

**EL ARTÍCULO 53
DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
DE 1978: ESQUEMA
DE LA EVOLUCIÓN Y DEL ESTADO
DE SITUACIÓN
DE SUS INSTRUMENTOS
DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES (1978-2017)**

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ESTRUCTURA DE MATERIALIZACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 53. 3. PRECONDICIONES DE NORMATIVACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.1 El principio de sujeción y vinculatoriedad directa de todos los poderes públicos. 3.2 El principio de reserva de ley. 3.3 El contenido esencial de los derechos y libertades. 4. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO ORDINARIO DEL ARTÍCULO 53.2. 4.1 Esquema de evolución y estado de situación del proceso preferente y sumario en los distintos órdenes. 4.2 Sobre la protección de derechos fundamentales de carácter procesal. 5. EL RECURSO DE AMPARO EN EL CONTEXTO DEL ARTÍCULO 53.2. 6. APROXIMACIÓN AL SENTIDO PRÁCTICO DE LOS PRINCIPIOS RECONOCIDOS EN EL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I.

Fecha recepción: 15.06.2017
Fecha aceptación: 26.09.2017

EL ARTÍCULO 53 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: ESQUEMA DE LA EVOLUCIÓN Y DEL ESTADO DE SITUACIÓN DE SUS INSTRUMENTOS DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (1978-2017)

ALBERTO OEHLING DE LOS REYES*

Profesor contratado doctor Universidad de las Islas Baleares

1. INTRODUCCIÓN

Seguramente se puede decir que la parte más importante de un texto constitucional para un ciudadano es el catálogo de derechos y libertades que contiene: la parte básica constitutiva del Estado constitucional moderno¹; Starck ha hablado en alguna ocasión del catálogo de derechos como «la joya del articulado»² de una norma constitucional. Ahora bien, como ha indicado expresivamente Torres del Moral, «un

* Universidad de las Islas Baleares. Facultad de Derecho. Edificio G. Melchor de Jovellanos. Cra. Valledemossa 7,5. 07122 Palma / Islas Baleares. España. E. Mail: alberto.oehling@uib.es

¹ STERN, K. (1997), «Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte», en Josef ISENSEE / Paul KIRCHHOF (Coord.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. IX, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 21 y 22.

² STARCK, C (2009), *Verfassungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, p. 178; el mismo autor (2007), *Die kurhessische Verfassung von 1831 im Rahmen des deutschen Konstitutionalismus*, Kassel University, Kassel, p. 22.

derecho vale jurídicamente lo que valen sus garantías»³. Por tanto, tan importante como la positivación constitucional de los derechos es la instauración desde la propia Constitución de vías insoslayables de respeto y garantía de los mismos, y ello en dos sentidos interconectados: en primer lugar, a fin de asegurar en el mayor grado posible el respeto y cumplimiento de los derechos tanto por los poderes públicos como por terceros, en particular a través de la estructuración de una justicia ordinaria y constitucional adicional eficaz; en segundo lugar, también, a fin de buscar un constante desarrollo de mayor nivel de implementación dependiendo del estándar de los derechos fundamentales y constitucionales. Todo ello, igualmente, también presupone reconocimiento de que, como indica Stern, más allá del sentido «axiomático» y de la justificación de los derechos y libertades por su propio sentido, el estándar de los mismos «no está totalmente cerrado, sino que está abierto y es flexible, a fin de posibilitar su adaptación a nuevos contenidos y desarrollos: es complementable»⁴. Esto es en particular predicable respecto a los derechos fundamentales, por cuanto éstos muchas veces «no pueden permanecer en sí de forma continua, sino que están en un proceso de actualización concreta», no solo en lo que se refiere a su ejercicio sino también en lo que se deduce de su protección y garantía⁵. Esta posibilidad de reajuste y actualización se sucede no solamente por tanto en los derechos y libertades que la Constitución reconoce, sino también con las fórmulas de ejercicio, ejecución y protección, permitiendo entablar una relación de evolución en la eficacia práctica de la vigencia y en la rutina de la defensa de los derechos fundamentales y constitucionales. Hay pues también una necesidad de rediseñar poco a poco a partir de la Constitución los derechos y libertades desde una perspectiva renovadora, pero también de mejora de los índices de calidad de su implementación y defensa practico-jurídica, adaptados a las circunstancias y problemáticas de cada momento.

El artículo 53 de la Constitución española de 1978, en general el Capítulo V del Título I, un modelo muy loable del constituyente en lo que se refiere al compendio de diferenciación de derechos y libertades y de niveles de protección⁶, parte de estas pautas básicas. Primero, el artículo 53.1 incluye el principio de vinculatoriedad inmediata de los poderes públicos a los derechos y libertades reco-

³ TORRES DEL MORAL, A. (1991), *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, p. 230.

⁴ STERN, K. (1997), «Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte», en Josef ISENSEE / Paul KIRCHHOF (Coord.), *Handbuch des Staatsrechts*, cit., p. 73.

⁵ MÜLLER, F. (2016) *La positividad de los derechos fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, p. 93. Traducción de Alberto Oehling de los Reyes.

⁶ En contrario, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006), *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson-Civitas, Pamplona, pp. 74 y 75.

nocidos en el Capítulo II del Título I, el principio de reserva de ley y, asimismo, de sujeción del legislativo al respeto de su contenido esencial; luego le sigue el reconocimiento de la tutela adicional del artículo 161.1.a de la Constitución, ante el Tribunal Constitucional, por vía del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. Después, el artículo 53.2, procede a la diferenciación de los distintos tipos de derechos de la norma constitucional: por un lado, los derechos fundamentales propiamente dichos, donde se incluyen los derechos indicados en la Sección Primera del Capítulo I del Título I de la Constitución, y, asimismo, de una u otra manera, el derecho a la igualdad del artículo 14⁷, el derecho a la objeción de conciencia⁸ y el derecho a la protección de datos personales⁹; por otro lado, los derechos constitucionales, que junta derechos y deberes (Sección Segunda del Capítulo II del Título I), de una índole menor. Especificar que hablamos aquí en términos de derechos fundamentales a efectos de clasificación de normas constitucionales sobre derechos y libertades, reservando tal carácter a aquellos que, aparte de gozar de reserva de ley orgánica (art. 81 de la Constitución), ofrecen la facultad al ciudadano de protección del derecho en modo reforzado en la jurisdicción ordinaria y en sede constitucional por vía de recurso de amparo. Otra interpretación, en cambio, ha incluido todos los derechos del Capítulo II del Título I como derechos fundamentales, independientemente de su mayor o menor protección constitucional, sobre la base, como indica muy bien, por ejemplo, Bastida, de que «una interpretación restrictiva del ámbito de la ley orgánica no puede conducir a negar el carácter de derechos fundamentales a otros derechos del Título I, porque la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración constitucional como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible por el legislador». Desde esta perspectiva más posibilista, los derechos fundamentales de la Constitución no solo serían los que se encuentran «comprendidos entre los arts. 15 al 29, sino también todos los del Título I, Capítulos I y II»¹⁰.

⁷ Sobre la concepción de la igualdad como derecho fundamental, véase, por ejemplo, Enrique PÉREZ LUÑO, A. (2007), *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 91-97.

⁸ SSTC 15/1982, de 23 de abril; 53/1985, de 11 de abril.

⁹ STC 254/1993, de 20 de julio. Sobre ello, véase, ASPAS ASPAS, J. M. (1994), «La libertad informática un nuevo derecho fundamental desvelado por el Tribunal Constitucional (STC 254/1993 de 20 de julio)», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 4, Gobierno de Aragón, Zaragoza, pp. 417-431.

¹⁰ BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2005), «El fundamento de los derechos fundamentales», *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, n.º 3, pp. 53 y 54. Disponible en red en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/bastida.pdf>.

Finalmente, en el artículo 53.3, aparecen los «principios rectores de la política social y económica», que integra los denominados derechos sociales asistenciales, de nueva generación. Por un lado, así, el propio artículo 53 contiene instrumentos bajo interdicción para la adaptación de los derechos y de sus sistemas de defensa, en particular, por medio del desarrollo legislativo y el control e interpretación del Tribunal Constitucional; por otro lado, la actualización se hace con un pie en otros conceptos constitucionales básicos, especialmente, la garantía de la dignidad humana del artículo 10.1 de la Constitución, el propio concepto de igualdad de los artículos 1.1, 9.2, 14 y 31.1 de la Constitución, la interpretación restrictiva de los límites a los derechos fundamentales y la posibilidad de determinación procedimental de ejercicio y acción de los derechos y libertades. La idea subyacente es crear un sistema concéntrico y sucesivo de garantía de los derechos y libertades, a realizar por una pluralidad de institutos (legislativo, Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria, también aparte —de conformidad con el artículo 54 de la Constitución— el Defensor del Pueblo), y, asimismo, en su caso, muy dúctil al reajuste frente a nuevas situaciones y problemáticas de mecánica de protección que se vayan dando. Este círculo de aseguramiento se complementaría, por vía del artículo 10.2 de la Constitución por la obligación de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y, asimismo, por la adscripción a vías y entes supranacionales de control del cumplimiento del estándar mínimo de los derechos humanos.

2. LA ESTRUCTURA DE MATERIALIZACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 53

Indica Alzaga que «la existencia de una nueva Constitución supone para el legislador ordinario la perentoria necesidad de llevar a cabo un proceso de reforma del ordenamiento jurídico para adaptarlo a los principios y a la totalidad del contenido normativo de la nueva ley superior»¹¹. Esta circunstancia de «perentoriedad» presupone una problemática añadida en materia de reconocimiento y garantía de derechos y libertades, por cuanto éstos cobran vigencia *ipso facto*, como «derecho directamente aplicable» desde la propia Constitución¹², tienen,

¹¹ ALZAGA VILLAAMIL, O. (1996), *Derecho Político español según la Constitución de 1978*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, p. 142.

¹² Por utilizar la terminología del Artículo 1.3 de la Ley Fundamental alemana cuando dice que «los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial

también sobre el propio tenor del artículo 53 y del artículo 9.1 (sujeción de los poderes públicos a la Constitución), «eficacia inmediata»¹³. La doctrina inicial del Tribunal Constitucional —la STC 21/1981, de 15 de junio, y la STC 15/1982, de 23 de abril, son las primeras resoluciones básicas a este respecto— aclaran esta base ineludible de reconocimiento de los derechos, pues determinan que los derechos y libertades «son origen inmediato de derechos y de obligaciones» y que ni siquiera requieren desarrollo legislativo para su plena eficacia y exigencia de materialización. Una vez aprobada la Constitución de 1978, el poder constituido, tenía pues que actuar contrarreloj, pues aunque simultáneamente a la Constitución se aprobaría la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, para materializar la protección preferente y sumaria ante la jurisdicción ordinaria a la que hace referencia el artículo 53.2 de la Constitución, faltaba el desarrollo punto por punto de determinados derechos fundamentales. Tampoco hay que olvidar que el nuevo régimen constitucional, a pesar de definir el Tribunal Constitucional en el artículo 159 de la Constitución, carecía materialmente en sus inicios de un Tribunal Constitucional, de una jurisdicción constitucional. En efecto, aunque la aprobación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional fue relativamente rápida¹⁴, el nombramiento de los primeros Magistrados (de cupo del Congreso, del Senado y del Gobierno) no llegó hasta los Reales Decretos 301/1980 a 310/1980 de 14 de febrero; luego, el nombramiento de Magistrados de cupo judicial requirió también la aprobación de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial¹⁵. Así pues, la conformación del Tribunal Constitucional no se iniciaría hasta el 12 de julio de 1980, comenzando las funciones interpretativas y de control que le asignan el artículo 53 y el Título IX de la Constitución más o menos por esa

como derecho directamente aplicable». En este sentido, aquí también se entiende que «el individuo es titular de derechos frente al Estado, el cual se legitima precisamente por dichos derechos. El constituyente de la Ley Fundamental alemana ha implementado consecuentemente esta relación en los derechos fundamentales, que se comprenden, a su vez, en cuanto derecho directamente aplicable, parte básica del Derecho Constitucional alemán. La sujeción plena a los derechos de todo el poder estatal es un elemento así identificativo de la Ley Fundamental, e incluye precisamente un reconocimiento de sujeción general para todo el sistema normativo, teniendo aplicación frente al legislativo, el ejecutivo y el poder judicial, fijándose como uno de sus principios de actuación con carácter absoluto». GRZESZICK, Bern (2002), *Rechte und Ansprüche: eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den Subjektiven öffentlichen Rechten*, Moh Siebeck, Tübingen, pp. 1 y 2.

¹³ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992), *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, p. 484.

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2009), *La justicia constitucional: Una visión de Derecho comparado*, vol. III, Dykinson, Madrid, p. 617.

¹⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2009), *La justicia constitucional...*, cit., pp. 660 y 661.

fecha; aunque técnicamente todavía habría que esperar hasta el 11 de agosto de 1980 y el 26 de enero de 1981, fechas en las que el Tribunal Constitucional emitiría su primer Auto y su primera Sentencia, respectivamente¹⁶.

Un primer logro llegará cuando a lo largo de los años ochenta del Siglo xx, con cierta urgencia, se va configurando un régimen garantista de los derechos y libertades, un aparato de protección en niveles y una regulación procedimental cerrada. Ahí es donde cabe citar, en relación con vías de recurso y tutela, en especial, aparte de la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus* y, en materia de garantías electorales, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y, asimismo, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial¹⁷. Encima, se consiguió hacer partícipe a jueces y tribunales en la nueva función de protección de los derechos y libertades. El éxito consistiría también en incorporar la materia de protección constitucional de los derechos en la realidad cotidiana del juez. En efecto, el artículo 7 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su versión original —BOE n.º 157, de 2 de julio de 1985—, hoy todavía en vigor, ahondando en lo establecido en los artículos 9.1 y 2 y 117.1 de la Constitución, decía sin ambages: «Los derechos

¹⁶ CASAS BAHAMONDE, M. E. (2006), «25 años de jurisprudencia constitucional» en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n.º 54, Universidad de Navarra, p. 23.

¹⁷ En este contexto, por ejemplo, también cabría citar la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, que se completaba con la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, y la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; luego, asimismo, se podría incluir el Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, legislativo sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que determinaba la incorporación al ámbito de protección de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, el secreto en las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación la libertad de cátedra y la libertad sindical. Sobre el proceso histórico de iniciación del artículo 53.2 de la Constitución, puede verse CARMONA CUENCA, E. (2008), «El desarrollo legislativo de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Evolución histórica y perspectivas de futuro», en MURILLO DE LA CUEVA, P., CARMONA CUENCA, E., (Coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 23-49.

y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos». Y, después, añadía: «En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido». El objetivo de la Constitución y de toda esta normativa posterior era facultar a jueces y tribunales en la función de lo que De Enterría llamaría «juicio previo de constitucionalidad positiva»¹⁸. Por un lado, los jueces y tribunales tenían función de dar una primera protección de derechos en vía ordinaria cualquiera que fuera el proceso, si bien asumían competencia especial para conocer determinados procedimientos de garantía por vulneración de derechos fundamentales (Ley 62/1987, Ley Orgánica 6/1984 de *Habeas Corpus*, etc.); por otro lado, podían realizar un enjuiciamiento previo de inconstitucionalidad de normas por la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 de la Constitución), y, asimismo, de control de constitucionalidad de Reglamentos y disposiciones administrativas, de conformidad con los artículos 5.1 y 6 de la Ley Orgánica 6/1985. Así pues, el poder judicial se situaba también en una posición especial, pues seguía sobrellevando los procedimientos típicos de los distintos órdenes jurisdiccionales, pero a la vez, asumía facultades del orden constitucional de garantía de los derechos y libertades, cumpliendo con el requisito de pluralidad de entes de control del artículo 53 de la Constitución.

El otro gran éxito llegaría también a lo largo de los años ochenta y noventa del siglo xx cuando el Tribunal Constitucional se consolida como magistratura constitucional. Hace unos años se enumeraron algunos de los principales logros del Tribunal Constitucional en sus primeros veinticinco años¹⁹. Su principal función fue ir adecuando poco a poco el ordenamiento jurídico a la Constitución e ir consolidando el recurso de amparo del artículo 53.2 de la Constitución como medio práctico de protección de los derechos fundamentales²⁰. Encima, el Tribunal Constitucional fue proveyendo al operador jurídico de una doctrina constitucional sobre el Título I²¹. Esto suponía un vuelco en la comprensión de monopolio de jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, pues incluía, en particular en el marco de los derechos fundamentales, la posibi-

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2006), *La Constitución como norma...*, cit., p. 74.

¹⁹ CASAS BAHAMONDE, M. E. (2006), *25 años de jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 23-39.

²⁰ CASAS BAHAMONDE, M. E. (2006), *25 años de jurisprudencia constitucional*, cit., pp. 24 y 35.

²¹ CASAS BAHAMONDE, M. E. (2006), *25 años de jurisprudencia constitucional*, cit., p. 32.

lidad por vía de resoluciones de amparo de revisión por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria e incluso la anulación de sentencias del Tribunal Supremo²². La asunción de este nuevo orden jurisdiccional constitucional, que había posicionado al Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución», y, por tanto, también en materia de derechos y libertades (art. 1.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional), sería algo en cambio reconocido con algunos altibajos en el marco judicial, en particular por parte del Tribunal Supremo,²³ y no se resolvería hasta la aparición de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, que determinaría ya sin ambages la superioridad de jurisdicción del Tribunal Constitucional en el orden de Derecho constitucional, también en materia de derechos y libertades, así como sus facultades para anular —casi se puede decir, *manu militari*— actos y resoluciones que inquieten sus competencias (art. 4)²⁴.

3. PRECONDICIONES DE NORMACIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1 *El principio de sujeción y vinculatoriedad directa de todos los poderes públicos*

El artículo 53.1 de la Constitución determina expresamente que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». Esta indicación inexorable del Estado constitucional presupone distintas premisas que se complementan. En primer lugar, la positivación constitucional de la noción de dignidad humana del artículo 10.1,

²² SERRA CRISTÓBAL, R. (2014), «Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España, ¿De las desavenencias a una relación dialogada», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 18, CEPC, Madrid, p. 380.

²³ Sobre ello, respecto a las situaciones de conflicto en los ochenta y en los noventa del Siglo pasado, citando jurisprudencia, SERRA CRISTÓBAL, R. (2014), *Nuevos tiempos en las relaciones...*, cit., pp. 380 y 381. Sobre ello, véase, también, OEHLING DE LOS REYES, A. (2014), «Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2013» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 18, CEPC, Madrid, pp. 543-546; SERRA CRISTÓBAL, R. 2003, «¿Controlar al Tribunal Constitucional?», en *Cuadernos de Derecho público*, n.º 18, INAP, Madrid, 2003, pp. 261-278; FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2002), «El recurso de amparo como vía de generación conflictual entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional: reflexiones al hilo del último enfrentamiento con ocasión del caso Preysler», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 98, Madrid, pp. 105-172.

²⁴ Véase así, por ejemplo, BALAGUER CALLEJÓN, F. / CÁMARA VILLAR, G. / MEDINA REY, L. F. (2008), *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, pp. 30 y 31.

que muestra la concepción del ser humano asumido por el Estado constitucional y expresa la supeditación al ciudadano de todo el poder público (Dürig, Castan²⁵), así como que todo el ordenamiento jurídico debe ser elaborado, aplicado e interpretado, *ab initio*, de conformidad con el principio de dignidad humana y respeto de los derechos y libertades fundamentales²⁶. En segundo lugar, y consecuencia de lo anterior, los derechos —en especial los derechos fundamentales— no pueden reducirse a fórmulas programáticas a la manera de las declaraciones de derechos del siglo XIX o preceptos de un programa que el poder constituido puede o no desarrollar²⁷. Esto significa también que no caben moratorias o retardos de vigencia e implementación de los derechos y libertades, como tampoco la búsqueda del Estado de subterfugios de defensa real de su eficacia a través de excusas o de reinterpretación sucesiva de preceptos de la Constitución, retorciendo sus conceptos hasta hacerlos irreconocibles respecto a su sentido evidente constitucional. Por último, presupone por supuesto que no caben sustitutivos de protección fuera de una justicia ordinaria digna de tal nombre, a través de creación de pseudo-medios o sucedáneos de control menores de los derechos y libertades como pueden ser consejos consultivos, asesores u *Ombudsman*, etc., que emiten informes que el poder político puede atender o no y no resoluciones de carácter ejecutivo²⁸; estos sistemas pueden ser, en efecto —al estilo del Defensor del Pueblo del art. 54 de la Constitución—, instrumentos adicionales a jueces y tribunales independientes para la protección o supervisión de respeto de los derechos y libertades, pero no sustitutos.

En el caso concreto del artículo 53.1, a tenor de la afirmación del propio precepto *in fine* y su lógica conexión con el artículo 164.1 de la Constitución, se presupone que en esta relación teórica de sujeción hay dos tipos diferenciados: el legislativo, el ejecutivo, el poder judicial y las distintas formas de Administración del Estado, central, de las Comunidades Autónomas, la Administración local y la Administración civil y militar, y, a su lado, pero en una situación distinta, el Tribunal Constitucional, que asume, a diferencia de los otros, el

²⁵ DÜRIG, G. (1976), «Kommentar zum Grundgesetz, Art. 1», en MAUNZ, T. / DÜRIG, G. / HERZOG, R. (Coords), *Grundgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 1976, nota n.º 1, p. 1-I.3; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985), *Los derechos del hombre*, Reus, Madrid, 1985, p. 167.

²⁶ OEHLING DE LOS REYES, a. (2010), *La dignidad de la persona*, Dykinson, Madrid, pp. 131 y 465.

²⁷ STARCK, C. (1999), «Artikel 1», en MANGOLDT, H. / KLEIN, F. / STARCK, C. (Coords.) *Das Bonner Grundgesetz*, Franz Vahlen, München, p. 149.

²⁸ Véase así, por ejemplo, el caso de la Constitución marroquí de 2011, donde las fórmulas de efectividad y garantía de los derechos reconocidos se articulan a través de este tipo de vías. Véase, así, RUIZ MIGUEL, C. (2012), *La Constitución marroquí de 2011*, Dykinson, Madrid, pp. 129 y 130.

monopolio de control de interpretación y actualización del legislativo de los derechos y libertades²⁹. Esta diferenciación explica de algún modo que en el aparato estatal hay poderes y entes que han de estar sujetos a los derechos y libertades de forma mediata, mediando entrambos el Tribunal Constitucional, mientras que el Tribunal Constitucional mismo lo hace de forma inmediata, pero aplicando sus dotes interpretativas para adaptar la rutina del Derecho Constitucional al día día³⁰. Dicho de otra forma, el Tribunal Constitucional se encuentra, por tanto, en esta relación de sujeción, en una posición especial, pues se le presupone dentro del mandato del artículo 53.1 de la Constitución, pero también a la par sus propias resoluciones en esta materia «vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (artículos 164.1 de la Constitución y 38 de la Ley Orgánica 2/1979)»³¹.

Desde una perspectiva teórica, el principio de sujeción directa del artículo 53.1 de la Constitución —en términos del Tribunal Constitucional (STC 80/1982, de 20 de diciembre)— presupone la vinculación inmediata de todo el aparato del Estado a los artículos 14 a 38, que integran el Capítulo II del Título I, sin necesidad de una *interpositio legislatoris*, es decir, no requerirían siquiera de una mediación previa del legislador ordinario, tampoco en los denominados «derechos de configuración legal» susceptibles de tutela en vía de amparo³². Así pues, cualquier ciudadano no tendría por qué esperar a ningún reconocimiento previo por parte del poder público ni ninguna ulterior concreción normativa para el ejercicio de tales derechos³³. En términos prácticos, el hecho de que haya un reconocimiento inmediato del derecho, no significa necesariamente la facultad de su ejercicio por el individuo «sobre la marcha». Implica, más bien —sobre la base del principio de justicia rogada³⁴— la necesidad de

²⁹ STARCK, C. (1999), *Artikel 1*, cit., p. 149.

³⁰ «El Tribunal Constitucional lleva a cabo una función que si, por una parte, supone el ejercicio de una actividad propia de un legislador negativo, por otra, a través de su carácter de «intérprete supremo de la Constitución» (como lo considera el artículo 1.1 de su propia Ley Orgánica), cuyas sentencias vinculan a todos los poderes públicos, ejerce una actividad creativa de normas generales». FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993), «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, CEPC, Madrid, pp. 195 y 196.

³¹ SSTC 193/2014, de 20 de noviembre; 201/2013, de 5 de diciembre; 152/1986, de 4 de diciembre.

³² FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993), *La teoría jurídica de los derechos...*, cit., p. 212.

³³ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1993), *La teoría jurídica de los derechos...*, cit., p. 213

³⁴ MATIA PORTILLA, F. J. (2009), «La especial transcendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 86, CEPC, Madrid, p. 360.

recurso ante el Tribunal Constitucional, que es el que determina los casos en los que efectivamente un derecho goza o no y hasta qué punto de eficacia inmediata.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha ido materializando el principio de eficacia directa del artículo 53.1 de la Constitución; en derechos tales como, por ejemplo, el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 de la Constitución (STC 15/1982, de 23 de abril)³⁵, del derecho a la intimidad como límite al uso de la informática del artículo 18.4 (STC 294/1993, de 18 de octubre), y del derecho a crear los medios de comunicación, relacionado al artículo 20.1 de la Constitución, lo ha hecho de forma rotunda, sin paños calientes, determinado que el legislador no puede «diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental», y que, más allá, «la ausencia de regulación legal comporta, de hecho (...), no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana» de las posibilidades de ejercicio del derecho o libertad fundamental (STC 31/1994, de 31 de enero). En cambio, cuando el Tribunal se viera ante la disyuntiva de determinar la vinculatoriedad directa del derecho de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la Constitución —a pesar de su refuerzo de sentido evidente por nada menos que seis artículos constitucionales (los arts. 1.1, 9.2, 23, 31.1, 139.1 y 149.1.1 de la Constitución)—, la realidad centrífuga de las Comunidades Autónomas, pesaría demasiado, reduciendo doblemente el carácter constitucional imperativo de este concepto, como también de su contenido esencial. «La igualdad consagrada en el artículo 14 —diría el Tribunal en su STC 48/1981, de 10 de noviembre—, de carácter jurídico, vincula a todos los poderes públicos, porque así lo afirma taxativamente el artículo 53.1 de la Constitución en relación a los derechos y libertades contenidos en el Capítulo 2.º de su Título I, que comprende el artículo 14; vinculación inequívoca, además, si se tiene en cuenta el grado de protección que la Constitución garantiza a tales libertades y derechos que, de acuerdo con el artículo 53.2 de la misma»³⁶. Unos meses antes, sin embargo, ya había también dicho —en su STC 37/1981, de 16 de noviembre— que «tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del orde-

³⁵ Este fallo posibilitaba el aplazamiento de incorporación a filas al Servicio Militar, entonces existente, hasta que se dictara la norma, prevista en el artículo 30.2 de la Constitución, que permitiera la plena eficacia del derecho a la objeción de conciencia. OLIVER ARAUJO, J. (1993), *La objeción de conciencia al Servicio Militar*, Civitas, Madrid, p. 133.

³⁶ Sobre el alcance del principio de igualdad desde la doctrina del Tribunal Constitucional, véase, por ejemplo, LÓPEZ RODÓ, L. (1983), «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100.102, CEPC, Madrid, pp. 331-346.

namiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones». Luego, sobre la base en particular de ese fallo y de otra doctrina, ya ha ido determinando sin lugar a dudas —con carácter «inherente a nuestro sistema constitucional» dice el Tribunal Constitucional (STC 247/2007, de 12 de diciembre)— que «los ciudadanos residentes en los distintos territorios autonómicos puedan estar sometidos a regímenes jurídicos diferenciados en las áreas materiales correspondientes a dichas competencias y, consecuentemente, tener diferentes derechos», por mor «del ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus competencias exclusivas o de desarrollo legislativo». La reducción del marco de sujeción directa del artículo 14 de la Constitución es así una excepción dentro del marco de eficacia directa de los derechos y libertades, si bien lo cierto es que tiene una incidencia en el disfrute del resto de derechos y libertades (impuestos, ayudas públicas, educación, salud, servicios sociales, etc.), por cuanto abren la mano a diferenciaciones de trato dependiendo del punto geográfico donde uno esté en el país³⁷. Los derechos y libertades dejan de tener así también, en algunos casos, carácter inmediato, y se convierten en productos dependientes de la forma de comprensión del concepto dieciochesco y ralo de igualdad del Tribunal Constitucional³⁸.

3.2 *El principio de reserva de ley*

En términos generales, la norma constitucional clasifica las reservas de ley en materia de derechos y libertades en dos grandes diferenciaciones: la específica del artículo 81 de la Constitución, referida a los derechos fundamentales y libertades públicas, donde se incluyen los derechos contenidos en los artículos 15 a 29 de la Constitución, cuya normativa de desarrollo, aparte, requiere también —tanto para su aprobación, modificación o derogación— mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto; y la reserva general, determinada en el propio artículo 53.1, referida a los derechos de la Sección 2.^a del Capítulo II de la Constitución, para cuya normación basta ley ordinaria aprobada por mayoría no cualificada. Encima, de conformidad con el artículo 82 de la Constitución, los derechos de rango iusfundamental no pueden regularse por vía de delegación

³⁷ Véase también, por ejemplo, SSTC 76/1983, de 5 de agosto, 150/1990, de 4 de octubre, 233/1999, de 16 de diciembre, 60/2015, de 18 de marzo de 2015.

³⁸ Sobre ello, con más referencias, OEHLING DE LOS REYES, A. (2017), «Algunos síntomas de relativización y futilidad de derechos fundamentales en el Estado de Derecho del Siglo XXI», en RUIZ-RICO RUIZ, G. / PORRAS NADALES, A. / REVENGA SÁNCHEZ, M. (Coords), *Regeneración democrática y reforma constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 106 y 107.

legislativa, ni tampoco por decreto ley del artículo 86; luego, tampoco este instrumento está indicado para regular los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución³⁹.

En este tema el Tribunal Constitucional ha ido también determinando el radio de acción de la reserva de ley orgánica. En la STC 6/1982, de 22 de febrero —la primera sentencia relevante en esta materia— el Tribunal determinó que la calidad orgánica se reduce a leyes de desarrollo directo de los derechos fundamentales, pero no tanto sobre materias conexas⁴⁰. La aparición de las SSTC 132/1989, de 18 de julio, 101/1991, de 13 de mayo, y 173/1998, de 23 de julio, perfilarían esa línea divisoria, pues ya determinarían sin ambages, por un lado, que lo que está constitucionalmente reservado a ley orgánica es «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas»; y, por otro, que la ley orgánica es un tipo de legislación «extraordinaria» a utilizar en particular para casos de restricción de los derechos fundamentales de modo directo, «en cuanto regulan aspectos sustanciales a los mismos», pudiéndose excluir cuando de lo que se trata sea de la normación de otras cuestiones que no incidan directamente sobre su ámbito y límites. De ahí que haya casos en los que podamos encontrar aspectos conexos —supuestamente menores— de derechos fundamentales que puedan ser tocados realmente de algún modo por ley ordinaria⁴¹, por Decreto-Ley⁴² o incluso por

³⁹ RUBIO LLORENTE, F. (2012), *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, vol. III, CEPC, Madrid, pp. 1032-1034.

⁴⁰ Véase GARRORENA MORALES, A. (2011), *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*, CEPC, Madrid, p. 208.

⁴¹ Esto sucede incluso con las normas penales, en particular con las denominadas «normas penales en blanco». El caso más recurrente se encuentra, a nuestro juicio, en la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, en cuyo apartado uno de la disposición adicional decimoctava se tipificaba un delito que llevaba aparejada una pena privativa de libertad. En las SSTC 34/2005, de 17 de febrero, y 82/2005, de 6 de abril, se entiende que cabe también esta posibilidad en este orden cuando hay una norma de rango orgánico que cubra los mínimos y exigencias determinados por el artículo 81 de la Constitución. En estos casos en concreto, la norma cobertura era la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, por la que se modificaba la legislación vigente en materia de contrabando. Sobre ello, GARCÍA DÍEZ, C. (2007), «STC 34/2005, de 17 de febrero. Tipos penales en blanco versus Legalidad penal y presupuestaria», en *Crónica tributaria*, n.º 125, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pp. 194-203. Disponible en red en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/jurisprudencia_constitucional/2005_STC34_Claudio.pdf.

⁴² Un ejemplo curioso lo tenemos en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. El Tribunal Constitucional en su STC 11/1981, de 8 de abril, indicaría en este caso lo siguiente: «En la medida en que además el desarrollo de los derechos fundamentales

norma reglamentaria⁴³; también por norma del legislador autonómico en materias tocantes a sus competencias⁴⁴. En la STC 76/1983, de 5 de agosto, el Tribunal optó sin embargo por una interpretación estricta de la Constitución, indicando que la reserva de ley orgánica del artículo 81 de la Constitución se refiere a los derechos clásicos de la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I y no otros como el derecho de igualdad del artículo 14 de la Constitución y el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2, aun cuando éstos gocen de la protección adicional dispuesta en el artículo 53.2. Efectivamente, el derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 14 está ubicado fuera de ese grupo

y de las libertades públicas ha de hacerse, de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución, por ley orgánica, sería materia reservada a Ley Orgánica. Podría así pensarse que el Real Decreto-Ley no cumple la cláusula de reserva del artículo 28 y menos todavía la del artículo 81. Frente a este argumento se ha alegado con acierto que no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior, especialmente cuando la fuente de Derecho que se cuestiona se produjo respetando el sistema de creación jurídica vigente en el momento de su promulgación. Lo anterior quiere decir que no existen motivos para considerar que el Real Decreto-Ley 17/77 sea inconstitucional por razones referentes a su forma de producción. No quiere, en cambio, decir que el Real Decreto-Ley pueda en lo sucesivo considerarse plenamente asimilado a una ley orgánica o investido del carácter de ley orgánica, ni tampoco que pueda cumplir el papel de la norma de integración a la que la Constitución se remite, pues ésta tendrá que ser siempre una Ley Orgánica y el legislador, para dar cima al desarrollo de la Constitución, habrá de confeccionar y elaborar esa Ley Orgánica. Con las anteriores salvedades puede decirse que la regulación legal del derecho de huelga en nuestro país está contenida en el mencionado Real Decreto-Ley, en cuanto no sea contrario a la Constitución y en tanto no se dicte una nueva regulación por medio de Ley Orgánica». Sobre ello, SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Y. (2014), «Contenido del Derecho de Huelga», en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. / MONREL BRINGSVAERD, E. J. (Coords.), *Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (régimen legal y jurisprudencial de la huelga, el cierre patronal y el conflicto colectivo)*, La Ley Wolters-Kluwer, Madrid, pp. 115-142; QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (2008), «El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Constitucional: propuestas para una Ley Orgánica», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n.º 73, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, pp. 337-367.

⁴³ En este sentido se expresa el artículo 129.3 de la antigua Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, ahora, el artículo 128.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Lo que de algún modo queda prohibido «es la remisión de la ley al reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica» (SSTC 104/2009, de 4 de mayo 13/2013, de 28 de enero). De otra forma, Rubio Llorente nos dice que «la reserva de ley, orgánica u ordinaria, para el desarrollo de los derechos fundamentales o la regulación de su ejercicio, no hace imposible la existencia de normas reglamentarias acerca de ellas, pero solo dentro de límites muy estrechos». RUBIO LLORENTE, F. (2012), *La forma del poder*, cit., p. 1032.

⁴⁴ STC 137/1986, de 6 de noviembre.

selecto de derechos y libertades, si bien el legislador ha dotado en algún caso la regulación de esta materia por medio de legislación de rango orgánico como se observa en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y algo similar ha ocurrido con el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 de la Constitución, que se ha de regular por ley ordinaria, salvo en lo que se refiere al régimen de recursos como en su protección penal⁴⁵, que se regula en la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre⁴⁶.

El otro tipo de reserva elemental se halla indicado en el artículo 53.1, determinando que los derechos constitucionales de la Sección 2.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución, como también el derecho a la igualdad y no discriminación, deben de ser regulados por norma —como mínimo— de rango ordinario. Encima, los mismos artículos 30 a 38 señalan muchas veces la exigencia de su desarrollo por norma con rango de ley para temas concretos con indicaciones expresas: «Mediante ley», «la ley regulará», «con arreglo a la ley», «la ley garantizará»⁴⁷. El Tribunal Constitucional, en su STC 6/1981, de 16 de marzo, también ha hablado de la reserva general del artículo 53.1 —como en el caso de la reserva de ley orgánica del art. 81— en términos de «barrera infranqueable» del legislador. No obstante, no se trata tampoco realmente de reserva absoluta, sino solo en aspectos esenciales. Por un lado, el artículo 82 de la Constitución

⁴⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, A. (1985), «Garantías para la protección del derecho a la objeción de conciencia: La derogación del artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 45, CEPC, Madrid, p. 232.

⁴⁶ El derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 de la Constitución, referido a las obligaciones militares, es plenamente vigente, aun cuando pueda parecer lo contrario por la suspensión del Servicio Militar Obligatorio por la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas. Lo cierto es que en esa misma ley se preveía que, en casos hipotéticos de falta de recursos humanos para cubrir las necesidades de la defensa nacional (art. 4.2), el Gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados, podría determinar el reclutamiento obligatorio para todos los españoles que en ese año cumplieran la edad entre 19 y 25 años (art. 178). En términos iguales se expresa el artículo 136 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera militar. Esto significa, por tanto, que el derecho a la objeción de conciencia específico del artículo 30.2 permanece plenamente vigente y es actual, lo mismo que las obligaciones militares de los españoles, aunque pueda parecer otra cosa, y permanecen latentes, por si surgiera cualquier necesidad excepcional o conflicto.

⁴⁷ Este es el mismo sistema de reserva general que utiliza la norma constitucional para otros derechos constitucionales no encuadrados en el Título I, como el derecho de audiencia de los ciudadanos, el derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (art. 105), derecho a una indemnizados por lesiones por el funcionamiento irregular de los servicios públicos (art. 106.2), el derecho a indemnización por daños causados por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121), el derecho a ejercer la acción popular y a participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado (art. 125).

no cierra ahora expresamente la facultad del Gobierno de dictar textos refundidos en materia de los derechos de la Sección 2.^a del Capítulo II; por otro lado, el Tribunal Constitucional, también ha reconocido la posibilidad de intervención de derechos de este tipo —por ejemplo, en el caso del derecho de propiedad y libertad de empresa (artículos 33 y 38 de la Constitución)—, mediando una situación de extraordinaria y urgente necesidad, por vía de decreto ley, como también, con carácter general, por vía de norma de rango reglamentario, a fin de «completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, 141/2014, de 11 de septiembre). Luego, igualmente, también se han atribuido al legislador ordinario autonómico facultades de desarrollo en aquellas materias que le correspondan, dependiendo de las normas de distribución de competencias aplicable al marco concreto donde se definen los derechos y libertades (STC 137/1986, de 6 de noviembre)⁴⁸.

3.3 *El contenido esencial de los derechos y libertades*

Otro éxito del Tribunal Constitucional en materia del artículo 53 de la Constitución reside en la dotación progresiva de sentido del concepto de contenido esencial de los distintos derechos y libertades como garantía a la facultad del legislativo de determinación de límites al ejercicio de los derechos y libertades del Capítulo II del Título I⁴⁹. Notabilidad alcanzada no solo en relación con cada uno de los derechos y libertades de la Sección 2.^a del Título II, sino también en la construcción de una definición de contenido esencial en sí mismo. No solo tenía —utilizando la terminología del Tribunal Constitucional Federal alemán, en su fallo de 18 de julio de 1967— que dar una significación coherente del contenido esencial inviolable «de cada derecho fundamental desde la determinación de su significación concreta en el sistema de conjunto de los derechos fundamentales»⁵⁰, sino que a ello debía sumarse una definición «constitutiva» y como «garantía

⁴⁸ Compárese, GÁLVEZ MUÑOZ, L. A. / RUIZ GONZÁLEZ, J. G. (2005), «El reparto de competencias en materia de Asociaciones: situación actual y perspectivas de futuro tras las reformas estatutarias», en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 50-51, Universidad de Valencia, p. 223; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. / FERNÁNDEZ, T. R. (1995), *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Civitas, Madrid, p. 131.

⁴⁹ DE OTTO Y PARDO, I. (1988), «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en MARTÍN RETORTILLO, L. / DE OTTO Y PARDO, I. (Edits.), *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, pp. 95-172. Véase también en DE OTTO Y PARDO, I. (2010), *Obras completas*, CEPC, Oviedo, p. 1489.

⁵⁰ BVerfGE 22, 180, 219.

institucional» en sí (Häberle)⁵¹. El Tribunal Constitucional estableció así una doctrina del contenido esencial para cada derecho fundamental y también una regla general —para mí convincente— de significado propio del contenido esencial aplicable de una u otra forma a todos los derechos. Aquí es donde cabe recordar la muy conocida STC 11/1981, de 8 de abril, en la que el Tribunal dice de manera categórica que «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». En este contexto, el concepto de dignidad humana del artículo 10.1 de la Constitución también ha desempeñado un papel destacado en el diseño de qué se puede entender en determinados casos por el contenido esencial de un derecho individual. Es especialmente la STC 120/1990, de 27 de junio, donde se encuentra una conexión práctica del concepto de dignidad en la configuración del contenido esencial de los derechos. Con claridad rotunda el Tribunal indicaría: «Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 de la Constitución implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona, la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (...), constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona»⁵².

4. EL PROCEDIMIENTO PREFERENTE Y SUMARIO ORDINARIO DEL ARTÍCULO 53.2

Podemos decir que la materialización práctica de un procedimiento preferente y sumario, para la protección ante la justicia ordinaria de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I, es uno de los logros más notables del poder constituido desde la aprobación de la Constitución. En distintas legislaturas, el legislador, buscando cotas de mayor efectividad y actualización de los instrumentos de defensa, fue haciendo una reconfiguración progresiva del denominado «amparo ordinario»⁵³ hacia

⁵¹ HÄBERLE, P. (2003), *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, pp. 219 y 220. Traducción de Joaquín Brage Camazano.

⁵² Sobre ello, OEHLING DE LOS REYES, A. (2010), *La dignidad de la persona*, cit., pp. 288-292.

⁵³ CARRILLO, M. (1992), «La aplicación jurisdiccional del recurso de amparo ordinario (La Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)», en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 11, CEPC, Madrid, pp. 83-112.

formas de garantía judicial más técnicas y adaptadas a las circunstancias de los distintos órdenes.

La Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, un primer intento de hilvanar una protección especial en sede jurisdiccional ordinaria de los derechos de rango iusfundamental, asistida poco después en algún caso por reglas adicionales —en particular, la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre⁵⁴—, era provisional y no estaba hecha para cubrir el total espectro de exigencias determinadas por el propio tenor del artículo 53.2 de la Constitución. Si bien, como apunta Carrasco, esta norma se puede considerar como un primer esfuerzo del ordenamiento jurídico por ofrecer una protección rápida y eficaz al ciudadano que ve lesionados sus derechos fundamentales⁵⁵, reflejaba las carencias de una norma preconstitucional. Como indica este mismo autor⁵⁶, las dificultades en la tramitación —más rápida que un proceso ordinario, pero no suficiente en orden a la protección de los derechos fundamentales—, la carencia en torno a determinadas cuestiones de admisión a trámite, la falta de pautas totalmente definidas respecto a la posibilidad de adopción de medidas cautelares, y, en términos generales, la falta de una preferencia y sumariedad en términos técnicos, evidenciaron poco a poco la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, como un instrumento insuficiente y desfasado, y en especial, para una materia —la defensa de los derechos fundamentales—, que tantas previsiones perfectamente determinadas requiere para su defensa en el día a día.

Por eso, cuando la protección de los derechos fundamentales de los artículos 14 a 29 de la Constitución entra en el terreno de una realidad jurídica cada vez más técnica y en un mundo donde la casuística se iba multiplicando, desde incluso antes de los años ochenta del Siglo xx, irá requiriendo sustituciones y complementaciones normativas adicionales. En primer lugar, el Real Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero, sobre ampliación del ámbito de la Ley 62/1978, extendió las garantías jurisdiccionales de la Ley 62/1978 a otros derechos no incluidos dentro del marco de protección, a saber, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, al secreto en las comunicaciones, a la libertad ambulatoria, a la libertad de cátedra y en materia de derechos de los trabajadores, a la libertad sindical. En segundo lugar, se irían aprobando otras normativas especiales para la tutela judicial de algunos derechos concretos, a

⁵⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1992), *El sistema constitucional español*, cit., p. 492.

⁵⁵ CARRASCO DURÁN, M. (2002), *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, p. 77.

⁵⁶ CARRASCO DURÁN, M. (2002), *Los procesos para la tutela judicial...*, cit., pp. 96-101.

saber, normas como, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus y, en materia de garantías electorales, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; luego, ya en el siglo XXI, habría que incluir también la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. El legislador, por tanto, no ha considerado oportuno trazar «un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» ante la justicia ordinaria en los términos estrictos del artículo 53.2, sino que, como destaca Garberí, «teniendo en cuenta que los tribunales ordinarios existentes dentro del poder judicial no son de una única clase, sino que temáticamente se encuentran separados en cuatro diferentes órdenes jurisdiccionales (art. 9 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), nunca el legislador ha considerado oportuno crear un único procedimiento preferente y sumario sino varios de ellos, en función de la materia civil, penal, laboral o administrativa sobre la que se proyectan»⁵⁷.

4.1 *Esquema de evolución y estado de situación del proceso preferente y sumario en los distintos órdenes*

En el marco del Derecho del Trabajo, la implementación del sistema especial de protección ordinaria fue peculiar, pues la Ley 62/1978 no contenía siquiera apartado para la regulación del procedimiento preferente y sumario en el orden laboral. El Tribunal Constitucional tuvo así que indicar desde bien pronto, en la STC 55/1983, de 22 de junio, que el proceso laboral ordinario, establecido en la Ley de Procedimiento Laboral vigente (Real Decreto legislativo 1568/1980, de 13 de junio)⁵⁸, era el «cauce natural» de garantía constitucional de los derechos fundamentales de tipo laboral⁵⁹. Al publicarse la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical, se haría más patente esa carencia, pues reconocía la posibilidad de tutela de la libertad sindical a través de un proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona

⁵⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2007), *El proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 31.

⁵⁸ Véase también la STC 47/1985, de 27 de marzo.

⁵⁹ MONTERO AROCA, L. (2006), *El proceso (civil y penal) garantía. El proceso como garantía de libertad y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 456.

(art. 13), pero tampoco venía a determinar ninguno *ad hoc*. En 1990, aparece ya por fin el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, que sería la norma que establecía el proceso laboral especial tanto para el caso de lesión de la libertad sindical como del resto de derechos fundamentales de tipo laboral, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio. La solución consistió en determinar, todavía, como vía idónea para conocer de la causa, el procedimiento o modalidad procesal correspondiente (por ejemplo, por despido, extinción del contrato de trabajo, de impugnación de Convenios Colectivos, etc.), pero con las especificidades de preferencia y urgencia de tramitación determinadas en los artículos 174 a 181 del Real Decreto Legislativo 521/1990. La posterior actualización de esta normativa —artículos 175 a 182, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril— seguiría esa fórmula de protección. Hoy día la normativa vigente es la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En términos generales se puede decir que tampoco ahora existe realmente un tipo de procedimiento laboral *ad casum* para la protección de los derechos fundamentales en el orden laboral, sino que —como indica el artículo 184 de la Ley 36/2011— el sistema de protección se hilvana a través de la modalidad correspondiente laboral dependiendo del tipo de demanda (por despido, por diferencias en el contrato de trabajo, por disfrute de vacaciones, de derechos de conciliación de la vida personal, de impugnación de convenios colectivos, etc.), si bien con las especificidades de tramitación y procedimiento determinadas en los artículos 177 a 183. Ahí es donde se encuentran las especialidades en orden a la tramitación preferente, intervención del Ministerio Fiscal, posibilidades de suspensión cautelar del acto, indemnización e inversión de la carga de la prueba⁶⁰.

En el orden civil, el procedimiento preferente y sumario del artículo 53.2 de la Constitución venía determinado en sus inicios en los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1978. No obstante, el artículo 11 de dicha norma especificaba también una remisión de procedimiento a una modalidad procedimental también preexistente, el de incidentes, regulado en los artículos 741 a 761 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881 de promulgación de la Ley Enjuiciamiento civil⁶¹. Luego, la regulación se completó con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de

⁶⁰ Sobre ello, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M. (2012), «El proceso laboral de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en la ley reguladora de la jurisdicción social», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2142, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 25-28.

⁶¹ Véase así ROVIRA SUEIRO, M. E. (2002), «La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona en la nueva LEC», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 6, Universidad de la Coruña, p. 646.

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que venía a ofrecer dos alternativas de protección respecto a los derechos del artículo 18.1 de la Constitución: bien por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución (art. 9.1 de la Ley Orgánica 1/1982). O sea, que el recurrente —dependiendo de sus necesidades y prisas por conseguir protección— podía elegir entre el procedimiento declarativo que correspondiese, dependiendo de la cuantía de la indemnización, o, en su caso, el determinado para los incidentes de los artículos 741 y siguientes⁶². La Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, hacía lo propio, remitiéndose en estos casos a «lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales» (art. 6)⁶³.

El procedimiento especial de los artículos 11 a 15 de la Ley 62/1987 sería derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. La nueva norma ha asumido la regulación del procedimiento preferente y sumario por vía de un procedimiento civil propio, ahora el juicio ordinario (art. 249.1.2 de la Ley 1/2000), pero con las especificidades extraordinarias que la propia norma indica, es decir, de participación del Ministerio Fiscal, de tramitación preferente, y en materia de ejecución de sentencia, de conformidad con el artículo 524.5 de la Ley 1/2000: la posibilidad de solicitar la ejecución provisional preferente del fallo de tutela de derechos fundamentales⁶⁴.

En el orden penal, las prescripciones de la Ley 62/1978 tendrían una vida corta. En primer lugar, porque, en cierto modo, la protección se cubriría a través de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*, que establecía un procedimiento práctico y rápido para la revisión de la licitud de la privación de libertad conforme a las reglas del artículo 17 de la Constitución. Antes, por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modificaba el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrollaba el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, ya se habían ido introduciendo los derechos del detenido⁶⁵. Y en segundo lugar, por-

⁶² ROVIRA SUEIRO, M. E. (2002), *La protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales...*, cit., p. 652.

⁶³ FARRÉ LÓPEZ, P. (2008), *El derecho de rectificación: un instrumento de defensa frente al poder De los medios*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, p. 412.

⁶⁴ Sobre ello, MONTERO AROCA, L. (2006), *El proceso (civil y penal) garantía...*, cit., pp. 454 y 456.

⁶⁵ Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 311, 333, 520 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE, n.º 293, de 8 de diciembre

que la aprobación de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, por la que se modificaban diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, suponía la eliminación del procedimiento de urgencia penal, que era el cauce natural a través del cual se había ido materializando el procedimiento de amparo ordinario previsto en el artículo 2 de la Ley 62/1978, lo que llevaría a la postre, a una derogación tácita del proceso especial penal⁶⁶. En este contexto, la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, derogaría los artículos 2 a 5 de la Ley 62/1978, estableciendo un nuevo procedimiento —hoy todavía vigente— para el enjuiciamiento rápido e inmediato de delitos y faltas⁶⁷, lo que venía a cubrir la exigencia del artículo 53.2 de la Constitución a este respecto, sin materializar realmente un procedimiento especial para el amparo judicial en materia penal. La aparición posterior de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, y de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha mejorado notablemente el marco de protección en el caso de la mujer, pues han incluido asimismo una importante relación de medidas cautelares a adoptar por el juez competente o el Ministerio Fiscal para la salvaguarda de la vida e integridad de la víctima.

El procedimiento especial del orden contencioso-administrativo se puede decir que fue el proceso de la Ley 62/1978 por excelencia: duró hasta su derogación por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Abunda también la jurisprudencia sobre este tipo de proceso en todos los tribunales del orden contencioso-administrativo y del Tribunal Constitucional⁶⁸. Éxito conseguido no solo por la plasticidad y calidad técnica del procedimiento contencioso-administrativo de la Ley de 27 de diciembre de 1956 reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁹ —a través del cual se materializaba el proceso preferente y sumario en este orden (art. 6 de la Ley 62/1978)—, sino también

de 1978. Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, por la que se desarrolla el artículo 17.3 de la Constitución, en materia de asistencia letrada al detenido y al preso, y modificación de los artículos 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, BOE n.º 310, de 28 de diciembre de 1983.

⁶⁶ CARRASCO DURÁN, M. (2002), *Los procesos para la tutela judicial...*, cit., p. 387.

⁶⁷ CARMONA CUENCA, E. (2008), *El desarrollo legislativo de la tutela judicial...*, cit., p. 35.

⁶⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2007), *El proceso administrativo para la protección...*, cit., p. 33.

⁶⁹ Sobre las cualidades técnicas del procedimiento contencioso-administrativo en dicha norma, véase, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1999), «Evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa», en *Revista de Administración Pública*, n.º 150, CEPC, Madrid, pp. 228 y 229.

por el inciso segundo de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional⁷⁰, que, en términos prácticos, venía a determinar la posibilidad del recurrente —dependiendo de sus necesidades y de la premura en la reintegración del derecho fundamental alegado— de acudir a la vía contenciosa-administrativa típica o al procedimiento especial de los artículos 6 a 10 de la Ley 62/1978⁷¹. El agotamiento de cualquiera de estas vías habilitaba al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en los términos del artículo 43.1 de la Ley Orgánica 2/1979. Luego las cualidades técnicas de la Ley 62/1978 en este orden en concreto, a diferencia de los otros, eran notorias. Incluía, entre otras, la innecesariedad de interposición de recurso alguno en la vía administrativa previa, reducción real de plazos de tramitación, posibilidad de solicitud de medidas cautelares, también de suspensión temporal del acto lesivo del derecho fundamental, así como la facultad de apelación contra el fallo resolutorio en primera instancia; en fin, que daban un cumplimiento puntual de las exigencias de preferencia y sumariedad del artículo 53.2 de la Constitución.

Hoy día, por tanto, la regulación del amparo ordinario en materia contenciosa-administrativa viene regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El denominado «procedi-

⁷⁰ La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 2/1979, dice lo siguiente: «En tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la Sección segunda de la Ley sesenta y dos/mil novecientos setenta y ocho, de veintiséis de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución».

⁷¹ «Primero, se puede seguir el camino del procedimiento especial de preferencia y sumariedad planteando al órgano judicial competente la lesión del derecho fundamental, renunciando al procedimiento ordinario del recurso contencioso por infracción de la legalidad. En segundo lugar, también es posible, ahora ya más claramente, plantear el recurso contencioso administrativo del régimen común por entender que la acción, omisión o vía de hecho de los poderes incurre en vicios de legalidad ordinaria como en aquellos otros que han producido lesión de los derechos fundamentales. Y, en tercer y último lugar, es posible también presentar simultáneamente ambos recursos: el general con fundamento en infracción de la legalidad ordinaria, y el especial a partir de la vulneración de preceptos constitucionales. En todo caso, hay que tener en cuenta que no se suspenden los plazos del recurso ordinario mientras se tramita el especial y que no se puede plantear uno y otro recurso de forma sucesiva sobre el mismo objeto». RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2010), «Jurisdicción contencioso-administrativa, derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 14, Universidad de la Coruña, p. 690. Trabajo disponible en red en <http://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/8279>.

miento para la protección de los derechos fundamentales de la persona» (Título V, Capítulo I de la Ley 29/1998), determina el nuevo proceso contencioso-administrativo de protección e incluye, *grosso modo*, ventajas procesales como: la participación del Ministerio Fiscal, el acortamiento de plazos y trámites, la consideración de agosto como mes hábil, la posibilidad de conversión de días inhábiles en días hábiles y las reglas de adopción de medidas cautelares (arts. 128 y 129). En este contexto, sigue siendo válida la opción dual del recurrente de elección de la vía contenciosa-administrativa ordinaria o de la vía del procedimiento especial de los artículos 114 a 122 de la Ley 29/1998, de conformidad con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 2/1979 y la propia doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia (SSTC 84/1987, de 29 de mayo, 216/2005, de 12 de septiembre)⁷²; si bien, si se utiliza procedimiento extraordinario para la protección de los derechos fundamentales, el conocimiento del juez o tribunal solamente se extenderá a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, quedando fuera de esta vía cuantas cuestiones afecten a la mera legalidad ordinaria jurídico-administrativa del acto impugnado, que habrían de ser planteadas a través de otro procedimiento aparte, esta vez ordinario⁷³. Finalmente, el artículo 122 de la Ley 29/1998 contiene asimismo particularidades procedimentales para el control jurisdiccional urgente en este orden de las decisiones administrativas de restricción del derecho de reunión y manifestación, de conformidad con las previsiones de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión⁷⁴.

El orden militar tiene parecido escenario que el orden laboral. En efecto, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, no incluía previsiones a este respecto. Esta carencia se cubrió, en primer lugar, por la extensión del *habeas corpus* a las sanciones y medidas propias del régimen disciplinario militar, para aquellos casos de protección del derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución⁷⁵. Después, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal

⁷² Véase, también, GARBERÍ LLOBREGAT, J. (2007), *El proceso administrativo para la protección...*, cit., pp. 44-49.

⁷³ STS, Sala de lo Contencioso, de 9 de marzo de 2017.

⁷⁴ Sobre ello, FERNÁNDEZ FARRERES, G. (1998), «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», en *Cuadernos de Derecho público*, n.º 4, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, pp. 191-195.

⁷⁵ Véase así FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (2015), *Los derechos fundamentales de los militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, p. 218. Para este autor, además, el procedimiento de *habeas corpus*, «no se trata de un proceso penal, administrativo o contencioso-administrativo, ni de un recurso, sino de un proceso constitucional de amparo ordinario, cuya tutela, por contraste de lo que sucede con

Militar, determinó la posibilidad de interponer el recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario frente a sanciones disciplinarias no penales que afectaran al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el artículo 53.2 de la Constitución (art. 453 *in fine*); luego, la norma determinaba el procedimiento contencioso-disciplinario militar ordinario como cauce para la sustanciación de dicho recurso, si bien con las especialidades procedimentales determinadas en el artículo 518 de la Ley Orgánica 2/1989⁷⁶.

4.2 *Sobre la protección de derechos fundamentales de carácter procesal*

Estructuralmente, la protección especial de los derechos fundamentales determinada en el artículo 53.2 de la Constitución está dividida en dos subgrupos: la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza no procesal y la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, en particular relación con el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales del artículo 24 de la Constitución. Esta división indica, en términos generales, que cuando se produce una lesión de derechos de rango iusfundamental procesal no es operativo acudir a las mismas fórmulas de control citadas anteriormente, sino a vías de control específicas por infracción de normas procedimentales. En este nivel, el instrumento de defensa por excelencia es el incidente de nulidad de actuaciones. En principio, este remedio se introdujo con la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; aunque técnicamente aún era débil por cuanto limitó el ámbito del incidente de nulidad de actuaciones a los defectos de forma y a la incongruencia del fallo, cuando hubieran dado por resultado indefensión para la parte recurrente⁷⁷. La aparición de 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, dio lugar a la aparición de un nueva concepción del

el resto de procesos de esta naturaleza, se limita exclusivamente a la protección de la libertad personal, asimilándose al procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución».

⁷⁶ Sobre ello, FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2008), «Las particularidades de la jurisdicción militar en el otorgamiento del amparo judicial», en MURILLO DE LA CUEVA, P., CARMONA CUENCA, E. (Coords.), *La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 157-107; SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, F. J. (1995), «El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario», en *Comentarios a las leyes procesales militares*, vol. II, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 2219-2223; BRU PERAL, E. M. (2001), *El proceso contencioso-disciplinario militar*, Ministerio de Defensa, Madrid, pp. 145-216.

⁷⁷ CARRASCO DURAN, M. (2012), «La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 95, CEPC, Madrid, p. 70.

incidente de nulidad en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que mejoraba en gran manera el nivel de garantía de este instrumento, pues introducía la facultad del ciudadano de solicitar la nulidad de actuaciones —no solo por defectos de forma y a la incongruencia del fallo— sino por cuenta de vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2, pero en tanto hubieran sido sucedidas durante el proceso⁷⁸. El nuevo incidente ofrecía una protección más amplia que otros sistemas recogidos en las leyes procesales, como, por ejemplo, el recurso extraordinario por infracción procesal por vulneración en el procedimiento de derechos fundamentales del artículo 24 de la Constitución (art. 469 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), la posibilidad de instar la nulidad de pruebas obtenidas violentando derechos fundamentales (art. 11.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), o, también, el reconocimiento de acceso a la casación por sentencias dictadas en materia de derechos fundamentales (artículos 477.2 de la Ley 1/2000, 86.6.b. de la Ley 29/1998, 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El propio Tribunal Constitucional ha podido reconocer la plasticidad del incidente en este sentido: «Ciertamente —dice el Tribunal—, el incidente de nulidad de actuaciones, a partir de la reforma introducida en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, es el instrumento idóneo para obtener ante la jurisdicción ordinaria la reparación de aquellas vulneraciones de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, que se entiendan cometidas en resolución judicial y frente a las que la ley procesal ya no permita ningún recurso» (ATC 73/2015, de 21 de abril).

El doble efecto del incidente de nulidad de actuaciones es que se entiende también como un medio procesal más para intentar la subsanación de violaciones de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, en los términos determinados en los artículos 44.1.a. y 50.1.a. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. De modo que el recurso de amparo «puede ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial si no se interpone el incidente de nulidad del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contra la resolución judicial firme que pone fin al proceso, cuando dicha resolución es la que causa la lesión del derecho fundamental, y no ha existido oportunidad de denunciar esa pretendida lesión antes de recaer dicha resolución»⁷⁹. El propio Tribunal Constitucional ha indicado de manera meridianamente clara —por ejemplo, en su

⁷⁸ CARRASCO DURAN, M. (2012), *La tutela de los derechos fundamentales...*, cit., p. 74.

⁷⁹ ARAGÓN REYES, M. (2011), «El incidente de nulidad de actuaciones como remedio previo al recurso de amparo. La función del Ministerio Fiscal», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 28, UNED, Madrid, p. 375.

STC 41/2014, de 24 de marzo— que entre los recursos y remedios procesales exigibles para cumplir el requisito previsto del artículo 44.1 a. de la Ley Orgánica 2/1979, el incidente constituye un remedio destinado a reparar los defectos lesivos que una resolución judicial pueda producir puntualmente en los derechos fundamentales, de modo que, los demandantes de amparo, en casos en los que el procedimiento incurra en este tipo de déficits, deben acudir primero a ese cauce procesal, puesto que así pueden dar lugar al órgano judicial a la reparación de la infracción que denuncian en el proceso; obrar de otro modo, presupone no dar cumplimiento al requisito de agotamiento de los recursos establecido en el artículo 44.1 a. de la Ley Orgánica 2/1979 y, consecuentemente, dar lugar también a la inadmisibilidad del recurso de amparo⁸⁰.

5. EL RECURSO DE AMPARO EN EL CONTEXTO DEL ARTÍCULO 53.2

Podemos decir también que el recurso de amparo de los artículos 53.2 y 161.1.b. de la Constitución constituye un hito, posiblemente el de mayor importancia, del poder constituyente. Häberle dice que el recurso de amparo constitucional es un derecho fundamental genuino del ciudadano en el marco del Derecho procesal, constituyendo el núcleo esencial del *status activus processualis constitutionis*.⁸¹ Díez-Picazo entendía el recurso de amparo como el cauce a través del cual el Tribunal Constitucional se convierte en «clave de fiscalización de la interpretación conforme a la Constitución, del entero proceso de creación-aplicación del Derecho»⁸². La virtud del recurso de amparo consistía en la mayor libertad —cercana al diálogo ciudadano-Tribunal Constitucional— en que se articulaba a través del artículo 53.2 de la Constitución. Efectivamente, no cabe soslayar el comienzo del precepto, deslimitando, por medio de un pronombre indefinido masculino y femenino («cualquier ciudadano podrá...»), la facultad de recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección I del Capítulo II y del derecho a la objeción de conciencia del artículo 30, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Luego, la Constitución incidía en este carácter amplio del amparo constitucional cuando

⁸⁰ Véanse, también, las SSTC 9/2014, de 27 de enero, y 28/2014, de 24 de febrero.

⁸¹ HÄBERLE, P (2015), «Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft», en VAN OUYEN, R. C. / MARTIN, H. W. (Coords.), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*, 2.ª Edic., Springer, Wiesbaden, p. 43.

⁸² Díez-PICAZO, L. M. (1994), «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 40, CEPC, Madrid, p. 35.

—en el artículo 162.1.b— reconoce legitimidad para su interposición a toda persona natural o jurídica con la sola condición de que invoque un interés legítimo.

Esta concepción estaría latente también en la versión original de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en su configuración del recurso de amparo como un instrumento abierto, con las reglas técnicas justas para su aceptación a trámite y su resolución. Por un lado, la primera versión de la norma, en sus artículos 46.1 y 2, hacía una restricción hasta cierto punto lógica —por razones de procedimiento mínimo—, determinando la legitimidad para la interposición de la demanda de amparo a la persona directamente afectada y para aquellos que hubieran sido parte en el proceso judicial previo, dependiendo de si se trataba de procesos de amparo del tipo del 42, 43 o del 44 de la Ley 2/1979; luego, el artículo 47, admitía también la comparecencia como coadyuvante, no como actor, a aquel que pudiera alegar un interés legítimo en el recurso⁸³. El hecho de que se tratara de recoger en la norma, igualmente, como dice Oliver Araujo, no un recurso de amparo, sino una pluralidad de ellos⁸⁴, apunta también a una concepción generosa de la protección de los derechos fundamentales, pues reconoce tácitamente la multiplicidad de formas de lesión y, con ello, la necesidad de adoptar una posición pro-ciudadano, garantista de los derechos fundamentales, y de mesura en orden a la exigencia de requisitos de interposición.

Las reformas en materia de amparo de los años ochenta del siglo xx fueron también dentro de esta línea. La Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regulaba el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, procedía a la derogación del artículo 45 de la Ley Orgánica 2/1979, relativo al amparo constitucional contra las violaciones del derecho a la objeción de conciencia, dado que —por esa misma ley— se había procedido a la remisión a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de las decisiones administrativas denegatorias de la solicitud de declaración de objetor de conciencia al Servicio Militar. El recurso de amparo por lesión de derechos fundamentales en el procedimiento o la resolución judicial posterior a la decisión administrativa seguía siendo una posibilidad, pero ahora por vía del tipo del artículo 43 o 44 de la Ley 2/1979⁸⁵. Luego, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen

⁸³ Sobre este concepto, OLIVER ARAUJO, J. (1986), *El recurso de amparo*, Estado y Derecho, Palma de Mallorca, 1986, pp. 312 y 313.

⁸⁴ OLIVER ARAUJO, J. (1986), *El recurso de amparo*, cit., p. 160; el mismo autor (2003), «El recurso de amparo frente a actos y omisiones judiciales», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 120, CEPC, Madrid, p. 79.

⁸⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, A. (1985), *Garantías para la protección del derecho a la objeción de conciencia...*, cit., pp. 232 y 234.

Electoral General, añadiría un tipo más de modalidad específica de recurso de amparo, el recurso de amparo contra la proclamación de candidaturas y candidatos (art. 49); y, después, aun uno más, el recurso de amparo contra la proclamación de electos (art. 114.2), por la reforma de la Ley 5/1985 operada por la Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo⁸⁶.

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional es distinta. Esta norma fue redactada, como es sabido, en una favorable coyuntura de peticiones de objetivación del recurso de amparo, en particular, sobre la base del exceso de demandas de amparo que colapsaban la labor del Tribunal Constitucional⁸⁷. En efecto, si acudimos a las estadísticas del Tribunal, desde 1980 a 1994, el número de recursos de amparo presentados ascendían a un total de 26.684 peticiones, de 1994 a 2006 serían unos 82.793, lo que ofrece un resultado final de unos 109.477 solicitudes de amparo hasta 2006⁸⁸. En Alemania, en 2009, se habían registrado unos 175.900 recursos de amparo desde el inicio de funcionamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán⁸⁹. Hoy en Alemania hay una entrada de entorno a los 6000 recursos de amparo al año⁹⁰. Indudablemente son cifras altas, pero acordes a un país con cultura constitucional y donde los ciudadanos son conscientes de sus derechos fundamentales. En cambio, el legislador del momento, en vez, por ejemplo, de optar por una ampliación de medios al servicio del Tribunal, en particular, de recursos humanos (letrados del Tribunal Constitucional), o, al menos, sondear al legislativo la oportunidad de una reforma constitucional para ampliar el número de magistrados⁹¹, optó directamente por realizar un recorte del derecho fundamen-

⁸⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1997), *Estudios de Derecho Electoral*, Ediciones Jurídicas, Lima, pp. 408 y 540.

⁸⁷ La costumbre mecánica de muchos abogados de comprender el Tribunal Constitucional como una mera instancia adicional más «estaba lastrando seriamente el funcionamiento del Tribunal y provocando un retraso muy considerable en la resolución de los procesos judiciales». Así BALAGUER CALLEJÓN, F. / CÁMARA VILLAR, G. / MEDINA REY, L. F. (2008), *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, pp. 11 y 12.

⁸⁸ Los cuadros estadísticos de la labor del Tribunal Constitucional, desde 1980 a 2015, se pueden consultar en la página Web del Tribunal en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx>.

⁸⁹ LIMBACH, J.(2010), *Das Bundesverfassungsgericht*, C. H. Beck, München, p. 43.

⁹⁰ SCHLAICH, K. / KORIOTH, S. (2015), *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, C. H. Beck, München, p. 146.

⁹¹ En este sentido, véase, FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2009), *La justicia constitucional...*, cit., p. 630, para quien «un órgano integrado por quince Magistrados posibilitaría el funcionamiento de tres Salas, cada una de ellas integrada además por un número impar de miembros (lo que haría necesario crear la figura del Vicepresidente segundo), con lo que ello supondría en orden a agilizar el funcionamiento del Tribunal con vistas a la más ágil resolución de los recursos de amparo».

tal del ciudadano al acceso al Tribunal Constitucional. Y téngase en cuenta que este derecho de acceso es la única facultad directa del ciudadano de relación y diálogo directo con el Tribunal Constitucional, pues la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 163 de la Constitución y 35.1 de la Ley 2/1979 queda en el fondo en manos del juez o tribunal; y luego, no existen en España otro tipo de formas de contacto como, por ejemplo, la acción pública de inconstitucionalidad o acción de inexequibilidad⁹².

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, en lo que se refiere al recurso de amparo, introducía dos nuevas reglas de admisión a trámite que, de algún modo, se complementan. Por un lado, la determinación de un nuevo requisito de admisión a trámite del recurso de amparo, el concepto de «especial trascendencia constitucional» (art. 50.1 de la Ley Orgánica 2/1979), por el cual no basta con que el ciudadano cumpla con los requisitos constitucionales para la presentación de la solicitud de amparo; «no basta tampoco con que aquel alegue y acredite la lesión de sus derechos fundamentales, ni tan siquiera la gravedad de la lesión», sino que ahora es necesario algo más: que el recurrente justifique fehacientemente la especial trascendencia constitucional del recurso⁹³. De este modo, el Tribunal Constitucional se aseguraba —por aplicación, realmente, de un nuevo concepto subjetivo e indeterminado— la facultad de admitir o no los recursos caso por caso, dependiendo de su importancia para la interpretación y eficacia de la Constitución y la acción de los derechos fundamentales⁹⁴, no sobre la sola base

Luego, no obstante, matiza también que «es una solución hoy por hoy descartable en cuanto presupone inexcusablemente la reforma de la Constitución».

⁹² Este tipo de procedimiento es típico en Colombia, donde es reconocido en el artículo 40.6 de la Constitución Política de Colombia en su redacción vigente de 2015. Aparte, se reconoce la acción de tutela de derechos fundamentales, también llamado recurso de amparo, asimismo a conocer por la Corte Constitucional (art. 241.9). Concretamente, esta acción de inconstitucionalidad se puede definir como «un derecho constitucional fundamental que legitima a cualquier ciudadano para demandar ante la Corte Constitucional actos con fuerza de ley (llámese ley, decreto con fuerza de ley, o los actos legislativos reformatorios de la Constitución), así como también los referendos legislativos, las consultas populares y plebiscitos de orden nacional, con el objeto de que se declare inexequible (o inconstitucional), a fin de restablecer la supremacía constitucional». REY CANTOR, E. (2004), «Acción popular de inconstitucionalidad», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 1, Porrúa, México D. F., pp. 117-128. Véase también, sobre ello, el Informe (1989) «Corte Constitucional de Colombia», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 2, CEPC, Madrid, pp. 111-132.

⁹³ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2008), *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, p. 87.

⁹⁴ Véase, así, ORTEGA GUTIÉRREZ, D. (2010), «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC155/2009, de 25 de junio», en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 10, UNED, Madrid, pp. 510 y 511.

del criterio abierto del artículo 53.3 de la Constitución y el hecho en sí de la lesión del derecho fundamental⁹⁵. Por otro lado, la inversión del juicio de admisibilidad, que presupone que «el recurrente viene obligado a alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional»⁹⁶.

En definitiva, el carácter abierto de la concepción del recurso de amparo, como *ultima ratio* para la protección de los derechos fundamentales del artículo 53.1 de la Constitución, sufriría un retroceso notorio en la versión vigente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; de pronto, se había dejado atrás la concepción pro-ciudadano tan clara en la labor del constituyente y del legislativo hasta 2007 a fin de que el recurso de amparo fuera lo más accesible posible —dentro de unos mínimos— para la defensa del derecho de igualdad y no discriminación y de los derechos fundamentales. Entraba así, quizás definitivamente, una nueva línea de comprensión en materia de protección de derechos fundamentales, que va abandonando poco a poco nuestra idea propia de garantía de los derechos y libertades, comenzando a adoptar fórmulas más frías, próximas al *writ of certiorari* propio de sistemas de *common law*, y que va ganando cada vez más adeptos y se va introduciendo de forma silenciosa y clara en nuestro ordenamiento⁹⁷.

⁹⁵ La casuística en orden a dar por cumplido el requisito de especial trascendencia es muy rico y aleatorio. Por ejemplo, teniendo en cuenta las circunstancias globales y sociales en que se mueve el *petitum* de la demanda (STC 26/2011, de 14 de marzo); por la «carencia de pronunciamientos del Tribunal que delimiten las consecuencias constitucionales del supuesto respecto de otros ya juzgados» (STC 17/2011, de 28 de febrero); por la inexistencia de doctrina del Tribunal Constitucional por provenir la cuestión objeto de recurso de una reciente modificación legislativa (STC 164/2011, de 3 de noviembre); por entender que en el recurso hay al menos un determinado «esfuerzo argumental» destinado a justificar la particular trascendencia constitucional del recurso (SSTC 2/2013, de 14 de enero, 89/2014, de 9 de junio, 99/2014, de 23 de junio). A veces, la Sala apela no tanto a reglas fijas sino, más bien, a coletillas, un poco abiertas, como que «corresponde únicamente a este Tribunal apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de la especial trascendencia constitucional» (SSTC 47/2014, de 7 de abril, 167/2014, de 22 de octubre, 201-202/2014, de 15 de diciembre). La STC 46/2014, de 7 de abril, indica que la reclamación por ignorancia del juzgador ordinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cumple los criterios objetivos de especial trascendencia. Por otra parte, en el ATC 108/2014 se entiende como elemento de trascendencia la queja por incumplimiento generalizado de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre inadmisión *a limine* de la solicitud de *habeas corpus*. En las SSTC 54/2015, de 16 de marzo, 42/2015, de 2 de marzo, entiende que el requisito puede quedar cubierto ya de por sí en casos de renuencia en fase ordinaria por el juzgador del deber de acatamiento de la doctrina constitucional.

⁹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2008), *La reforma del régimen jurídico-procesal...*, cit., p. 105.

⁹⁷ Sobre el «Writ of certiorari» y conceptos conexos, véase, FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2008), *La reforma del régimen jurídico-procesal...*, cit., p. 129-131; el mismo autor (2009), *La justicia constitucional: Una visión de Derecho comparado*, vol. I, Dykinson, Madrid, pp. 169-179.

El Tribunal de Estrasburgo, en la STEDH de 20 de enero de 2015 (asunto Arribas Antón c. España), ha refrendado, de hecho, de alguna manera el desarrollo dado por el Tribunal Constitucional a este respecto. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de los Estados a establecer determinados filtros de admisibilidad en materia de recursos —al estilo del requisito de «especial trascendencia constitucional» de los artículos 49.1 y 50.1 de la Ley Orgánica 2/1979—, si bien, en el caso de cláusulas formales de este tipo, siempre se ha de ir definiendo, como hace el Tribunal Constitucional, el contenido y el alcance de las mismas y, asimismo, explicitando su carácter y aplicación en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia⁹⁸. A juicio del Tribunal de Estrasburgo, «el hecho de subordinar la admisibilidad de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por parte del recurrente, siendo estos criterios previstos por la ley e interpretados por la jurisprudencia constitucional —tales como la trascendencia de la causa para la interpretación, la aplicación o la eficacia general de la Constitución o para determinar el contenido y el alcance de los derechos— no es, como tal, desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional»⁹⁹.

6. APROXIMACIÓN AL SENTIDO PRÁCTICO DE LOS PRINCIPIOS RECONOCIDOS EN EL CAPÍTULO III DEL TÍTULO I

Otro de los elementos posiblemente más innovadores de la Constitución española de 1978 consistió en la positivación constitucional de los «principios rectores de la política social y económica», que integra determinados derechos sociales asistenciales, de nueva generación. Estos derechos, entre los que destacan, por ejemplo, el derecho a la Seguridad Social (art. 41), el derecho a la protección de la salud (art. 43), el derecho a la vivienda digna (art. 47) y el derecho a una pensión adecuada (art. 50), son precisamente, como es sabido, los derechos más reconocidos o invocados en los medios por los profanos del Derecho. Cuando alguien desea en televisión enfatizar lo injusto que es el sistema, hace casi

⁹⁸ OEHLING DE LOS REYES, A. (2016), «Crónica de la jurisprudencia constitucional española en el año 2015» en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 20, CEPC, Madrid, pp. 529-530.

⁹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (2015). La inadmisión del recurso de amparo y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Diario La Ley, 8503. Disponible en: http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin65/Articulos_65/Rodriguez-Pinero-Bravo-Ferrer.pdf.

siempre referencia a estos derechos: «¡Tengo derecho a una vivienda!», «¡tengo derecho a un tratamiento médico!». No obstante, lo cierto es que la Constitución no califica realmente estos conceptos como derechos, sino, como el propio Capítulo indica, como «principios rectores de la política social y económica», en buena medida porque la posibilidad de implementación de estas ayudas hasta cierto nivel depende de factores económicos (capacidad de producción de bienes y servicios de un país, renta nacional, etc.), que son los que facultan el grado de financiación de gasto social¹⁰⁰. En este contexto, el mérito del constituyente, más allá de la comprensión de estos preceptos en el artículo 53.3 como principios informativos de la «legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos», radica en haber supeditado la reclamación de los mismos ante la jurisdicción ordinaria dependiendo de lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Es decir, que será el legislativo el que, calibrando dichas circunstancias económicas, prevea hasta qué punto y en qué medida puede dispensar esta protección del Estado de bienestar y determinar su garantía jurídica.

Aquí no hay lugar para desarrollar toda una explicación de cómo se materializa el respeto y protección de cada uno de los principios rectores del Capítulo III en el ordenamiento y hasta qué punto realmente estos conceptos informativos determinan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. No obstante, sí se puede exponer algún ejemplo que sirva de modelo explicativo del sentido práctico del artículo 53.3 de la Constitución. El más firme a tal efecto puede ser el derecho a una pensión adecuada y a la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad, recogido en el artículo 50 de la Constitución. Hay que apuntar, que, realmente, ni el Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo, ni las medidas de los años ochenta del siglo XX para mejorar el sistema de pensiones, como tampoco la posterior Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social configuraban un sistema cerrado de pensiones no contributivas de la Seguridad Social. Es decir, entonces solamente se preveía un sistema de prejubilación, incapacidad o fallecimiento si se acreditaba un mínimo de cotización según los casos. El concepto general de pensión no contributiva no aparecería hasta la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, siendo a partir de esa introducción legislativa el momento a partir del cual los ciudadanos con necesidades y que carecieran de recursos —aun cuando no hubieran cotizado nunca a la Seguridad Social— podían solicitar a la

¹⁰⁰ OEHLING DE LOS REYES, A. (2017), *Algunos síntomas de relativización...*, cit., p. 91.

Administración pública una pensión de este tipo por invalidez o jubilación. Podemos afirmar que, de alguna manera, la situación económica a partir de los inicios de los años noventa se prometía más feliz, de modo que el legislador del momento optó —bajo cumplimiento del mandato del artículo 53.3 de la Constitución— por materializar a mayor nivel el derecho a una pensión adecuada del artículo 50. Actualmente, la norma que regula esta cuestión es el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Es cierto, por tanto, que el artículo 50 de la Constitución no recoge un derecho en sentido estricto; pero, dada la cobertura mínima del artículo 53.3 y el posterior desarrollo del legislador en esta materia, desde luego que este tipo de conceptos tienen una protección, aparte de efectividad práctica. No disfrutaban de una protección iusfundamental, pero disponen al menos de una no poco considerable protección de rango ordinario; hoy día, primero en vía administrativa previa, de conformidad a lo establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, luego, en su caso, ante los juzgados de lo social, de acuerdo a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. E, igualmente, si en el procedimiento o en la resolución judicial denegatoria de la solicitud de una pensión de invalidez no contributiva se hubiera producido, por casualidad, alguna violación de derechos fundamentales cabe acudir hasta el Tribunal Constitucional en amparo; por ejemplo, caso de lesión del artículo 14 de la Constitución, relativo al derecho a la igualdad, incluso cabría la posibilidad de que el Tribunal se pronunciara en favor del recurrente, si es que éste hubiera podido aportar «un término de comparación idóneo del que quepa derivar un tratamiento desigual»¹⁰¹.

Los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I no son, por tanto, cláusulas vacías de contenido, ni exentas de sentido práctico y garantía. La diferencia es que tienen una protección no incluida en el artículo 53.2 de la Constitución, no de rango constitucional sino legal —dependiendo de lo que dispongan las leyes que los desarrollen—, que es lo que determina el nivel de su reconocimiento y tutela ante la jurisdicción ordinaria. Y si se diera el caso, llegado el momento, de que el crecimiento económico en España fuera tan propicio que permitiera una mayor realización del derecho a la vivienda digna —más allá de los planes públicos de subvenciones para la adquisición de primera vivienda, los planes de vivienda de protección oficial, las ayudas para la rehabilitación del hogar o las mismas ayudas al alquiler de la Administración central o autonómica—, desde luego que sería imperativo constitucional pro-

¹⁰¹ STC 181/2007, de 10 de septiembre. Véase, también, la STC 189/2012, de 29 de octubre.

ceder a una mayor implementación material y legislativa del derecho del artículo 47 de la Constitución.

En definitiva: la configuración de este tipo de derechos en la Constitución es también un logro notorio, porque parte de la comprensión del tema de los derechos sociales desde un punto de vista realista y sensato, teniendo en cuenta otros factores, como las posibilidades reales del Estado para cubrir el gasto que supone la materialización de esos derechos asistenciales; luego vinculando igualmente hasta cierto punto al legislador con su realización progresiva. Así es como, hoy día, también esos derechos son, en una medida razonable, una realidad en España, y cabe decir que el desarrollo de estos conceptos constitucionales se ha ido determinando en las distintas legislaturas de una forma notable.

Title:

Article 53 of the Spanish Constitution of 1978: outline of the evolution and the situation of their instruments for the guarantee of the Fundamental Rights (1978-2017).

Summary:

1. Introduction. 2. The structure of the practical realization of the article 53. 3. Preconditions of the legislation of the rights and freedoms and fundamental rights: 3.1 The principle of subjection and legally binding of all public authorities. 3.2 The principle of legal reserve. 3.3 The core content of the rights and freedoms. 4. The preferred procedure and ordinary summary of the article 53: 4.1 Outline of evolution and situation of the preferred procedure and summary in the jurisdictional divisions. 4.2 About the protection of fundamental rights with procedural nature. 5. The remedy of amparo in the context of the article 53.2. 6. Approximation to the practical sense of the principles recognized in chapter iii title i.

Resumen:

El artículo 53 de la Constitución española recoge tres cuestiones básicas: en primer lugar, determina que los derechos y libertades vinculan a todo el poder público; en segundo lugar, determina la protección constitucional y judicial de los derechos y libertades y de los derechos fundamentales; en tercer lugar, reconoce los principios rectores de la

política social y económica. En este artículo se analizan estos preceptos y conceptos constitucionales, pero también se estudia su desarrollo legislativo desde 1978 y la realidad práctica hasta el día de hoy. En el artículo también se hace análisis de algunas incoherencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materias fundamentales del artículo 53 de la Constitución española de 1978. La intención es dar una visión de conjunto del artículo 53 de la Constitución desde 1978 hasta hoy.

Abstract:

The article 53 of the Spanish Constitution specifies three basic issues: First, determines that the rights and liberties link all the public authorities; Secondly, determines the judicial and constitutional protection of the rights and freedoms and fundamental rights in Spain; Thirdly, recognizes the guiding principles of the social and economic policy. In this article are analysed these constitutional provisions and concepts, but also is studied their legislative development since 1978 and the practical reality until the present day. In the article are also analysed some inconsistencies in the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court on fundamental issues about the article 53 of the Spanish Constitution of 1978. The intention is to give an overview of the article 53 of the Constitution from 1978 until today.

Palabras clave:

Constitución española de 1978, derechos fundamentales, derechos y libertades, Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria.

Key words:

Spanish Constitution of 1978, fundamental rights, rights and freedoms, Spanish Constitutional Court, ordinary jurisdiction.