

EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL PODER LEGISLATIVO, EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

*The development of fundamental rights by the legislative
power, the judiciary and the Constitutional Court*

Julio Banacloche Palao

Universidad Complutense de Madrid (España)

jbanaclo@ucm.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp17-46](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp17-46)

Recibido: 30.10.2018

Aceptado: 21.11.2018

Resumen

El artículo 53.1 de la Constitución española establece como primera garantía de los derechos y libertades fundamentales que solo una ley orgánica pueda regularlos. Además, esa ley deberá respetar en todo caso el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Esto supone que es la sociedad quien fija con carácter previo tal contenido, pero su desarrollo debe realizarlo el legislador. No obstante, no son muchas las leyes que han desarrollado la regulación de un derecho fundamental, lo que ha obligado a que sean los tribunales ordinarios y, sobre todo, el Tribunal Constitucional, quienes hayan fijado la extensión, los límites y el contenido esencial de esos derechos. Esto ha originado problemas tanto en la relación entre la jurisdicción

* Cómo citar / Citation 'Chicago-Deusto' (Autor-fecha / Author-date / Lista de referencias / Reference list entries): Banacloche Palao, Julio. 2018. «El desarrollo de los Derechos Fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional». *Estudios de Deusto* 66, n.º 2: 17-46. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp17-46](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp17-46).

ordinaria y la constitucional, como en la regulación legal posterior de cuestiones ya abordadas por la doctrina constitucional.

Palabras clave

Derechos fundamentales; contenido esencial; jurisdicción ordinaria; Tribunal Constitucional.

Abstract

As the first guarantee of fundamental rights and freedoms, Article 53.1 of the Spanish Constitution establishes that only an organic law can regulate them. In addition, this law must respect in all cases the essential content of these rights and freedoms. This means that it is the society that sets such content in advance, but its development must be carried out by the legislator. However, not many laws have addressed the regulation of a fundamental right, which has forced the ordinary courts and, above all, the Constitutional Court to set the scope, limits and the essential content of those rights. This has caused problems both in the relationship between the ordinary and the constitutional jurisdiction, and, subsequently, in the following legal regulation of issues already addressed by the constitutional doctrine.

Keywords

Fundamental rights; essential content; ordinary jurisdiction; Constitutional Court.

SUMARIO: I. LA CONFIGURACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. II. LA DETERMINACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. III. LA DETERMINACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS DIVERSAS VÍAS EXISTENTES PARA DESARROLLAR LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. V. CONCLUSIÓN.

I. LA CONFIGURACIÓN Y TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

1. El Título I de la Constitución española (en adelante CE), rubricado como «*De los derechos y deberes fundamentales*», comienza señalando los principios en que se fundamentan los derechos, libertades y deberes que en dicho Título se recogen (artículo 10 CE) para, a continuación, indicar qué sujetos pueden disfrutar de ellos (artículos 11 a 13 CE). Después va enumerando y desarrollando cada uno de los derechos y libertades (artículos 14 a 29 CE), derechos y deberes (artículos 30 a 38 CE) y principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52 CE). Es el Capítulo cuarto de dicho Título I el que, bajo el nombre «*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*», regula los mecanismos a través de los cuales se quiere garantizar el respeto y cumplimiento de todos los derechos, libertades, deberes y principios que se han expuesto en los Capítulos anteriores. En particular, las libertades y derechos recogidos en el Capítulo II (artículos 14 a 38 CE) se protegen a través de la labor del Defensor del Pueblo (artículo 54 CE), y por las vías que, a diferentes niveles, se consagran en el artículo 53 CE.

El análisis de la figura del Defensor del Pueblo excedería del contenido propio de este trabajo¹. Sin embargo, no se puede dejar de mencionar que dicha institución cumple una importante función protectora de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. En este sentido, el artículo 54 CE señala que su función principal es «*la defensa de los derechos comprendidos*

¹ El lector interesado puede encontrar estudios interesantes acerca de esta institución en los libros: *El defensor del pueblo y la protección de los derechos*, de María José Corchete Martín, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001; *El Defensor del Pueblo: El «Ombudsman» en España y en el Derecho Comparado*, de Pedro Carballo Armas, Tecnos, 2003; o en la más reciente *El Defensor del Pueblo, protector de los derechos y libertades y supervisor de las administraciones públicas*, de Antonio Colomer Viadel, Civitas, 2013.

en este Título». Sin embargo, la manera que tiene de realizar esa labor tuitiva es muy diferente a la que se lleva a cabo por Jueces y Tribunales. Como señala la ley reguladora de dicha institución (Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, en adelante LDF), el Defensor del Pueblo recibe quejas de los ciudadanos relativas al funcionamiento de las Administraciones Públicas y, «*con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas*» (artículo 30.1 LDF), lo que significa que carece de verdadera capacidad para modificar *directamente* la realidad y poner fin así a vulneraciones de derechos que se hubieran podido producir. Esta forma de ejercer la tutela de los derechos, más de denuncia pública que de reparación efectiva, contrasta claramente con lo dispuesto en el artículo 53 CE, donde se contemplan otros niveles de protección que sí pueden hacer real la protección de los derechos y libertades fundamentales que hayan sido infringidos o puestos en cuestión.

2. El primer nivel de protección contemplado en el artículo 53 CE afecta al modo de configurar los citados derechos y libertades fundamentales. De acuerdo con su apartado 1, la regulación del ejercicio de los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I habrá de hacerse «*sólo por ley*», que además «*en todo caso deberá respetar su contenido esencial*». Con ello se está indicando que únicamente corresponde al poder legislativo la facultad de regular el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, excluyéndose por tanto que sea el poder ejecutivo, por vía reglamentaria, quien proceda a determinar el estatuto básico de aquellos. Incluso en ese mismo apartado 1 se señala que la «*tutela*» del derecho o la libertad de que se trate, en relación con la regulación legal concreta que de él se haya establecido, debe hacerse conforme a lo que señala el art. 161.1.a), es decir, a través del recurso de inconstitucionalidad, por lo que se está dando por supuesto que aquel sólo puede estar regulado por medio de una ley, que es el tipo de norma cuya constitucionalidad controla el Tribunal Constitucional a través del citado recurso.

Por consiguiente, la primera forma que tiene el texto constitucional de proteger los derechos fundamentales y libertades públicas es exigiendo que cualquier regulación que de ellos se haga deba ser aprobada por las Cortes Generales a través de una ley, vetando cualquier normativa de rango inferior que pueda establecer cuestiones nuevas que no estén previamente reguladas. Con ello se pretende que cualquier limitación de los derechos o libertades fundamentales de los ciudadanos deba ser aprobada por sus representantes políticos, como acertadamente señala la STC 112/2006, de 5 de abril:

«Sobre este principio ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse con cierta frecuencia, desde que en la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, dejara sentado que el mismo «entraña una garantía esencial de

nuestro Estado de Derecho», siendo su significado último «el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes», suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; FJ 4 y 184/2003, de 23 de octubre FJ 6, a)], y desempeñando una doble función: de una parte, asegurar «que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes»; y, de otra, «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley ... garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas»»

Precisamente en esa misma sentencia se recuerda que el desarrollo reglamentario está prohibido, al menos en lo que se refiere a cuestiones novedosas atinentes al derecho o libertad en cuestión:

«Esa ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 CE), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro poder público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). La fijación de los límites de un derecho fundamental, como hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4). No hemos excluido, sin embargo, que las Leyes «contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador» (STC 83/1984, de 23 de julio, FJ 4, confirmado, por todos, en el FJ 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre). Las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben, según nuestra doctrina allí expresada, restringir el ejercicio de dicha potestad «a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», criterio «contradicho con evidencia mediante cláusulas legales ... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir»»

Pero, además, la Constitución exige que esa ley reguladora sea orgánica, como señala el artículo 81.1 CE («*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...*»), lo que implica que su «*aprobación, modificación o derogación... exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto*» (artículo 81.2 CE). Con esa mayoría superior a la simple, el constituyente pretendía asegurar que hubiera un mínimo consenso entre los principales grupos políticos a la hora de regular los derechos y libertades, de manera que la norma resultante no fuera partidista y pudiera permanecer vigente durante un periodo razonable de tiempo. La existencia de diversas legislaturas donde un solo partido político ha contado con mayoría absoluta (1982-86, 1986-89, 2000-04, 2011-15) ha frustrado en buena medida el desiderátum constitucional, por lo que resultan aún más relevantes los sucesivos niveles de protección de los derechos previstos por el texto de la Constitución.

3. Precisamente porque los ataques a los derechos y libertades fundamentales no solo pueden provenir del Gobierno – a quien por tal razón no se le permite elaborar normas de desarrollo de derechos y libertades– o de regulaciones partidistas o sectarias –lo que se pretendía evitar exigiendo una mayoría amplia para poder aprobarlas–, sino también del propio Parlamento –como sucedería si decidiera, en un caso determinado, *desnaturalizar* uno de esos derechos o libertades fundamentales regulándolo de forma contraria a su esencia o ignorando lo que lo caracteriza como tal–, el artículo 53.1 CE decidió imponer al legislador la obligación de que la norma que apruebe respete, «*en todo caso*», «*el contenido esencial*» del derecho o libertad de que se trate, con lo que dicho contenido esencial se convierte en materia indisponible para el poder legislativo².

Si interpretamos el artículo 53.1 CE en sentido literal³, incluso parece que lo único que se le permitiría regular al legislador es el «ejercicio» o «desarrollo»

² Como afirma la STC núm. 93/2015, de 14 mayo, la noción de «contenido esencial» de un derecho o libertad «*no puede ser precisada por el legislador sino que le vincula*», lo que necesariamente implica sostener que dicho contenido esencial está previamente determinado por un ente distinto al propio Parlamento.

³ La redacción del actual artículo 53.1 CE apenas varió durante la tramitación parlamentaria del texto constitucional. Por ejemplo, su primera versión (que se correspondía con el artículo 45.1 del Anteproyecto de Constitución publicado en el BOCG nº 44, el 5 de enero de 1978) decía lo siguiente: «*Artículo 45. 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*». Como puede observarse, el único cambio relevante respecto de lo que después sería su versión definitiva es la sustitución del verbo «desarrollar» por el de «regular», que se debió a una enmienda (la nº 779, que afectaba a numerosos preceptos del Anteproyecto) presentada por la Unión de Centro Democrático.

(artículo 81.1 CE)⁴ de los derechos y libertades, pero no el derecho o libertad fundamental *en sí mismo considerado*, lo que aún limitaría más sus facultades de actuación. Pero aunque se aceptara que el texto constitucional le permite proceder a regular su contenido, el legislador no tendría en ningún caso una libertad absoluta para regularlo como deseara, puesto que siempre estaría obligado a respetar su contenido esencial. Por lo tanto, según el texto constitucional, cada derecho y libertad fundamental posee un contenido esencial preexistente a su desarrollo legislativo que ha de ser respetado por el legislador, y que se configura como un límite a la actividad legiferente. Lo que no se especifica es en qué consiste ese contenido esencial, es decir, cómo puede definirse ese concepto *en abstracto*, una tarea que ha correspondido realizar al Tribunal Constitucional.

Así, en su muy temprana STC núm. 11/1981, de 8 de abril, resolviendo un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo de dicho año, regulador del derecho de huelga y de los conflictos colectivos de trabajo, el Tribunal Constitucional respondió directamente a esta cuestión:

«Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea, hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el meta-lenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y en general los especialistas en Derecho. Muchas veces el «nomen» y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocos-

⁴ No resulta fácil pronunciarse acerca de si la Constitución pretendía referirse a realidades distintas cuando habla en el artículo 53.1 CE de «ejercicio» de los derechos fundamentales, y en el artículo 81.1 CE de «desarrollo». En nuestra opinión, en ambos preceptos se alude a la misma idea, a saber, que cualquier regulación que afecte a un derecho fundamental debe ir regulada por ley orgánica, ya se califique esa afectación como una regulación más general (desarrollo) o más específica (ejercicio).

cible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse».

Después de esta disquisición acerca de la doble posibilidad existente a la hora de integrar el concepto de «contenido esencial» de un derecho o libertad, el Tribunal Constitucional procede a enunciar la definición constitucional de dicha expresión:

«entendemos por “contenido esencial” aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga».

Resultan muy interesantes estas consideraciones formuladas por el Tribunal Constitucional en tan temprana sentencia, especialmente porque marcan el sentido de su doctrina en relación con dos cuestiones que se van a plantear posteriormente con harta frecuencia. Por un lado, se sostiene que es la sociedad –es decir, el conjunto de ciudadanos que viven en una época y un lugar determinados– la que define *extra y pre-jurídicamente* qué ámbitos constituyen el contenido esencial de un derecho fundamental, lo que hace perfectamente razonable sostener que el contenido esencial no está nunca total y definitivamente determinado, sino que puede ir progresivamente ensanchando su ámbito a medida que la sociedad va tomando conciencia de la

existencia de nuevas dimensiones del mismo. Podríamos decir por tanto que el contenido esencial de un derecho fundamental nunca retrocede o se reduce, pero tampoco nunca se estanca o cierra de forma última e inmodificable, sino que, como la sociedad de la que nace, está siempre evolucionando, se encuentra en una permanente transformación y adaptación.

Pero, junto a lo anterior, y por otro lado, hay que defender la existencia de un elemento esencial en todo derecho fundamental que es lo que lo hace reconocible, lo que lo diferencia de las demás realidades distintas de él, y que no se puede alterar ni limitar so pena de acabar con la razón de ser por la que dicho derecho se estableció, primeramente por la sociedad, y luego por el ordenamiento jurídico-constitucional⁵. Con esto queremos decir que una regulación de un derecho y libertad que, con la excusa de adaptarse mejor a lo que la sociedad reclama, lo dejara irreconocible, o implicara una actuación contraria a lo que siempre se ha entendido que significa, resultaría inadmisibles y estaría vedado por el texto constitucional.

En esta misma línea de lo señalado por el Tribunal Constitucional se sitúa el Tribunal General de la Unión Europea, que ha definido el contenido esencial de un derecho o libertad como «*la sustancia del derecho o de la libertad de que se trate*» (por ejemplo, la muy reciente Caso DenizBank A.Ş. contra Consejo de la Unión Europea, Sentencia de 13 septiembre 2018). Se acude aquí de nuevo a categorías metafísicas para definir la noción «contenido esencial»; en este caso, se habla de la «sustancia» del derecho o libertad, es decir, no de las circunstancias accidentales que pueden rodearlo, sino de aquello que lo identifica como tal, que lo diferencia del resto de derechos y libertades. Por lo tanto, una regulación podrá afectar a los «accidentes» de un derecho o libertad, pero no podrá alterar su «sustancia», porque eso infringiría la Carta Europea de Derechos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o, en general, cualquier declaración similar de derechos que resulte aplicable.

A la vista de lo anterior, se puede decir que quien fija *originariamente* el contenido esencial de los derechos y libertades es la propia sociedad,

⁵ Como acertadamente explica Medina Guerrero, Manuel: «frente a la «teoría relativa» del contenido esencial, que llega prácticamente a equiparar esta garantía con el principio de proporcionalidad, nuestra jurisprudencia constitucional vino muy pronto a sumarse a la «teoría absoluta», según la cual hay en los derechos fundamentales un núcleo absolutamente resistente a la acción del legislador, sea cual fuere la finalidad perseguida con la limitación del derecho, e independientemente de que la misma sea o no proporcionada. Contenido esencial y principio de proporcionalidad son, pues dos «límites de los límites» que cuentan con sustantividad propia y operan, por tanto, cumulativamente en nuestro sistema de derechos fundamentales, como ha venido a recordarlo la STC 236/2007» (*Comentarios a la Constitución Española*, comentario al artículo 53, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pág. 1168).

mientras que corresponde al legislador plasmar en una norma legal la esencia y desarrollo de aquellos, debiendo siempre respetar lo que dicha sociedad entiende que constituyen sus elementos más característicos. En consecuencia, resulta claro que al legislador le viene impuesto de antemano el contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales, del que en ningún caso puede disponer.

4. Ahora bien, la protección de los derechos y libertades frente a una posible legislación abusiva del poder legislativo que no respetara su contenido esencial, requiere además la creación de un órgano que pueda controlar y, en su caso, anular, cualquier norma legal que incurra en tal contravención. De ahí que el artículo 53.1 CE señale que dicha tarea se encomienda al Tribunal Constitucional, que ejercería ese cometido mediante la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que contra cualquier ley se pudieran plantear (de ahí la referencia que hace el precepto al artículo 161.1.a CE).

Con ello se produce una situación un tanto paradójica: el único referente que el poder legislativo tiene sobre el contenido esencial de un derecho o libertad fundamental —que es el ámbito que no puede resultar vulnerado—, solo puede llegar a conocerlo *a posteriori*, cuando se provoca una decisión del Tribunal Constitucional dirigida a determinar si la norma legal ha respetado o la esencialidad del derecho o libertad, pero no con carácter previo, por más que pueda intuirse qué cuestiones constituyen el contenido esencial de cada uno de los derechos y libertades fundamentales. Por eso, cuanto más prudente sea el legislador y más intente ajustar en la regulación de un derecho fundamental el resultado de la voluntad general (que es en lo que consiste la ley, según Rousseau) a lo que verdaderamente entiende el pueblo soberano como tal derecho, menos posibilidades habrá de un pronunciamiento anulatorio del Tribunal Constitucional.

5. Sin embargo, no termina ahí la protección que la Constitución dispensa a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Además de las anteriormente mencionadas, la Constitución aún prevé una última línea para su tutela; porque si, a pesar de haberse excluido al poder ejecutivo de la regulación de dichos derechos y libertades, y de haberse exigido al legislativo que los regule por medio de una ley orgánica, respetando en todo caso su contenido esencial, se introdujera en el ordenamiento jurídico una norma con rango legal o inferior, o se produjera un acto de un sujeto público o de un particular⁶ que vulnerara un derecho o una libertad fundamental, el

⁶ El Tribunal Constitucional, en su STC núm. 177/1988, de 10 de octubre, ya dejó claro que es posible llegar hasta el amparo cuando la vulneración del derecho fundamental ha tenido su origen en el acto de un particular: «*Ciertamente, el art. 53.1 del Texto constitucional tan sólo establece de manera expresa que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos, pero ello no implica una exclusión absoluta de otros posibles*

apartado 2 del artículo 53 CE contempla que «*cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo*» (es decir, de los arts. 14 a 29 CE) ante dos instancias diferentes y sucesivas: «*los Tribunales ordinarios*» en primer término y, posteriormente, «*el Tribunal Constitucional*».

A este respecto, hay que tener en cuenta que la asunción por los Tribunales ordinarios de la tutela de los derechos y libertades constitucionales no solo se configura en el texto constitucional como un deber de dichos órganos jurisdiccionales, dentro del ejercicio de la función jurisdiccional que le viene atribuida como propia por la Constitución (y que se menciona en el artículo 117.3 CE), sino que también constituye la base de un derecho fundamental concreto y específico de todos los ciudadanos, recogido en el artículo 24.1 CE con la siguiente redacción: «*derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos*».

Por lo tanto, la Constitución no solo encomienda a los Tribunales ordinarios tutelar los derechos y libertades fundamentales, sino que permite a los ciudadanos exigir tal cometido con el máximo rigor, al configurar esa faceta como un derecho fundamental en sí mismo considerado. Aquí habría que entender por «Tribunales ordinarios» todos los que forman parte de la organización jurisdiccional española, que son evidentemente, aquellos que se integran en ella en virtud del principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE), pertenecientes a la precisamente denominada «jurisdicción ordinaria», pero también las jurisdicciones especiales, en el ámbito orgánico y funcional que les resulte propio.

Sentado lo anterior, surge inmediatamente un problema a la hora de abordar esa tarea tan esencial para el buen funcionamiento de un sistema político democrático y un Estado de Derecho como es la tutela judicial de los derechos básicos de los ciudadanos. Nos referimos a la ausencia de referencias con que los Tribunales ordinarios se encuentran muchas veces a la hora de enjuiciar, a petición de parte, sobre si una determinada norma o un concreto acto administrativo o realizado entre particulares vulnera un derecho o libertad fundamental. Ello se debe a que, en ocasiones, como en seguida veremos,

destinatarios, dado que, como señala la STC 18/1984 (fundamento jurídico 6.º) «en un Estado social de Derecho no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social». De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados pueden acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos».

Para profundizar más sobre la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales, véase Juan María Bilbao Ubillos: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

existen muchos derechos fundamentales que carecen de regulación legal específica, y no se dispone por tanto de criterio previo; o se regula una de sus dimensiones o un ámbito de su ejercicio, pero no su contenido esencial; o existe una regulación global del derecho o libertad, pero el ciudadano considera que dicha normativa o una parte de ella vulnera el contenido esencial de aquellos.

Conviene hacer en este punto un breve inciso para comentar una cuestión que dio lugar a abundante literatura y jurisprudencia contradictoria⁷ en los primeros momentos de vigencia de la Constitución, pero que en seguida quedó felizmente resuelta. Dicha cuestión estribaba en si los particulares podían invocar –y los Tribunales aplicar– de forma directa los preceptos constitucionales que regulan los derechos y libertades fundamentales, sin que fuera necesario para ello que existiera una ley que procediera a su desarrollo, o no podían hacerlo. La tesis favorable a esa previsión ya parecía deducirse claramente del inciso final del apartado 3 del artículo 53 CE, que especificaba que los principios informadores de la legislación solo se podrían «*alegar ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*», lo que no se había dicho en los apartados anteriores en relación con los derechos y libertades fundamentales, por lo que, *a sensu contrario*, debería entenderse a favor de que pudieran aplicarse sin necesidad de una ley que los regulara. Pero, en todo caso, tal posición resultó ratificada por el Tribunal Constitucional cuando, en su STC núm. 16/1982, de 28 de abril, afirmó que:

«Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal

⁷ Como señala Medina Guerrero, Manuel, fueron los Tribunales ordinarios, integrados por jueces imbuidos de la legislación del régimen de Franco, quienes se opusieron en un primer momento a la aplicación directa de los preceptos constitucionales: «no es de extrañar, por lo demás, que fuera precisamente el poder judicial –todos los jueces formados bajo el franquismo pasaron a convertirse sin solución de continuidad en uno de los poderes del Estado– el que pareciera más refractario a asumir dicha concepción de la Constitución. Más allá de consideraciones ideológicas, los Jueces estaban acostumbrados a operar en un sistema en cuya cúspide se situaba un heterogéneo conjunto de normas (las Leyes Fundamentales), que, especialmente a lo que a derechos concierne, no pasaban de ser más que principios programáticos carentes de eficacia jurídica directa. Esto explica por qué las primeras decisiones del Tribunal Supremo tendieron, con cierta frecuencia, a no reconocer la vigencia efectiva de los derechos y principios constitucionales en tanto el legislador no concretase su contenido, y que incluso en alguna ocasión definiese a la Constitución en su conjunto como programática» (*Comentarios a la Constitución española, op. cit.*, pág. 1158).

tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C.E.). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 de la C.E.), entre los que se cuentan, por supuesto, los contenidos en el art. 24, cuya vulneración se cuestiona por el demandante en amparo».

Por lo tanto, es perfectamente posible que un tribunal se encuentre con una reclamación judicial en la que se afirme vulnerado un derecho fundamental, y que se fundamente tal circunstancia en la alegación del precepto constitucional que lo recoge, sin que se haga referencia a una norma legal que lo desarrolle, norma que perfectamente puede no existir. En tal caso, corresponde a los Tribunales ordinarios fijar *por vez primera* el contenido esencial del derecho o libertad afectado, con lo que tiene lugar un desplazamiento de dicha función del poder legislativo, que es a quien le correspondería ejercerla de acuerdo con el artículo 53.1 CE, al Poder judicial, que será el que en definitiva termine haciéndolo. Tal circunstancia provoca una cadena de consecuencias, que en seguida se procederán a exponer.

6. La tutela que otorgan los Tribunales ordinarios se completa con la que, «*en su caso*», pueda provenir del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, según lo que dispone el artículo 53.2 CE. Se ha discutido mucho sobre lo que quiere decir ese inciso «en su caso» empleado por el texto de la norma. Ciertamente podría hacer referencia a que, legalmente, cabría establecer que determinados derechos o libertades fundamentales no gozaran nunca de la posibilidad de llegar al Tribunal Constitucional. Entonces, el «caso» a que aludiría el precepto sería el de aquellos derechos fundamentales a los que la ley permitiría acceder al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo.

Esta interpretación sería compatible con lo que se contempla en el artículo 161.1.b) CE, a cuyo tenor el recurso de amparo ha de ser conocido por el Tribunal Constitucional «*en los casos y formas que la ley establezca*». Luego parece darse a entender, aquí aún más claramente que en el precepto anterior, que la Constitución permitiría que determinados derechos y libertades no tuvieran acceso, temporal o definitivamente, al Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo. Hasta ahora, a pesar de algunos tímidos intentos de llevar esta posibilidad a la práctica (como sucedió, por ejemplo, en el famoso discurso de inauguración del año judicial de septiembre de 1995 pronunciado por el Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, sr. Pascual Sala Sánchez), ningún legislador se ha atrevido a

vedar legalmente el acceso de determinados derechos o libertades al recurso de amparo. Pero el tenor literal de los preceptos constitucionales permite sostener una interpretación en tal sentido⁸.

Sin embargo, de la propia literalidad del precepto y del contexto de la norma parece más bien deducirse que ese inciso hay que interpretarlo en el sentido de que solo procede plantear el recurso de amparo si la posible vulneración del derecho o libertad fundamental no ha sido reparada anteriormente por los Tribunales ordinarios, que son los que aparecen como primera barrera protectora frente a cualquier infracción de aquellos. Es decir, con la expresión «*en su caso*», se estaría remarcando el carácter excepcional, subsidiario y sucesivo con que se concibe al amparo constitucional en relación con el judicial, de modo que este último resulta por tanto no solo primario, sino también preferente, en nuestro modelo constitucional.

II. LA DETERMINACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

1. El artículo 53.2 CE permite, como hemos visto, la regulación legal de los derechos y libertades fundamentales, siempre que dicha ley sea aprobada con el carácter de orgánica (artículo 81.1 CE). No hubiera sido, pues, de extrañar que, a cuarenta años de aprobación del texto constitucional, la práctica totalidad de los derechos enunciados en los artículos 14 a 29 CE tuvieran una ley que los desarrollara. Sin embargo, como en seguida se comprobará, no son muchos los que hoy cuentan con una ley que los regule, al menos de forma directa y supuestamente completa. Evidentemente, ha habido numerosas normas legales que afectan a aspectos parciales de algunos de esos derechos y libertades, y así se solía hacer constar en su texto para justificar la aprobación de determinados preceptos con el carácter de orgánicos; pero aquí nos referimos a leyes que tengan como objeto principal el desarrollo de un derecho o libertad fundamental.

Conviene destacar a estos efectos que el citado artículo 53.2 CE no *obliga* al legislador a elaborar una ley de desarrollo de cada derecho o libertad

⁸ Lo cierto es que, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), y que introdujo en el artículo 50.1.b LOTC la necesidad de justificar la «especial trascendencia constitucional» del asunto para posibilitar un pronunciamiento de fondo por parte del Tribunal—sin que fuera por tanto suficiente para la admisión la existencia de una posible vulneración de un derecho fundamental—, ya no es necesario plantearse la limitación del amparo a través de una fórmula que sería siempre controvertida como es la de excluir de él a determinados derechos, pues con el nuevo sistema ya se consigue cribar el 98% de los casos, y sin el coste de tener que debatir sobre si cabe o no en la Constitución una limitación del acceso a dicho recurso.

fundamental, sino que le *posibilita* a hacerlo. Pero conociendo la tendencia de cualquier poder a emplear las facultades que le vienen conferidas por el ordenamiento jurídico, resulta cuanto menos extraño que, en esta materia, se haya preferido omitir toda actividad y dejar que sea otro actor quien proceda a realizar dicha tarea.

2. Comenzando por aquellos derechos y libertades fundamentales que han sido objeto de algún tipo de regulación directa, pero de forma muy limitada y parcial, destaca el caso del artículo 14 CE, que garantiza el derecho de igualdad de todos los españoles ante la ley y proscribiera cualquier tipo de discriminación injustificada. En relación con este derecho, que no ha contado con ninguna ley dirigida a su pleno desarrollo, sin embargo sí se ha dictado la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, una ley que, en su Exposición de Motivos, fundamenta su necesidad en el desarrollo de lo dispuesto en el artículo 14 CE⁹. Resulta obvio que en esta ley se regula únicamente un tipo muy concreto de igualdad y no discriminación, como es la que toma en consideración el sexo de las personas, y que con ella no se pretende agotar toda la materia relativa a la igualdad; ni siquiera se define el contenido esencial de dicho derecho, que es mucho más rico y amplio que lo recogido en el texto legal. Pero lo cierto es que contiene algunos preceptos que pueden servir de referencia legal para otros casos de desigualdades o discriminaciones que no tengan su origen en el sexo de las personas, y en eso al menos puede decirse que tiene un cierto carácter expansivo.

De cualquier forma, sorprende comprobar cómo el legislador –de todos los colores políticos–, a lo largo de tantos años, ha preferido no asumir el compromiso de elaborar una ley de desarrollo, al menos en sus principios básicos, de un derecho fundamental tan transversal y genérico como es el de igualdad y no discriminación, en vez de afrontar esa tarea. Precisamente por las características de este derecho, los conflictos que se han producido en torno a él han sido muy numerosos a lo largo de estos cuarenta años de vigencia de la Constitución y, ante la ausencia de una ley de desarrollo, los Tribunales los han tenido que ir resolviendo conforme a su leal saber y entender, porque nunca han dispuesto –y siguen sin disponer– de criterios legales que les orienten a ese respecto. Y es que probablemente resulte más sencillo

⁹ Sin embargo, en la Disposición final primera de la Ley, titulada «*Fundamento constitucional*», no se alude a los artículos 14 y 81.1 CE para fundar aquella, sino al artículo 149.1.1^a CE: «*1. Los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el Capítulo I del Título II, los artículos 28 a 31 y la disposición adicional primera de esta Ley constituyen regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, de acuerdo con el artículo 149.1.1.ª de la Constitución*».

regular un derecho fundamental de contenido más concreto, que otro con dimensiones tan universales e interdisciplinares como es el de igualdad.

Algo similar se puede afirmar en relación con el artículo 15 CE, que garantiza el derecho que todos tienen a la vida y a la integridad física y moral, prohibiéndose la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. A lo largo de estos años ha habido varias leyes que han afectado a la vida humana (con toda claridad, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) y que, por lo tanto, desarrollan de algún modo ese derecho, pero no se ha elaborado una ley que aborde quién es el titular de ese derecho fundamental, que contenido básico engloba, y cómo debe ser respetado en circunstancias especiales (por ejemplo, en el seno materno o durante el proceso de la muerte). Tampoco se ha desarrollado una ley que defina qué se entiende por tortura, o por trato inhumano o degradante, correspondiendo a los tribunales la tarea de determinar tales conceptos al hilo de cada caso concreto.

Podemos pues afirmar que, cuanto más amplio y pluriforme es el derecho o libertad fundamental de que se trate, más difícil le resulta al legislador atreverse a afrontar una ley que lo regule y defina su contenido esencial.

3. Precisamente por tal razón, los derechos y libertades fundamentales que han tenido una regulación pretendidamente completa han sido bastante pocos, y generalmente de sencilla delimitación. El primero en el tiempo fue el derecho a la libertad religiosa y de culto, contemplado en el artículo 16 CE, que fue desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR). Esta ley es un tanto extraña, porque es muy breve (ocho artículos) y no cuenta con Exposición de Motivos y apenas Disposiciones adicionales o finales. Pero al menos sirve como modelo de lo que podría ser una ley orgánica de desarrollo de un derecho fundamental: delimita el contenido esencial del mismo (art. 2 LOLR), define sus límites (art. 3 LOLR) y su protección (art. 4 LOLR), y desarrolla después aspectos secundarios relacionados con él¹⁰. No obstante, el derecho a la libertad ideológica, también contemplado en el artículo 16.1 CE, sigue huérfano de regulación.

Otro derecho fundamental con ley propia es el de habeas corpus, garantizado en el artículo 17.4 CE, que fue desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo. También en este caso se procedió a elaborar una normativa

¹⁰ Para Barceló i Serramallera, Mercé, «una regulación completa de un derecho o libertad es la que afecta a todos sus elementos estructurales: titularidad, objeto, contenido, ejercicio y límites; y debe también referirse a los sectores materiales sobre los que se proyecta el derecho o libertad en cuestión» (*Comentarios a la Constitución española*, Comentario al artículo 81, *op. cit.*, pág. 1476).

breve (nueve artículos), pero bastante completa: se define el contenido básico del derecho, quién puede reclamarlo, frente a quién, el procedimiento que debe seguirse y los efectos que de él se derivan. Lo mismo sucede con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, recogidos en el artículo 18.1 CE y desarrollados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (nueve artículos); la protección de datos, aludida en el artículo 18.4 CE y ampliamente regulada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (cuarenta y nueve artículos); el derecho de reunión del artículo 21.1 CE, cuya norma de desarrollo es la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio (once artículos); el derecho de asociación del artículo 22.1 CE, regulado a través de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo (cuarenta y dos artículos); la libertad sindical del artículo 28.1 CE, contemplado en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (quince artículos); y el derecho de petición del artículo 29.1, cuya regulación se encuentra en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre (doce artículos).

Del elenco de leyes citadas llaman la atención dos aspectos. En primer lugar, que la mayor parte de ellas fueron aprobadas a los pocos años de la aprobación de la Constitución (casi todas son de principios de los ochenta). Esto resulta muy importante, porque en aquellos momentos el legislador podía regular el derecho fundamental sin condicionante alguno, porque aún no existía doctrina del Tribunal Constitucional sobre esas cuestiones. Como luego se indicará, cuando dicho Tribunal ya ha delimitado, positiva o negativamente, el ámbito de un derecho, o todo o parte de su contenido esencial, su regulación legal no resulta tan sencilla, o al menos debe ajustarse a lo señalado por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, parece como si, tras ese primer impulso, se hubiera producido un frenazo a la labor legislativa en este ámbito, y se hubiera renunciado a regular, por medio de una ley, y de forma directa y global, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos.

En segundo lugar, también llama la atención la brevedad de todos esos textos legislativos. Un ejemplo de brevedad máxima es la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información, que, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 20.1.d) CE (*«La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades»*), refiriéndose a las de comunicar y recibir libremente información veraz), solo aborda la cuestión de la cláusula de conciencia, pero no el secreto profesional. Esta ley consta únicamente de tres artículos, y su única finalidad parece ser la de posibilitar que los periodistas cobren una indemnización cuando rescinden su contrato de trabajo por razones de conciencia. Pero, al margen de este caso, todas las demás leyes tampoco suelen superar los diez artículos, lo que demuestra que el legislador no pretendía agotar todas las cuestiones relativas a la esencia y

ejercicio del derecho o libertad en cuestión, sino delinear sus aspectos básicos para que sirvieran de marco de referencia. Con esto se quiere señalar que, incluso aunque exista una ley de desarrollo, siempre habrá conflictos de interpretación o aplicación que, a la postre, deberán ser resueltos por los Tribunales ordinarios y por el Tribunal Constitucional, por lo que ambos niveles (legislativo y judicial) es inevitable que se complementen en esta materia.

Mención aparte de todos los anteriores merece el derecho fundamental a la educación (artículo 27.1 CE), que ha sido desarrollado por numerosas leyes a lo largo de estos años tanto para lo que se refiere a la enseñanza obligatoria como a la universitaria, la libertad de cátedra (artículo 20.1.c CE) y lo relativo a la ciencia y la investigación, en su vertiente de producción científica y técnica (artículo 20.1.b CE). La actualmente vigente es la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, que regula el sistema educativo español no universitario. Aquí resulta muy difícil escindir el derecho de su desarrollo, por lo que toda la regulación educativa no deja de ser, en mayor o menor medida, una concreción de su contenido básico.

4. Otros muchos derechos y libertades fundamentales no tienen una ley que, nominalmente, los desarrolle, pero su contenido y ejercicio ha sido no obstante objeto de un amplio desarrollo legal. Esto ha sucedido con algunos relacionados con el proceso penal, como las garantías vinculadas a la detención preventiva (artículo 17.2 y 3 CE), la prisión provisional (art. 17.4 CE) o a la inviolabilidad del domicilio y de las comunicaciones (artículo 18.2 y 3 CE).

Así, por ejemplo, el régimen de la prisión provisional ha sido reformado en diversas ocasiones (la última, por medio de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre), introduciendo nuevos preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que definen el ámbito del derecho a la libertad personal en esa materia, y lo mismo ha sucedido con la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, que da nueva redacción a los preceptos relativos a las intervenciones telefónicas y añade otras que afectan al derecho fundamental de la intimidad. Lo que sucede en estos casos es que, como posteriormente se dirá, la regulación legal en estas materias estaba *absolutamente condicionada* por los pronunciamientos que, en relación con ellas, había realizado con anterioridad el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, lo que origina que muchas veces el texto legal no haga sino plasmar lo que previamente ha fijado dicho Tribunal como doctrina constitucional.

5. Hay que destacar que el hecho de que, en todos estos casos, el legislador haya decidido abordar de forma directa la regulación de un derecho o libertad fundamental, y se tenga en consecuencia un referente legal al que acudir en caso de aplicación de tal derecho o libertad, no excluye la existencia de conflictos y la necesidad de que, primero los Tribunales ordinarios, y

después y en última y definitiva instancia, el Tribunal Constitucional, procedan a matizar, completar, aclarar e incluso corregir lo señalado legalmente. Lo que sucede es que, en todos estos casos que hemos expuesto, quien fija inicialmente el criterio es el poder legislativo, y el Tribunal Constitucional actuará tomando como referencia lo que aquel haya dispuesto. Lo contrario que sucede cuando, como a continuación veremos, las primeras concreciones del contenido esencial de un derecho provienen del Tribunal Constitucional.

III. LA DETERMINACIÓN DE ALGUNOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES POR EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Como ya hemos visto, muchos derechos y libertades fundamentales han tenido una ley que los ha desarrollado y en ella se ha delimitado su contenido esencial y las condiciones de su ejercicio. Pero junto a ellos, existen otros derechos que nunca han sido objeto de ningún tipo de desarrollo legal y, dado que en la práctica se suscitaban numerosos problemas en torno a ellos y su vulneración era alegada directamente ante los Tribunales, resultaba necesario proceder a la delimitación de su extensión y contenido. Pues bien, esa labor ha sido afrontada de forma exclusiva –y exitosa– más que por la jurisdicción ordinaria, por el Tribunal Constitucional; no en vano el artículo 123.1 CE le atribuye a este último el rango superior dentro de la organización jurisdiccional *«en materia de garantías constitucionales»*.

Un caso muy claro donde se evidencia lo que acabamos de afirmar lo encontramos en relación con el derecho fundamental enunciado en el apartado 1 del artículo 24 CE, que establece el derecho de los ciudadanos *«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»*. A priori, resultaba un grave problema determinar el contenido esencial de un derecho como éste porque, aunque de enunciado muy abstracto, se marcaba un objetivo tremendamente ambicioso, al pretender garantizar no solo el derecho a *solicitar* una tutela judicial efectiva, sino a *obtenerla* realmente.

De hecho, el legislador postconstitucional no se atrevió a elaborar una ley que desarrollara este derecho fundamental, a diferencia de lo que hizo en relación con otros. Ni siquiera la LOPJ de 1985 incorporó una mínima referencia a su contenido básico, con la excepción quizá de lo dispuesto en su artículo 11.3¹¹, que resulta muy genérico en cualquier caso. Por otra parte, a

¹¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.3 LOPJ: *«Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo*

la jurisdicción ordinaria no le resultó sencillo fijar el contenido esencial de un derecho tan difícil de concretar como aquel, por lo que fue, desde época muy temprana, el Tribunal Constitucional quien asumió la función de ir delimitando progresivamente su contenido¹². Así, la STC núm. 61/1984, de 16 de mayo, señaló que:

«La tutela de los derechos e intereses legítimos, que consagra el artículo 24 de la Constitución, comprende como derechos de los ciudadanos los de tener acceso a la jurisdicción, tener un proceso que, discurriendo dentro de un período razonable, permita al litigante defender sus intereses, así como el derecho a obtener una decisión jurídicamente fundada o motivada. Además de ello, comprende el derecho a que la sentencia, que eventualmente haya puesto fin al proceso, se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, ya que, si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria».

Poco a poco se fueron, pues, concretando, los aspectos que se consideraban dentro del derecho a la tutela judicial efectiva: el derecho de acceso, el derecho a una sentencia de fondo motivada y congruente, a los recursos legalmente establecidos, a la intangibilidad de las sentencias, a su efectiva ejecución, o a un sistema eficaz de tutelar cautelar, etc. Todo ese cuerpo de doctrina ha sido una creación muy meritoria del Tribunal Constitucional, que ha ido construyendo el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 24.1 CE a medida que se le iban planteando cuestiones concretas. Y, de igual modo, al tiempo que señalaba los aspectos que integraban dicho contenido esencial, también iba realizando una delimitación negativa de dicho derecho, es decir, señalando a qué otros no se extendía su cobertura o qué cuestiones no podía considerarse que formaran parte de su contenido esencial: por ejemplo, el derecho a una tutela efectiva no abarca el derecho a exigir de los Tribunales

podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes». Como puede observarse, se apunta ahí el denominado «derecho al proceso», que ya había sido definido con anterioridad a 1985 por el Tribunal Constitucional como integrando el contenido esencial del artículo 24.1 CE.

¹² En palabras de uno de los Magistrados que integraban ese primer Tribunal Constitucional: «Apenas ha habido sentencias constitucionales sobre el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de reunión o de asociación y tampoco son muchas las sentencias relativas a las libertades en el ejercicio de los derechos de carácter laboral como el derecho de huelga o el de representación sindical. El giro se produjo, desde el principio, en torno al artículo 24 de la Constitución» (Diez-Picazo y Ponce de León, L: «Tribunal Constitucional y Poder Judicial en defensa de los derechos fundamentales», en *La defensa de los derechos fundamentales: Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pág. 26).

una sentencia con un contenido concreto, al no existir un derecho a que estos acierten en todas las resoluciones que pronuncian¹³.

Algo similar encontramos en relación con los derechos procesales específicos que se enumeran en el artículo 24.2 CE: no tenemos ninguna ley que defina y desarrolle en lo que consiste el derecho a la presunción de inocencia, al juez ordinario predeterminado por la ley, o a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Ha sido también en estos casos el Tribunal Constitucional quien ha ido delimitando el contenido positivo y negativo de cada uno de esos derechos.

2. Pasados cuarenta años desde la aprobación de la Constitución, hay que reconocer y valorar muy positivamente la tarea que, a lo largo de todo ese tiempo, ha desarrollado el Tribunal Constitucional a la hora de definir el contenido esencial, la extensión y límites de los distintos derechos y libertades fundamentales. Que hoy una expresión como la de «derecho a la tutela judicial efectiva» incluya en su seno una variedad y riqueza de garantías y contenidos como a los que se ha hecho referencia, demuestra no solo un alto grado de depuración técnica y conceptual, sino también un gran éxito del diseño constitucional, que creó un órgano capaz de definir los contornos básicos de los derechos fundamentales para cuando el legislador no lo hubiera hecho con anterioridad.

Sin embargo, el hecho de haya sido el Tribunal Constitucional quien ha fijado el contenido esencial y los límites en el ejercicio de la mayoría de los derechos y libertades fundamentales, también origina algunos inconvenientes. Y ello es así porque la labor realizada tiene el problema de que, por su propia naturaleza, siempre resultará progresiva, particular e incompleta.

¹³ Como bien resume la STC núm. 204/1999, de 8 de noviembre: *«A este respecto, y como se recuerda en la STC 2/1997 (fundamento jurídico 3º), “una vez apreciada la existencia de una motivación suficiente, la jurisdicción de este Tribunal no llega tan lejos como para enjuiciar el acierto o desacierto sustancial de las resoluciones judiciales, pues ello llevaría, como tantas veces hemos afirmado, a incidir en cuestiones de mera legalidad, y que, por esto mismo, pertenecen a la esfera competencial estricta de los Jueces y Tribunales ordinarios”. Como proclamó la STC 148/1994 (fundamento jurídico 4º), también invocada en aquella Sentencia, “el art. 24.1 CE... no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección e interpretación de la norma aplicable [siendo esto último lo único que ahora importa] corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, sin otra excepción que la de aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, que no podría considerarse expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma. A efectos del art. 24.1 CE, la cuestión no es, pues, la de mayor o menor corrección en la interpretación de la legalidad, sino, para respetar el propio ámbito del recurso de amparo constitucional, el terreno de la arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad y el de la motivación suficiente”».*

Es *progresiva* porque se va desarrollando poco a poco, dado que va surgiendo al hilo del caso concreto que llega hasta el Tribunal Constitucional. Esta situación conduce a que la jurisdicción ordinaria opere, a partir de ese momento, con lo fijado por la doctrina constitucional (que para ella es vinculante: artículo 5.1 LOPJ) e, intentando ajustarse a ella, extienda o restrinja lo declarado, según le parezca. Es decir, el hecho de que no se fije toda la regulación de un derecho de una sola vez –como sucede cuando se desarrolla por ley–, sino a demanda y de forma parcial, puede originar una cierta inseguridad jurídica al tener que ser interpretada y completada por los Tribunales ordinarios cuando se les susciten cuestiones relacionadas con ese derecho, con el consiguiente riesgo de incomprensiones y contradicciones.

También esta forma de delimitar el contenido esencial de un derecho es por naturaleza *particular*, puesto que la doctrina resultante siempre se elabora *ad hoc*, es decir, para ser aplicada, no en general (aunque evidentemente, se puede generalizar), sino al caso concreto que ha dado lugar al pronunciamiento. Precisamente ese *apegamiento* o vinculación al caso planteado puede originar que la extensión de los pronunciamientos a otros similares, pero no idénticos, resulte inadecuada, o incluso pueda dar lugar a vacilaciones, contradicciones o, simplemente, obligue a una rectificación posterior cuando se tiene una visión más amplia y real del problema en cuestión, como ha sucedido, por ejemplo, en relación con el valor de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales, o con la operatividad de la confesión del coimputado para enervar la presunción de inocencia.

Por último, parece claro que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca de un derecho o libertad fundamental resolviendo un caso particular es, por definición, *incompleta*, pues siempre caben nuevos casos que obliguen a una mejor delimitación del contenido del derecho o libertad. Tan es así que, precisamente, este es uno de los casos que, según señaló el Tribunal Constitucional en su importante STC núm. 155/2009, de 25 de junio, justifica una «especial trascendencia constitucional» que permite entrar a conocer del recurso de amparo planteado¹⁴.

¹⁴ De acuerdo con esta STC núm. 155/2009: «*En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido. Tales casos serán los siguientes: (...)b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna,*

IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LAS DIVERSAS VÍAS EXISTENTES PARA DESARROLLAR LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

1. Como se expuso al comienzo de este trabajo, el órgano encargado de proteger en primer término los derechos y libertades fundamentales es el Poder judicial a través de sus Tribunales ordinarios, y así lo ha reconocido incluso el propio Tribunal Constitucional¹⁵. Esto debería haber supuesto que el principal cuerpo de doctrina acerca del contenido esencial de dichos derechos y libertades debiera haber sido el elaborado por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, como ya hemos indicado, lo cierto es que no ha sido así, y quien desde el principio ha desempeñado esa labor ha sido el Tribunal Constitucional, a pesar de que su intervención en materia de derechos fundamentales aparece configurada como subsidiaria¹⁶.

Esto no significa que los Tribunales ordinarios no hayan desempeñado correctamente su labor e intentado decidir, de la forma más acertada posible, sobre las presuntas vulneraciones de derechos fundamentales que se planteaban ante ellos. Lo que sucede es que resultaba casi imposible que su decisión, cuando no era plenamente favorable al reclamante de la tutela, fuera sin más aceptada por éste; por el contrario, solía recurrirla, abocando así la cuestión al definitivo criterio del Tribunal Constitucional.

Es decir, si el Tribunal Constitucional termina pronunciándose en amparo por una vulneración de un derecho fundamental, es porque el ciudadano entiende que los Tribunales ordinarios no han tutelado de forma correcta o adecuada dicho derecho. Y esa actuación vulneradora puede surgir de una doble circunstancia: bien porque la violación del derecho se ha cometido antes del inicio del proceso, pero no ha sido reparada por los sucesivos Tribunales; bien porque no existía desde el principio, pero se ha producido precisamente durante la actuación judicial en la tramitación del proceso o en la decisión resultante.

como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE».

¹⁵ Por ejemplo, la STC núm. 227/1999, de 13 de diciembre: «Ese carácter subsidiario (del amparo constitucional), dejando actuar en primera línea a los Jueces y Tribunales que uno a uno ejercen y en conjunto conforman el Poder Judicial, por ser los guardianes naturales y primeros de los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas, se refleja en el requisito que es exigible a la pretensión para su viabilidad procesal: el agotamiento de la vía judicial, utilizando en ella todos los recursos disponibles».

¹⁶ En concreto, la STC núm. 31/1981, de 28 de julio, afirmaba que es «el amparo un medio último y subsidiario de garantía». Y esa doctrina se ha reiterado indefinidas veces por el Tribunal Constitucional.

Podemos afirmar, pues, que si el Tribunal Constitucional ha terminado desarrollando una labor de fijación del contenido de los derechos fundamentales que, conforme a lo dispuesto en el texto constitucional, correspondía realizar a los Tribunales ordinarios, es porque no cabía otra opción, pues, por más diligencia que estos pusieran en el correcto desempeño de su labor tutelar, por la propia estructura del sistema, tarde o temprano las vulneraciones de derechos fundamentales siempre van a acabar llegando al Tribunal Constitucional.

2. Hay un dato que resulta también muy importante para entender el predominio de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales y el avance indudable que aquella ha supuesto para la garantía y expansión de tales derechos. Nos referimos al hecho de que la composición del Tribunal ha sido, en sus sucesivas renovaciones, predominantemente «académica», es decir, formada mayoritariamente por profesores de Universidad de diversas disciplinas. De acuerdo con el artículo 159.2 CE, el Tribunal Constitucional tiene doce miembros, y no hay un criterio de selección en función de su origen (a diferencia de lo que sucede en el Consejo General del Poder Judicial, donde tres quintos de sus vocales han de ser de la Carrera judicial y los dos quintos restantes, del resto de profesiones jurídicas: art. 122.3 CE), pues basta con que sean «*Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional*».

Pues bien, durante los primeros treinta años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, la mayoría de sus miembros fueron profesores de Universidad –como también lo eran muchos de sus Letrados–, lo que permitió dotar a la doctrina constitucional de una capacidad de innovación jurídica –derivada en buena medida del conocimiento que aquellos tenían del Derecho constitucional comparado– y de una depuración conceptual y técnica, que la convirtió en el referente patrio indiscutido e indiscutible en materia de derechos fundamentales para todos los demás órganos del Estado. El seguimiento de su doctrina no se ha debido, pues, solo a que así lo exija el texto constitucional (artículo 123.1 CE)¹⁷, sino especialmente al nivel que se reconocía que alcanzaban las resoluciones que iba dictando a lo largo de todos estos años¹⁸.

¹⁷ Como señala Díez-Picazo y Ponce de León, «el amparo constitucional, que así lo llama la LOTC, es un verdadero recurso que se da contra resoluciones de los jueces y tribunales dictadas en una instancia inferior a la del Tribunal Constitucional al que la Constitución reconoce como instancia suprema en materia de garantías constitucionales» («*Tribunal Constitucional...*», *op. cit.* pág. 21).

¹⁸ Desde esta perspectiva, no debe valorarse positivamente que en las últimas renovaciones del Tribunal Constitucional se haya optado más por Magistrados que por Profesores. Todos los Magistrados elegidos son excelentes juristas y no se duda de que puedan

3. El modelo contemplado en la Constitución de doble y sucesiva protección de los derechos y libertades fundamentales, donde primero se pronuncia la jurisdicción ordinaria y después, si así se solicitara, el Tribunal Constitucional sobre la misma cuestión controvertida, no deja de tener algunos inconvenientes importantes. El primero se refiere al casi inevitable enfrentamiento que, en estos casos, se suele producir entre los distintos órganos jurisdiccionales acerca de cuál ha de ser el contenido, extensión y límites de tales derechos, y también sobre si determinadas materias han de ser o no objeto de pronunciamiento constitucional¹⁹.

Así ha sucedido en nuestro país. A lo largo de estos cuarenta años, han tenido lugar diversos episodios reveladores de una relación muy tensa entre el Tribunal Supremo, «*órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (jurisdiccionales)*» (art. 123.1 CE) y el Tribunal Constitucional, que es el superior «*en materia de garantías constitucionales*» (art. 123.1 CE)²⁰. Y no sólo porque al primero le ha resultado difícil asumir doctrinas elaboradas por el segundo que no compartía, sino también porque, en ocasiones, el Tribunal Supremo discutía que se estuviera realmente ante una cuestión de naturaleza constitucional y no de legalidad ordinaria²¹.

aportar sus valiosos conocimientos y experiencia a la labor del Tribunal; pero el hecho de que estén habituados a aplicar la ley vigente y no a innovar, puede dificultar la elaboración de una nueva doctrina o el conocimiento de la forma en que se han resuelto problemas similares en otros países de nuestro entorno.

¹⁹ Sobre esta denominada «guerra de Cortes», se puede consultar: Mendizábal Allende, Rafael: «La guerra de los jueces: Tribunal Supremo VS Tribunal Constitucional», *Revista de Derecho procesal*, nº 1, 2005, págs. 489-536; y Banaolche Palao, Julio: «Las conflictivas relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo por razón del recurso de amparo: problemas y soluciones», *Revista de Derecho procesal*, nº 1, 2007, págs. 69-109.

²⁰ Según Medina Guerrero, Manuel: «lo cierto es que nuestro sistema propicia que esas relaciones sean especialmente tensas. De una parte, porque la Constitución es muy generosa en el reconocimiento de derechos fundamentales de naturaleza procesal, lo que obviamente multiplica los supuestos en que los órganos judiciales son susceptibles de lesionar, per se, directamente derechos. Y, de otro lado, porque las posibilidades de conflicto se incrementan exponencialmente en el momento en que se admite que la función del Tribunal Constitucional se proyecta asimismo a las relaciones entre particulares, máxime cuando –como es frecuente en nuestra práctica– el control no se ciñe a constatar las deficiencias de protección que hayan podido cometer las resoluciones impugnadas, sino a revisar íntegramente el caso en sí, lo que puede conducir a que el Tribunal Constitucional desplaze y sustituya a los órganos judiciales en la tarea de interpretar y aplicar la normativa civil, penal o laboral involucrada en cada caso» (*Comentarios a la Constitución...*, *op. cit.*, págs. 1182 y 1183).

²¹ Un ejemplo de este segundo motivo de enfrentamiento lo encontramos, por ejemplo, en la cuestión relativa a la prescripción penal. La STC núm. 63/2005, de 14 de marzo, corrigió la interpretación que la Sala Segunda del Tribunal Supremo había realizado sobre

La solución a este problema no resulta sencilla, especialmente cuando se debe al segundo motivo, dado que entonces el Tribunal Supremo niega *in radice* la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre un asunto. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha intentado zanjar la cuestión con una nueva redacción de su artículo 4.1, señalando que «*el Tribunal Constitucional delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia*». Es decir, que, según la normativa actual, una materia es de naturaleza constitucional si así lo indica el Tribunal Constitucional (artículo 4.1 LOTC), y lo que declare al respecto debe ser respetado por todos los Tribunales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo (artículo 5.1 LOPJ).

4. Un segundo problema que también tiene su origen en el modelo constitucional es el provocado por la desafortunadísima modificación del ámbito del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que introdujo la ya citada Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo²². Como en esta reforma legal se

la interrupción de la prescripción. Ante esto, la Sala Segunda aprobó el Acuerdo de 25 de abril de 2005, donde se rechazaba que en ese caso se deberá aplicar el artículo 5.1 LOPJ y que ella quedara vinculada por la doctrina del Tribunal Constitucional. Este, no obstante, ratificó su doctrina en la STC núm. 29/2008, de 20 de febrero, y el Tribunal Supremo la suya en un nuevo Acuerdo de 26 de febrero de 2008, donde acusaba al Tribunal Constitucional de hacer una interpretación de la legalidad ordinaria que, según el artículo 123 CE, solo corresponde hacer al Tribunal Supremo. Este enfrentamiento obligó a una reforma legal, la realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio, pero aun así ha habido reiteración por el Tribunal Constitucional de que no era una cuestión de legalidad ordinaria, sino con trascendencia constitucional (anulando una sentencia de una Audiencia Provincial que sostenía el criterio del Tribunal Supremo: STC núm. 32/2013, de 11 de febrero).

Con la Sala Primera también ha habido sonoros enfrentamientos: por la interpretación de la negativa a practicar una prueba en casos de filiación (STC núm. 7/1994, de 17 de enero), la imposición de un trámite de audiencia antes de inadmitir la casación (STC núm. 212/1994, de 13 de julio), la valoración de una afectación al derecho a la intimidad (el caso Preysler: STC núm. 115/2000 y la posterior núm. 186/2001), o la negativa a tramitar una reclamación (caso del Letrado Mazón), que terminó con la condena de los magistrados del Tribunal Constitucional por responsabilidad civil en sentencia dictada por el Tribunal Supremo (que luego anuló el Tribunal Constitucional).

²² Para profundizar más sobre este incidente se puede consultar Banacloche Palao, Julio: «La reforma del incidente excepcional de nulidad de actuaciones y el pretendido amparo judicial», en *Justicia y Derecho tributario: libro homenaje al profesor Julio Banacloche Pérez*, coord. por Carmen Banacloche Palao, Julio Banacloche Palao, Begoña Banacloche Palao, Ed. La Ley Wolters-Kluwer, 2008, págs. 205-236; Aguilera Morales, Encarnación: «El incidente de nulidad de actuaciones ex artículo 241 LOPJ: una mala

limitaba de forma drástica el acceso al recurso de amparo (al exigirse para su admisión una «especial trascendencia constitucional», a la que ya se ha hecho referencia), por lo que la propia ley buscó un sucedáneo a dicho amparo a través de un nuevo «amparo judicial ordinario», que precedería –y sustituiría– a aquel y que, pretendidamente, cumpliría su misma función protectora de los derechos fundamentales.

Pero en vez de diseñar *ex novo* dicho recurso de amparo judicial, de modo que respondiera adecuadamente a la finalidad para la que se creaba, el legislador prefirió usar para tal cometido una figura que ya existía, aunque con una función diferente y mucho más limitada. En concreto, dicho amparo se articulaba a través del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, regulado en el artículo 241 LOPJ, y creado para anular una sentencia firme cuando se hubiera producido un vicio procesal (de garantías del procedimiento o de la propia sentencia que alcanzaba firmeza) que no hubiera podido denunciarse o discutirse con anterioridad.

Pues bien, con la nueva redacción dada al precepto, ante cualquier vulneración de un derecho o libertad fundamental producida por una resolución contra la que no cupiera recurso, se podía plantear (ante el mismo órgano que la había dictado, lo cual resultaba absurdo e incluso se ha afirmado que también inconstitucional²³) el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, que «sustituiría» de este modo al amparo constitucional, cuyo acceso no se podía como antes asegurar. Pero, de forma completamente equivocada, el artículo 241 LOPJ seguía requiriendo –como sucedía en la anterior regulación– que el motivo del incidente no se hubiera podido alegar con anterioridad, lo que muy pocas veces se produce en relación con el nuevo presupuesto de hecho del incidente (esto es, la vulneración de un derecho fundamental) –porque normalmente (salvo que se haya cometido en la sentencia última) siempre ya ha sido alegado y discutido previamente–. El incumplimiento de este requisito (que es además el opuesto al del amparo, donde es condición *sine qua non* para admitirlo que la cuestión se haya discutido en instancias judiciales) es que no cabría hacer uso del nuevo mecanismo impugnatorio.

En definitiva, el resultado de la nueva regulación ha sido que el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones se ha revelado como un mecanismo absolutamente inútil para reparar posibles vulneraciones de derechos fundamentales, pero, al mismo tiempo, se ha convertido en una pesada rémora para

solución para un gran problema», *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 31, 2013; y Gómez Fernández, Itziar y Montesinos Padilla, Carmen: «Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión?», *Revista española de Derecho constitucional*, Año n.º 38, n.º 113, 2018, págs. 71-102.

²³ Véase a este respecto, Morenilla Allard, Pablo: «De nuevo, sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones», *Diario La Ley*, n.º 8099, 2013.

el justiciable, al resultarle obligado el plantearlo si luego quiere intentar el amparo constitucional (salvo algunas excepciones que ha tenido que aceptar el Tribunal Constitucional, dada la incoherencia absoluta del sistema²⁴), con el coste económico (costas) y temporal que ello representa²⁵. Lo único positivo de tan desastrosa figura –que se debería haber suprimido hace mucho tiempo– es que, dado que el Tribunal que resuelve el incidente nunca llega a fijar doctrina alguna (porque, al ser el mismo que dictó la sentencia impugnada, se suele limitar a reiterar sus anteriores pronunciamientos), no ha llegado a producir ningún enfrentamiento doctrinal con el Tribunal Constitucional.

5. Existe un último problema causado por el hecho de que sea el Tribunal Constitucional quien se haya pronunciado sobre el contenido esencial de muchos derechos fundamentales. Y es que tal doctrina, configuradora del ámbito de dichos derechos, se ha sentado con anterioridad a que el legislador haya regulado el contenido de aquellos o su ejercicio. Por lo tanto, cuando éste se decide a hacerlo, ya tiene mucho menos margen para su regulación, pues debe seguir la línea fijada por el Tribunal Constitucional con anterioridad.

Se pueden poner dos claros ejemplos que respaldan la anterior conclusión. El primero se refiere al tratamiento que debía darse a la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Cuando aún no existía regulación al respecto, se le planteó un caso sobre esa cuestión al Tribunal Constitucional, que resolvió en la STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre. En ella se decidió acoger la denominada «teoría de los frutos del árbol envenenado», que considera ilícita no solo la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, sino también aquella que de ella se deriva. Ese pronunciamiento del Tribunal Constitucional, que de ninguna manera venía exigido

²⁴ A partir de la STC núm. 216/2013, de 19 de diciembre, el Tribunal Constitucional, muy acertadamente, ya no exige el planteamiento previo del incidente excepcional de nulidad de actuaciones si la vulneración del derecho ya fue discutida y resuelta por el Tribunal cuya sentencia deviene firme: «cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho (...) consecuencia de la revocación de las sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial».

²⁵ Que este incidente excepcional del artículo 241 LOPJ no sirve absolutamente para nada lo demuestra el hecho de que se desestime en un 99% de los casos. Según la *Justicia Dato a Dato 2016* (fuente: CGPJ), en ese año el número de incidentes derivados del artículo 241 LOPJ fue de 7.878, y los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional fueron 6.685. Es decir, casi el mismo número de unos y otros, lo que demuestra que el ciudadano ve dicho incidente como un presupuesto para poder acceder al recurso de amparo, aun sabiendo que no prosperará ni servirá para fijar doctrina.

directamente por el texto constitucional, condicionó la regulación posterior sobre esa materia, y el legislador no pudo por más que recoger esa doctrina en el actual artículo 11.1 LOPJ. Lo que nunca sabremos es qué se hubiera decidido legalmente en este punto de no haber existido previamente la sentencia del Tribunal Constitucional.

El segundo ejemplo lo encontramos en relación con la introducción del principio de proporcionalidad como elemento necesario para admitir una restricción de un derecho fundamental. La STC núm. 207/1996, de 16 de diciembre, fue la primera que alude a dicho principio, señalando que sin el cumplimiento de sus exigencias (legalidad, justificación teleológica, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto) no se podía admitir constitucionalmente una limitación de un derecho fundamental. Pues bien, a partir de ese momento, la regulación de las diversas instituciones penales que afectan a derechos fundamentales (como el art. 502.2 LECr sobre prisión provisional²⁶ o el art. 588 bis a.1 LECr sobre determinadas medidas de investigación²⁷) han incorporado las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, en los términos indicados por la doctrina constitucional. No se puede, pues, saber si el legislador hubiera recogido de otro modo esas exigencias (que no aparecen en el texto constitucional, sino que son una creación del Tribunal Constitucional tomando como base la doctrina constitucional alemana al respecto) de no haberse dictado esa sentencia –y otras posteriores–; pero lo cierto es que, una vez fijada una doctrina por dicho Tribunal, el legislador ya no se arriesga a legislar de forma alternativa, con lo que de alguna manera desaparece esa función que le confirió la Constitución de ser él quien desarrolle –se supone que en primer término– el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales.

V. CONCLUSIÓN

1. Se puede decir que, aunque en el diseño constitucional originario, los encargados de delimitar el ámbito nuclear y periférico de los derechos fundamentales y libertades públicas eran, en primer lugar, el legislador, y, en segundo término, los Tribunales ordinarios, lo cierto es que ha sido el Tribunal

²⁶ Este precepto señala que: «2. La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional».

²⁷ A tenor de este precepto: «1. Durante la instrucción de las causas se podrá acordar alguna de las medidas de investigación reguladas en el presente capítulo siempre que medie autorización judicial dictada con plena sujeción a los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida».

Constitucional quien se ha encargado de esa labor, de modo que en la actualidad, si se quiere conocer cuál es la extensión y límites de un derecho fundamental hay que acudir a la doctrina constitucional sentada sobre dicho derecho.

2. La circunstancia que se acaba de exponer ha generado una doble consecuencia: por un lado, el legislador está fuertemente condicionado a la hora de regular los derechos y libertades fundamentales cuando ya existe doctrina del Tribunal Constitucional, porque considera que debe ajustar la ley que redacte a los pronunciamientos que, en esa materia, haya realizado dicho Tribunal. Con ello el sistema termina asumiendo que la única regulación legal posible en materia de derechos fundamentales es aquella que recoge la doctrina previamente fijada por el Tribunal Constitucional.

Y, por otro lado, dado que los Tribunales ordinarios deben aplicar e interpretar las normas conforme a la doctrina constitucional en materia de derechos fundamentales (art. 5.1 LOPJ), cabe dudar de que tengan alguna capacidad para dar respuestas distintas a las cuestiones que cuentan con una doctrina ya fijada por el Tribunal Constitucional. La única vía posible es considerar que queda abierta a la interpretación judicial respecto de aquellas cuestiones secundarias o periféricas que se califiquen como de legalidad ordinaria y que, por lo tanto, carecerían de relevancia constitucional; pero incluso en esos casos, después de las últimas reformas legales, también la última palabra la tendría el Tribunal Constitucional (art. 4.1 LOTC), que se ha convertido, pues, en el actor protagonista en materia de determinación de los derechos y libertades fundamentales de nuestro sistema constitucional.

EL DESARROLLO DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES POR EL PODER LEGISLATIVO,
EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

*The development of fundamental rights by the legislative
power, the judiciary and the Constitutional Court*

Julio Banacloche Palao

Universidad Complutense de Madrid (España)

jbanaclo@ucm.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp17-46](http://dx.doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp17-46)

Copyright

Estudios de Deusto es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado