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución tienen un ámbito de ejercicio específico, que los distingue del resto de los derechos fundamentales: se trata de derechos subjetivos públicos procesales, es decir, configuran, a favor del justiciable, un haz de facultades frente a los órganos jurisdiccionales, por lo que su ejercicio siempre será dentro del ámbito del proceso y, por tanto, será únicamente dentro de este ámbito donde pueden ser vulnerados, lo que conlleva que en la mayor parte de casos las vulneraciones a estos derechos serán resultados de actos y decisiones del Poder Judicial.

Este específico ámbito de ejercicio produce como resultado que la protección judicial a que hace referencia el artículo 53.2 no sea posible en los mismos términos que respecto del resto de derechos fundamentales. En efecto, en términos generales, el mandato al legislador contenido en el mencionado 53.2 consiste en establecer para la tutela de las vulneracio-

<sup>84</sup> Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42, p. 110.

nes a un derecho fundamental un proceso específico de protección, lo cual aplicado al ámbito del artículo 24 nos llevaría a plantear que frente a las vulneraciones al derecho a la tutela judicial efectiva que se produzcan durante un proceso se podría dar lugar a un nuevo proceso, autónomo y distinto del proceso en que originalmente se produjo la vulneración a estos derechos.

Pero abrir un proceso para tutelar otro sería un absurdo, y más todavía si consideramos que en el nuevo proceso —en el que, evidentemente, estarían vigentes las garantías procesales— se podría producir otra violación, nueva y distinta, del derecho a la tutela judicial, lo que en aplicación estricta del sistema de tutela con procedimientos específicos, llevaría a la necesidad de abrir un tercer proceso. De esta forma, nos encontramos que aplicar indistintamente el artículo 53.2 a las garantías procesales del artículo 24 conduce a la posibilidad de una espiral de procesos, que al menos teóricamente podría no tener final; este aspecto del contenido del artículo 24 es lo que se ha dado en llamar el *proceso de tutela judicial del derecho a la tutela judicial*.<sup>85</sup>

Esta singularidad trae causa de la especial naturaleza del derecho a la tutela judicial efectiva. De hecho, se encuentra estrechamente relacionada con otra situación que ya había sido destacada por la doctrina: el derecho a la tutela judicial efectiva configura una garantía procesal a favor de los demás derechos fundamentales, en este sentido, observamos que existe un derecho a la tutela jurisdiccional frente a toda vulneración a todo derecho fundamental, incluso aquellas vulneraciones causadas por los propios tribunales. Ahora bien, si recordamos que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene, a su vez, la categoría de derecho fundamental, también se puede entender referido así mismo, por lo que llegamos a una aparente paradoja: existe *el derecho a la tutela judicial del derecho a la tutela judicial*.

Es por ello que se postula que la protección jurisdiccional —que pretenda responder al mandato del artículo 53.2— de las vulneraciones a la tutela judicial efectiva en el seno de un proceso, no pueden seguir el camino planteado para los demás derechos —esto es, creación de procedimientos especiales—, sino que deben encauzarse a través de la legislación procesal y, en especial, a través de sus sistemas de medios de impugnación.<sup>86</sup> Sobre este aspecto volveremos más adelante.

<sup>85</sup> Oliva Santos, A. de la, “El Tribunal Constitucional como última instancia jurisdiccional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2 y 3, 1982.

<sup>86</sup> Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 42, p. 155.

III. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE NATURALEZA PROCESAL EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO ESPAÑOL: DE LA LEY 62/1978, DE 26 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA,<sup>87</sup> A LA SITUACIÓN VIGENTE

Una vez analizadas las características del mandato al legislador contenido en el artículo 53.2 CE, haremos un repaso de las diversas formas en que el legislador ordinario ha intentado dar cumplimiento a este deber. Para ello debe tratarse de la Ley 62/1987, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona. Al hilo del estudio de cada una de sus “garantías” pasaremos a exponer la situación vigente en cada una de las materias a las que dichas garantías hacen referencia.

Como se ha destacado,<sup>88</sup> el origen de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (en adelante, LPJDFP) se encuentra en los Pactos de la Moncloa de 27 de octubre de 1977. Entre los acuerdos que los conformaban se incluyó el establecimiento de un proceso sumario para la tutela de la libertad de expresión, del derecho de reunión y del derecho de asociación política, así como frente a las sanciones de orden público. Finalmente, la versión inicial de la LPJDFP acabó refiriéndose a la tutela de las libertades de expresión, reunión y asociación; a la libertad y secreto de la correspondencia; a la libertad religiosa; a la libertad de residencia; a la garantía de la inviolabilidad del domicilio; así como a la protección jurídica frente a las detenciones

<sup>87</sup> Deseamos abordar brevemente otro tópico que se asocia a esta Ley: su preconstitucionalidad. En este aspecto, y siguiendo a Prieto Sanchis (*Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, p. 226), debe recordarse que a pesar de que la Constitución fue aprobada un día después de que lo fuera esta Ley, la carta fundamental española fue publicada en el *BOE* el 29 de diciembre y, según su disposición final, entró en vigor ese mismo día, mientras que la LPJDFP fue publicada el 3 de enero de 1979 y entró en vigor veinte días después de su publicación. Así pues, y como destaca Díez-Picazo, atendiendo a la fecha de aprobación esta Ley es preconstitucional; sin embargo, atendiendo a la fecha de entrada en vigor, la Ley 62/1978 es posconstitucional. Díez-Picazo afirma que, en este sentido, la Ley es única y que la cuestión hubiera sido importante para determinar si un tribunal ordinario podría haberla inaplicado directamente o debido plantear la cuestión de inconstitucionalidad. En su opinión, esta Ley es preconstitucional (*op. cit.*, nota 9, p. 96).

<sup>88</sup> Salas Hernández, J. y Tornos Mas, J., “Comentarios a la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, CEC, núm. 93, 1980, pp. 29 y ss.

ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público.

En consecuencia, se puede apreciar una clara diferencia entre el ámbito de derechos amparados por esta Ley y los que se incluyen en el artículo 53.2 CE. Ello se debe, en primer lugar, al hecho de que, si bien el legislador conocía los términos en que la Constitución regularía la cuestión, durante el proceso de creación de la LPJDFP no se le podría reclamar su adecuación a un texto que podría haber tenido muchas variaciones y por tanto del que no era exigible su respeto. En segundo lugar, esta diferencia entre la Constitución y la LPJDFP en el ámbito de tutela de derechos fundamentales se debe a que la finalidad de esta Ley era establecer a la mayor brevedad posible un régimen de protección a los derechos y libertades de índole política,<sup>89</sup> cuya puesta en marcha se consideraba urgente y que, como señalaba su disposición final, en todo caso pretendía ser provisional.<sup>90</sup>

Sin embargo, el legislador, consciente de la disparidad entre la Ley y la CE, estableció en la disposición final de esta Ley que el gobierno, en los dos meses siguientes a la entrada en vigor de la Constitución, podría incorporar mediante decreto-legislativo los derechos constitucionales que considerara convenientes al ámbito de protección de esta Ley. Por ello, y en virtud del Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, se incorporaron al ámbito de tutela de esta Ley los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas; la libre circulación en territorio nacional; la libre entrada y salida de España en los términos legales; la libertad de cátedra, y la libertad sindical.<sup>91</sup>

<sup>89</sup> Cfr. García Morillo, J., *op. cit.*, nota 66, p. 33. Para Salas Hernández y Tornos Mas, esta LPJDFP significó una importante innovación en el ordenamiento jurídico, por el hecho de reconocer como verdaderos derechos públicos subjetivos objeto de una tutela cualificada este elenco de derechos (*op. cit.*, nota anterior, p. 33).

<sup>90</sup> La disposición final de esta Ley señalaba que:

“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...”.

<sup>91</sup> Además, debe recordarse que con fundamento en la Disposición transitoria 2a.2 de la LOTC se extendió la protección a todos los derechos y libertades mencionados en el artículo 53.2. Sin embargo, esta extensión solamente se realizó respecto del ámbito de protección de la garantía contencioso administrativa.

## 1. *El ámbito contencioso administrativo*

### A. *Contenido de la garantía contencioso administrativa*

De las tres garantías contenidas en la LPJDFP, es la contencioso administrativa, sin lugar a dudas, la que más importancia práctica ha tenido. En cuanto a su contenido, y en virtud de la disposición transitoria 2a.2 LOTC, esta garantía es aplicable a todos los derechos y libertades mencionados en el artículo 53.2 CE, en la medida en que los haya lesionado un acto procedente de una administración pública. Además, de acuerdo con la Ley Orgánica 8/1984, también es aplicable respecto de las resoluciones del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia que denieguen la solicitud de objeción de conciencia o tengan un efecto equivalente. De la misma forma, la Ley 5/1984, de 26 de marzo, incluyó dentro del ámbito objetivo de esta garantía las vulneraciones a derechos fundamentales ocasionadas por resoluciones revocatorias del asilo previamente concedido o en resoluciones de reconocimiento o denegación de la condición de refugiado.

A tal fin, la LPJDFP estableció un procedimiento contencioso administrativo revestido de una serie de especialidades, orientadas a reforzar la posición del recurrente-demandante que alegaba la vulneración de alguno de sus derechos fundamentales:

- Su interposición no exigía la utilización de la reposición ni de cualquier otro recurso administrativo previo.
- Además, se establecía como regla general que la sala que conociera del proceso acordaría la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justificara la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general. Con lo anterior se invertía la regla vigente en la LJCA de 1956, estableciendo un régimen excepcional para la suspensión que, como es evidente, resultaba muy atractivo para los justiciables.<sup>92</sup>
- Se establecía un acortamiento de los plazos, así como que la regla general sería que la tramitación de estos recursos tendría carácter urgente para todos los efectos, orgánicos y procesales.
- Se determinaba que se requiriera al órgano administrativo correspondiente para que, con carácter urgente, remitiera el expediente y alegara lo que estimase procedente como fundamento del acto im-

<sup>92</sup> Cfr. Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42.



pugnado. Completando lo anterior, se establecían las sanciones para el funcionario responsable de la falta de remisión del expediente administrativo y que esta omisión no suspendería el curso de los autos.

- Finalmente, y en cuanto a las costas, se introdujo el criterio objetivo del vencimiento: se impondrían en principio al recurrente o a la administración pública si fueren rechazadas o aceptadas, respectivamente, todas sus pretensiones; en otro caso se seguirán las reglas comunes (criterio subjetivo, de la temeridad).

### B. *Éxito y posterior desuso de la garantía contencioso administrativa*

La aplicación práctica de esta garantía ha tenido varias etapas. Tras unos años en que fue poco conocida, se pasó rápidamente a su uso masivo, debido fundamentalmente al deseo de los justiciables de acogerse a la regla de suspensión casi automática de la eficacia del acto administrativo. Las consecuencias no se hicieron esperar, y algunos tribunales comenzaron a aplicar un trámite de admisión no previsto por la LPJDFP, con la finalidad de inadmitir a trámite las demandas que a su juicio no plantearan vulneración de los derechos fundamentales.<sup>93</sup>

Sin embargo, el problema más grande lo planteó la distinción entre vulneración de derecho constitucional e infracción de la legalidad, distinción que era necesaria, dado que el ámbito objetivo de la garantía de la Ley 62/1978 se circunscribía a las vulneraciones constitucionales. La solución en la práctica pasó por la instauración de la denominada teoría de la doble vía: el justiciable que, frente a un mismo acto administrativo, quisiera hacer valer la vulneración de un derecho fundamental junto a infracciones de legalidad no podía acumular ambas pretensiones en el procedimiento especial, pero sí en el ordinario; ahora bien, no podía tampoco utilizar sucesivamente ambas vías, puesto que la interposición del contencioso especial no interrumpía el plazo para interponer el proceso ordinario; por ello, el justiciable quedaba constreñido a iniciar dos procesos distintos —el especial de la Ley 62/1978 y el contencioso administrativo ordinario— contra un mismo acto.

<sup>93</sup> García Morillo (*op. cit.*, nota 66) justificaba este trámite en la finalidad de evitar un uso fraudulento del recurso.

A lo anterior se fueron sumando progresivas dificultades a la vía especial, y en muchos casos la suspensión del acto administrativo impugnado no era ni más fácil ni más rápida que por medio del procedimiento ordinario. Por ello, el uso de la garantía contencioso administrativa experimentó una clara disminución.<sup>94</sup>

### *C. La etapa final de la garantía administrativa*

La entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998.

Como es sabido, la situación, hasta este punto descrita, cambió con la aprobación y entrada en vigor de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998.<sup>95</sup> Sin embargo, teniendo en mente las finalidades propias de este trabajo, destacaremos que con la entrada en vigor de esta nueva Ley, la garantía administrativa de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales fue derogada, con lo que se cierra lo que fue el apartado con más éxito y

<sup>94</sup> En este sentido, Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42, p. 102.

<sup>95</sup> Entre las modificaciones que presentan una especial incidencia sobre el régimen jurídico relativo a la protección de estos derechos fundamentales de naturaleza procesal mencionaremos en primer término que la reforma atribuyó competencias a otros tribunales distintos de la sala de lo contencioso administrativo de los tribunales superiores de justicia que había sido el órgano que había llevado la principal carga de trabajo en esta materia. Otra modificación importante es la relativa al criterio que han de aplicar los órganos jurisdiccionales para resolver sobre las medidas cautelares, es decir, se abandonó la línea de suspensión del acto administrativo salvo afectar al interés general. Con la reforma se atribuyó al tribunal competente la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto lo que le lleva a la adopción de una medida cautelar sólo cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición puedan hacer perder su finalidad legítima al recurso.

Finalmente, debe mencionarse que se abandonó la *teoría de la doble vía*, con lo que se acaba con la necesidad de simultaneidad de procedimientos. Con la finalidad de evitar el difícil deslinde entre los aspectos de constitucionalidad y de legalidad que concurrían en el acto recurrido. Esta modificación se hace merced al establecimiento en la LJCA de 1998 que la sentencia será estimativa cuando el tribunal aprecie que el acto administrativo impugnado incurre en cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluyendo la desviación de poder. Así pues, con esta fórmula más abierta se permite unificar ambos tipos de vulneraciones, aunque también es cierto que el procedimiento es menos especializado en la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto *cfr.* Carrillo, M., “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales; la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, mayo-agosto de 1999, pp. 156 y 157.

de mayor incidencia en la protección de los derechos fundamentales que tuvo esta Ley.

### *2. La omisión de una garantía laboral*

Una de las insuficiencias más clamorosas de la Ley 62/1978 es, sin duda, la relativa al ámbito laboral o social. En efecto, el texto de la Ley no arbitraba ninguna vía jurisdiccional especial para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, es decir, para reaccionar ante los tribunales del orden social por las lesiones de derechos fundamentales padecidas en el ámbito en que éstos ejercen su jurisdicción. Ante la laguna, en un principio se llegó a considerar que debería aplicarse supletoriamente la garantía civil, en virtud de la cláusula de cierre del sistema contenida en el artículo 11.1 de la misma LPJDFP. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en las Sentencias 67/1982, de 15 de noviembre, y 47/1985, de 27 de marzo, optó por considerar que era el proceso ordinario laboral la vía judicial procedente en este campo.

Con posterioridad, el legislador diseñó un proceso especial para la protección de derechos fundamentales en el ámbito laboral, pero no lo incorporó a la LPJDFP, sino que lo introdujo en la Ley de Procedimiento Laboral aprobada por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril. Este procedimiento, en la actualidad, se mantiene en los artículos 175-182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto 2/1995, de 7 de abril.

### *3. El ámbito penal*

La garantía jurisdiccional penal introducida por la LPJDFP no se materializó en la creación de un procedimiento penal especial, sino en un conjunto de especialidades procesales de diversa naturaleza, contenidas en los artículos 2o.-5o. de la Ley. Ahora bien, como regla general, los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona serán enjuiciados por los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria, según su propia competencia.

La principal especialidad de esta garantía venía determinada en el artículo 2o. y consistía en una remisión al llamado “procedimiento de urgencia” entonces vigente, aplicando ciertas especialidades. Este procedimiento de urgencia fue suprimido por la Ley Orgánica 7/1988, ante la

inconstitucionalidad de atribuir la función enjuiciadora al juez de Instrucción. El papel que desempeñaba fue, en buena medida, ocupado por el nuevo “procedimiento abreviado”, con lo que se planteó la duda acerca de cuál sería entonces el alcance de la remisión del artículo 2o. LPJDFP. La Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado sostuvo que para el enjuiciamiento de estos delitos y faltas debía seguirse el procedimiento adecuado, en función de las reglas generales,<sup>96</sup> lo que, en la práctica, dejó sin contenido la predeterminación del procedimiento adecuado y las especialidades inicialmente previstas, que sólo tenían sentido para un procedimiento, el de urgencia, que ya no existía.

Otra especialidad procedimental de esta garantía lo representaba el contenido del artículo 3.1 que, en relación con los delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares, establece que será de aplicación el procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) para estos casos. Así pues, nos encontramos con una remisión al artículo 816 LECrim; aunque se señalaba que serían de aplicación las especialidades reguladas en el último apartado del artículo 2o. LPJDFP, esta previsión perdió virtualidad tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1988.

Por otro lado, el artículo 3o. en su apartado segundo facultaba a los jueces para acordar, al iniciar los procedimientos y según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, con lo que se modernizaron los términos del citado artículo 816 LECrim.

El artículo 4o. LPJDFP se refería a los delitos de calumnia o injuria, estableciendo su carácter semipúblico,<sup>97</sup> a excepción de las injurias o calumnias entre particulares no realizadas por escrito y con publicidad. Este artículo, sin embargo, debe considerarse derogado por el artículo 215 del Código Penal de 1995, que estableció el nuevo régimen de ejercicio de la acción penal en relación con estos delitos.

<sup>96</sup> Cfr. Hinojosa Segovia, R. *et al.*, *Derecho procesal penal*, 4a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, pp. 439-441.

<sup>97</sup> En este sentido, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1982, de 12 de julio, que en su f. j. 4o. afirma “que equivale a convertir los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de la imprenta en cuasi públicos, y al denunciante interesado en una figura cercana al querellante”.

Finalmente, el artículo 5o. establecía el carácter urgente y preferente de la tramitación de las causas penales por delito contra los derechos y libertades fundamentales, así como que su duración desde la iniciación del procedimiento hasta la sentencia no podría exceder de 60 días, como regla, ni de 45 en los procesos a que hacía referencia el artículo 3o. Este artículo fue calificado como una manifestación de buenas intenciones del legislador.<sup>98</sup>

Estrechamente relacionado con las finalidades de la garantía penal de los derechos fundamentales se encuentra la disquisición doctrinal acerca del significado y alcance de la *acción penal*. En efecto, la acción penal no puede entenderse como un derecho subjetivo de la víctima al castigo del delincuente, puesto que en el ámbito procesal penal existen únicamente derechos de índole procesal para los acusadores, englobados bajo lo que se conoce como un simple *ius ut procedatur*. Es por ello por lo que se afirma que en el proceso penal no subyacen derechos *sustantivos* de los acusadores.<sup>99</sup> Así pues, y en contra de lo que se ha sostenido por algún sector de la doctrina, ni siquiera en los casos en que la acción penal es privada y está sometida al poder de disposición del ofendido, se puede hablar de un derecho subjetivo del justiciable a la imposición de una pena al culpable de un delito o de una falta.<sup>100</sup>

Debe considerarse además que la virtualidad de la denuncia o querrela deriva de que el acto o hecho contra el que se dirige sea efectivamente un

<sup>98</sup> Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 42.

<sup>99</sup> En este sentido *cfr.* Díez-Picazo Giménez, I., “Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo”, *La sentencia de amparo constitucional. Actas de las I Jornadas de la Asociación de Le-trados del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 1996, pp. 58 y 59.

<sup>100</sup> La posición que, con referencia a los delitos contra el honor, considera que la garantía penal de la LPJDFP busca acelerar la llegada de los efectos reparadores de la sentencia, véase en García Morillo, J., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 210.

En este punto nos parece que se debe partir de que los derechos fundamentales, además de derechos subjetivos en sentido propio, encierran una dimensión objetiva (en este sentido, *cfr.* STC 245/1991, de 16 de diciembre). Que la vulneración de un derecho fundamental sea al mismo tiempo un delito o falta está más relacionado con esta dimensión objetiva que con los elementos de derecho subjetivo que contiene. Su inclusión en el catálogo de hechos delictivos busca la protección del interés público propio de esa dimensión objetiva, es decir, busca la protección del valor inherente al derecho fundamental y no del haz de facultades que entraña como derecho subjetivo. Así, en este caso se busca una protección del honor como elemento básico de la dignidad humana, protección que a todas luces es necesaria para la convivencia social pacífica, pero no se busca otorgar un derecho subjetivo a la reparación del honor de cada particular.

delito o falta y no de que viole un derecho fundamental. Lo anterior deriva de que si efectivamente se trata de un delito o falta, la denuncia o querrela darán lugar a la incoación formal de un proceso penal, exista o no una vulneración de los derechos fundamentales. Y a la inversa, si no existe delito o falta, aunque efectivamente exista una vulneración de un derecho fundamental, no será la penal la vía procedente.<sup>101</sup>

Así pues, considerando de un lado que no existe un derecho fundamental al castigo del culpable y, de otro, que la vulneración de derechos fundamentales no es definitiva para que proceda penalmente una denuncia o querrela, se comprende fácilmente que se haya propuesto la supresión de esta garantía. Así se hacía, de hecho, en el anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos Fundamentales, de 1983. Sin embargo, lo cierto es que la LPJDFP moderniza el contenido del artículo 816 de la LECr, razón por la que se postulaba la inconveniencia de la supresión de esta garantía penal sin que se incorporaran estos aspectos positivos en la regulación de la misma LECrim.

#### 4. *La garantía civil*

La garantía jurisdiccional civil se regulaba en la sección tercera de la LPJDFP, que comprendía los artículos 11-15. Destacaba, en primer término, el dato de que la LPJDFP no limitaba la legitimación pasiva a los poderes públicos: en efecto, solamente se refería a la “vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona”, sin especificar el origen de los actos que los hubieran ocasionado.

En segundo lugar, se observaba que la garantía procesal civil regulada en la Ley 62/1978 no era preferente, ya que en ninguno de los artículos que la integraban se atribuía carácter preferente a los procesos a través de los cuales habría de instrumentarse. Y en lo relativo a su teórica sumariedad —entendida, según se ha visto, como rapidez—, el artículo 13 aspiraba a procurarla a través de una remisión al procedimiento establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881, con algunas especialidades que lo abreviaban todavía más.

En cuanto a la legitimación activa, el artículo 12 LPJDFP se la atribuía a las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que las facultara para obtener la declaración judicial pretendida. Se agregaba la legitimación del Ministerio Fiscal, que habría de ser siempre par-

<sup>101</sup> En este sentido, García Morillo, J., *op. cit.*, nota 66, pp. 104 y 105.

te de estos procedimientos, y también se introdujo la figura de la parte coadyuvante —tanto del demandante como del demandado—, pudiendo serlo cualquier persona natural o jurídica que tuviera interés directo en el asunto.<sup>102</sup>

Por lo que se refiere a la competencia objetiva, la LPJDFP establecía que las demandas se formularían ante los juzgados de primera instancia, correspondientes a la localidad donde se hubiera producido el hecho vulnerador del derecho fundamental, o donde radicara el registro u oficina en que debieran manifestarse sus efectos.

Las sentencias dictadas por estos órganos siempre podrían ser apeladas —aunque los coadyuvantes no podrían recurrir con independencia de las partes principales—, y se establecieron especialidades para abreviar la tramitación de esta apelación, así como la procedencia de casación contra la sentencia dictada en segundo grado.

#### A. *Derechos protegidos*

De acuerdo con el Real Decreto Legislativo 342/1979, de 20 de febrero, la garantía civil de la Ley 62/1978 abarcaba los derechos fundamentales consagrados en los artículos 16-22 y 28.1 de la Constitución.<sup>103</sup> Además, y en todo caso, el artículo 11 representaba una cláusula de cierre del sistema, que atribuía a esta garantía un carácter residual. Esta previsión podría servir de base para entender que la garantía jurisdiccional civil resultaba aplicable a todas las pretensiones de protección de derechos fundamentales que no pudieran recibir acomodo en las garantías penal o contencioso administrativa.

Sin embargo, la interpretación anterior fue matizada. En primer término, y como ya se ha comentado antes, la jurisprudencia determinó que la garantía civil no era la vía adecuada para tramitar las vulneraciones co-

<sup>102</sup> Esta figura tiene mucha similitud con el *tercero perjudicado* del juicio de amparo mexicano.

<sup>103</sup> Como habíamos mencionado, nos referimos a los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, a la libre circulación en territorio nacional, a la libre entrada y salida de España en los términos legales, a la libertad de cátedra, a la libertad sindical, a las libertades de expresión, reunión y asociación, a la libertad y secreto de la correspondencia, a la libertad religiosa y a la de residencia, a la garantía de la inviolabilidad del domicilio, a la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y en general frente a las sanciones impuestas en materia de orden público.

rrespondientes al ámbito laboral. Además, se aprobaron con posterioridad otros textos legales que establecieron procedimientos en el orden civil dirigidos a promover la defensa de los derechos fundamentales, que supusieron un cierto vaciamiento del ámbito objetivo de esta Ley. El caso más significativo es la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil de los Derechos al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que en su artículo 9.1, y para la defensa de estos derechos, faculta al actor a optar entre el procedimiento civil ordinario y el procedimiento establecido por el artículo 53.2 CE —que, de acuerdo con la disposición transitoria 2a. de esta misma Ley, es la garantía civil de la LPJDFP—. Otro tanto ocurre con la Ley Orgánica 2/1984, Reguladora del Derecho de Rectificación, que establece un procedimiento civil especial y distinto al previsto para hacer efectiva la garantía jurisdiccional civil de la Ley 62/1978.

Por tanto, partiendo del limitado ámbito de aplicación, de la escasa idoneidad de buena parte de los derechos y libertades contenidos en la misma para dar lugar a pretensiones civiles, y del efecto de las leyes posteriores, se pudo afirmar que esta garantía civil tenía muy poca virtualidad; su aplicación práctica se centró en el ámbito del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que de hecho estaba sujeta a un régimen procedimental especial.

### *B. Sobre la ausencia de una regulación para la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*

De lo anterior se deduce también que la Ley 62/1978 no incluyó ninguna vía para reparar las vulneraciones de derechos fundamentales que tuvieran su origen en los actos de los órganos jurisdiccionales. Se señaló que esta ausencia representaba una de las más grandes carencias de la regulación que establecía esta Ley.<sup>104</sup> Había, pues, que buscar fuera de la

<sup>104</sup> “La normativa vigente no articula, sin embargo, recurso «sumario y preferente» alguno contra las actuaciones de los órganos judiciales que violen derechos fundamentales, ya sea los reconocidos en el artículo 24 CE o cualesquiera otros. De manera que sucede aquí que, tanto por la naturaleza del derecho violado cuanto por la del órgano del que procede la violación, no existe cauce alguno que haga realidad el recurso «sumario y preferente». Es un «agujero negro», una zona del complejo constituido por los derechos fundamentales y las garantías de los mismos que, debido a una laguna legislativa, se halla carente de protección. El mandato del artículo 53.2 CE es pues totalmente ineficaz en este punto”, García Morillo, J., *op. cit.*, nota 66, p. 89.



LPJDFP los institutos procesales que sirvieron a la protección de estos derechos: el recurso de casación y la nulidad de los actos procesales.

En relación con el recurso de casación, el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) estableció que en todos los casos en que legalmente procediera el recurso de casación “será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”; este recurso, por tanto, procedería por vulneraciones de derechos fundamentales, incluyendo lógicamente a los derechos fundamentales de naturaleza procesal.

Sin embargo, una de las consecuencias más problemáticas de la instauración de la infracción de la Constitución como motivo de casación se derivaba del mismo artículo 5.4 LOPJ. En él se señala que el órgano jurisdiccional competente para conocer de la casación fundada en este motivo será en todo caso el Tribunal Supremo, lo que da como resultado el establecimiento de una duplicidad de mecanismos de interpretación de la Constitución, consecuencia lógica si se considera que una de las funciones de la casación es unificar la interpretación del ordenamiento. Lo problemático de este resultado es que acentúa la superposición de los ámbitos competenciales del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional,<sup>105</sup> que trae causa del diseño de justicia constitucional español —en especial del artículo 123 CE— y de la configuración del recurso de amparo, y que al intensificarse ha provocado roces entre ambos órganos.<sup>106</sup>

Otra vía utilizada para la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal era la nulidad de las actuaciones judiciales, regulada en los artículos 238 y siguientes de la LOPJ. En efecto, el apartado 3 del 238 LOPJ previene que serán nulas las actuaciones judiciales cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento establecidas legalmente, o por infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido indefensión. Al igual que el recurso de casación, no es ésta una vía especial para la protección de los derechos fundamentales procesales; sin embargo, la

<sup>105</sup> Esta situación en lo sustancial produce los mismos efectos que la reserva de la interpretación de garantías constitucionales que, a favor del Tribunal Constitucional, establece el artículo 123.1 CE. Abordaremos en el siguiente capítulo lo relativo a esta situación.

<sup>106</sup> *Cfr.* Pérez Tremps, P., “La Constitución como motivo de casación y la inexistencia de casación por infracción de la Constitución”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, mayo-agosto de 1999, pp. 139-153.

vulneración de estos derechos se cuenta entre las causas de nulidad que se hará valer por medio de los recursos que se establezcan legalmente.

Ahora bien, si nos detenemos a reflexionar sobre la inexistencia de protección para los derechos fundamentales de naturaleza procesal, nos daremos cuenta de que la posible causa se encuentra muy relacionada con lo que señalábamos en el apartado final del epígrafe anterior. Pretender establecer un proceso preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales vulnerados en el proceso es tanto como intentar regular una vía procesal de tutela judicial para los derechos contenidos en el derecho a la tutela judicial efectiva —lo cual engloba prácticamente a todas las reglas procesales, ya que no existe infracción procesal que no pueda ser reconducida al artículo 24 CE—<sup>107</sup> que sería paralela al tratamiento procesal ya existente en la legislación procesal.

En otras palabras, la inexistencia de un cauce específico para la protección de estos derechos de naturaleza procesal se debe a que intentarlo conllevaría crear un segundo procedimiento, que pretendería controlar las infracciones cometidas en el primer procedimiento, sin que nada garantizara que a su vez en este segundo procedimiento no pudiera existir una nueva infracción procedimental que, de acuerdo con el sistema, también requeriría de una nueva vía procesal para solucionarla. Lo anterior supondría dirigirse directamente al absurdo de la “espiral” de procesos. Esta es la razón para que consideremos que, en el caso de los derechos fundamentales procesales, la vía adecuada para su protección consiste en el empleo de los instrumentos que la propia legislación procesal establece en cada caso a tal efecto.

### *C. Supresión de la garantía jurisdiccional civil*

La garantía civil fue expresamente derogada por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. En efecto, la disposición derogatoria única, en su apartado 2.3, considera expresamente derogados los artículos 11, 12, 13, 14 y 15 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, con lo que la regulación en el ámbito civil de la protección de los derechos se incorpora en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>107</sup> Esta opinión en Lucas Murillo de la Cueva, P., “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, en Ruiz-Rico Ruiz, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, CGPJ-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, 1997, p. 123.

Como veremos en el apartado siguiente, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de la protección de derechos fundamentales ante la jurisdicción civil ordinaria, asume una posición novedosa, la cual se hace especialmente significativa en lo relativo a la tutela de los derechos de naturaleza procesal. En efecto, la Ley establece criterios de preferencia en favor de aquellos procedimientos que envuelvan la discusión de derechos fundamentales en especial respecto de los procesos en los que se discutan los derechos al honor y a la propia imagen.

De la misma manera, se establece una nueva regulación del recurso de queja para favorecer las posibilidades de recurrir en los procesos que involucren la protección de estos derechos, de igual forma se refuerzan en esta materia cuestiones de nulidad y respecto del recurso de revisión.

Sin embargo, lo que implica una transformación profunda desde la perspectiva, es la introducción por vez primera en el ordenamiento jurisdiccional de un medio específico para la protección en el ámbito civil de los derechos procesales. En efecto, el legislador del 2000, al hilo de una profunda transformación de las funciones del Tribunal Supremo, introduce dentro del sistema de recursos extraordinarios una vía para hacer valer los derechos de naturaleza procesal: nos referimos al recurso extraordinario por infracción procesal.

Como veremos en detalle, una de las más importantes características de este sistema es su punto de partida, pues toma en consideración el sistema establecido en el artículo 123 de la Constitución, por virtud del cual en materia de derechos fundamentales la última instancia corresponde al Tribunal Constitucional, de esta manera se ha buscado establecer un sistema que traslade la interpretación previa, en el ámbito de casación, de las normas procesales a los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, con la finalidad de reducir el ámbito secante de competencias entre los dos órganos supremos.

Finalmente, unas líneas para señalar que este nuevo sistema de recursos extraordinarios fue uno de los elementos más polémicos al momento de la introducción de la nueva Ley, y que, por cuestiones derivadas de la tramitación parlamentaria, se encuentra suspendido sin que a esta fecha pueda considerarse su entrada en vigor.