

Marc Carrillo

La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios

[Colección: Estudios Constitucionales, 1995, 426 págs.]

1. La personalidad de Marc Carrillo como investigador es de sobras conocida entre la tribu universitaria de los constitucionalistas en virtud de sus trabajos sobre las libertades de la información, en general, y, en especial, acerca del secreto profesional de los periodistas, aspectos sobre los que ha centrado su atención durante muchos años con interesantes aportaciones, así como por su dedicación a la Junta Electoral Central; y también por otra tribu más numerosa y peligrosa, la de los principales afectados por sus investigaciones, los profesionales de los medios de comunicación social, dadas sus colaboraciones en la prensa diaria. Sería pretencioso, pues, que intentase glosar su biografía científica.

No menos retórico sería destacar la importancia nuclear dentro del sistema de garantías constitucionales

del objeto de la investigación, el amparo ordinario o mecanismo habitual de tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos que reclama el art. 53.2 CE y se residencia ante los órganos judiciales mediante un procedimiento preferente y sumario, pues éste es un dato patente. Pero acaso convenga resaltar que dicha vía permite un restablecimiento del derecho más pronto que el dispensado en sede constitucional y más próximo al justiciable, y que son muchas más las reparaciones de derechos fundamentales lesionados efectuadas por Jueces y Tribunales que por el Tribunal Constitucional¹.

Tampoco puede que sea ocioso recordar que tenemos ya una larga experiencia en el funcionamiento de los mecanismos de protección jurisdiccional arbitrados por la Ley 62/1978, una ordenación bastante duradera —va para dos décadas— y,

¹ Sólo entre los Juzgados de lo Social de Madrid, alrededor de 300 sentencias anuales se clasifican como relativas a derechos fundamentales.

sin embargo, siempre provisional y sometida a la amenaza o a la esperanza de la reforma. Así como también, en otros procedimientos específicos de tutela de derechos fundamentales que han ido apareciendo después: *Habeas Corpus*, derecho de reunión, contencioso-electoral y posteriores amparos de proclamación de candidaturas y de electos, jurisdicción militar y sanciones disciplinarias, las vías de tutela de la libertad sindical —y por extensión de otros derechos— de los arts. 174 a 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, etc...². Una experiencia que justifica el subtítulo que, modestamente, Carrillo elige para la obra —la “aplicación jurisdiccional” de la Ley 62/1978— y, ciertamente, el libro demuestra un sosegado manejo de un copioso elenco de resoluciones tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo y de otros Tribunales ordinarios.

Es éste un buen momento, en suma, —y de ahí la oportunidad del libro³— tras cerca de veinte años de experiencia, para iniciar una reflexión y suscitarnos algunas preguntas sobre lo que tenemos y lo que deberíamos tener, y, cómo no, acerca de

la inescindible relación entre amparo ordinario y amparo constitucional; que —estimo— es la competencia definitoria de la jurisdicción constitucional española y no otras, si no nos obstinamos en hacer historia constitucional, derecho profesoral o jurisprudencia de conceptos.

Además, el libro tiene una clara y adecuada sistemática, es riguroso en la exposición, prudente en sus posturas y abundante en la información jurisprudencial y doctrinal que ofrece. Y comparto la casi totalidad de las conclusiones que de forma muy sumaria se recogen en el epílogo. Puestos a ser excesivamente críticos, sólo echo en falta poder acceder a una mayor información de derecho comparado —doctrinal y jurisprudencial— que coadyuvara al lector a observar nuestro modelo de tutela de derechos de manera menos apegada a la Ley, para alcanzar una mayor perspectiva teórica al afrontar su hipotética revisión; pero quizás ese fuera otro libro distintos del que el autor ha optado por hacer.

De manera que dicho esto, con la noticia del libro y la sincera recomendación de su lectura, pudiera

2 Del mismo autor, véase: “La tutela jurisdiccional del derecho de reunión” en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Asambleo Regional y Universidad de Murcia, nº 7, 1995, págs. 49 a 79.

3 La oportunidad se corrobora con la aparición casi contemporáneo —algo anterior—

y con un objeto similar del trabajo de Joaquín GARCÍA MORILLO: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994; procede de la reelaboración de un primer estudio aparecido en 1985: *El amparo judicial y los derechos fundamentales*, Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid.

acabar aquí mi misión formal como recensionista, ya que es prácticamente imposible sintetizar en una decena de páginas un serio estudio sistemático —abarca unas nociones sobre el sistema de garantías de los derechos, el estudio de la naturaleza jurídica del amparo ordinario y del principio de subsidiariedad, el ámbito material y la legitimación y demás requisitos procesales, una descripción del procedimiento y del régimen de recursos y hace especial hincapié en la suspensión del acto como medida cautelar— de cuatrocientas acerca de un procedimiento y no lo intentaré. Sin embargo, el respeto profesional que mi colega —es también amigo, pero esto no es lo que ahora nos ocupa— me merece y la indudable relevancia del estudio, así como un entendimiento material de esa misión que la Revista me encomienda me llevan a manifestar mi pequeña discrepancia en algunos aspectos y mi coincidencia en otros, con el único afán de intentar que, a través del diálogo y la lectura recíproca, continúe avanzando esa tribu de los constitucionalistas; sólo ciertos libros y escritores de mérito merecen detenerse en ciertas lecturas.

2. Comencemos por alguna de las conclusiones. Comparto la conveniencia de que la provisionalidad de la Ley 62/1978 sea reemplazada por una normativa más actual que recoja la experiencia adquirida —en nuestro ordenamiento y en otros— y

supla sus muchas lagunas e insuficiencias, si bien el autor con prudencia únicamente lo insinúa y anuncia la reforma como probable, reseñando incidentalmente los distintos proyectos elaborados. Baste con recordar, como evidencia del planteamiento fragmentario e insuficiente que la Ley 62/1978 asumió, de un lado, que, después del tímido Decreto legislativo 1/1979, de 20 de febrero, tuvo que ser la Disposición Transitoria 2ª de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la que extendiera el ámbito de la Ley a todos los derechos que el art. 53.2 CE contempla; y de otro, la inicial falta de previsión legal de un procedimiento específico y sumario para las relaciones laborales, importante caldo de cultivo de transgresiones de derechos entre particulares. Acaso debiéramos ser más contundentes en esa denuncia y dar un aldabonazo y reclamar una pronta intervención del legislador, señalando algunos mojos que delimiten el camino.

Los razonables lindes principales que Carrillo sugiere son los siguientes: a) que Jueces y Tribunales sean la sede natural de tutela de los derechos, y la intervención del Tribunal Constitucional sea siempre subsidiaria y extraordinaria; b) que vaste con un procedimiento preferente y sumario, sin añadir otras vías especiales como puede ser una Sala del Tribunal Supremo; y c) que se introduzcan los Juzgados de lo

contencioso-administrativo para incentivar la competencia del Juez ordinario y acercar la justicia al justiciable.

¿Qué decir sobre todo esto? La desconfianza del Estado constitucional hacia el Juez está en la base de la creación de dos órdenes jurisdiccionales, o, mejor, en la erección de una jurisdicción constitucional separada de la ordinaria tanto en la teoría de la justicia constitucional del período de entreguerras como en nuestra concreta transición a la democracia; pero puede que, desaparecida esta justificación, haya que replantearse hoy el desdoblamiento de jurisdicciones. Es verdad que asentado nuestro Estado constitucional, que ya no es emergente ni inestable, deben superarse viejos residuos ideológicos e ir asentándose también una concepción normalizada de Jueces y Tribunales ordinarios como verdaderos Jueces naturales de los derechos constitucionales de los ciudadanos; y, en consecuencia, asumir el Tribunal Constitucional su papel como intérprete “supremo” de la Constitución, y, precisamente por esa superioridad, no sólo Juez subsidiario sino también extraordinario —es decir, no habitual— en la defensa de los derechos; un papel que no es el que en la realidad realiza en nuestros días resolviendo —o inadmitiendo— cuatro millares de amparos. En este planteamiento creo que el autor

atina. Pero deberíamos ser prudentes y adoptar reformas paralelas si no queremos pecar de ingenuos y construir en falso.

Este nuevo, decisivo y creciente papel del Juez como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluso frente al gobierno o al legislador —piénsese en el revolucionario alcance e los mandatos contenidos en los arts. 5 a 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en desarrollo directo de varios preceptos constitucionales—, quizás no está todavía suficientemente asimilado en nuestra separación de poderes por sus propios destinatarios, los mismos Jueces. Pero, sobre todo, exige acometer paralelas reformas en la formación de Jueces y Magistrados. Un Juez que ya no asume un papel vicario de la Ley y, por el contrario, actúa al modo de un sacerdote de los derechos constitucionales de los ciudadanos en una democracia cada vez más judicializada, no puede seguir formándose como siempre en los cuatro códigos del XIX —las dos leyes rituarías y los códigos civil y criminal—; requiere tener unos conocimientos más profundos acerca del Estado, de la muy compleja separación de poderes en una democracia y de cómo se inserta en ella la función jurisdiccional, y, en general, de bastantes problemas de derecho público, en especial, sobre los derechos constitucio-

nales. Estimo, por tanto, que es menester modificar, de una vez y seriamente, la *formación* del Juez, que no es lo mismo que incrementar el peso de su *información* en más materias, añadiendo en aluvión temas a un programa sin alterar el método de su preparación ni su filosofía. Este argumento lógico me parece difícilmente contestable, pero debe admitir que a la misma conclusión me lleva la experiencia adquirida —que sería larga de explicitar aquí— como miembro de un Tribunal de acceso a la carrera y posterior profesor de derecho constitucional de una promoción —por otra parte, notable— de la Escuela Judicial.

Servata distantia, dado el tiempo transcurrido y lo mucho que las cosas van cambiando (se podrían ofrecer también ejemplos contemporáneos, pero resultaría más violento), sirva como botón de muestra la motivación recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo 7 y 9/1979 y 5 y 43/1980 que Carrillo reseña, siguiendo a Pérez Tremps (pág. 39). Cuando el alto tribunal, finalmente, venció su secular inercia jurídica y resistencia política a considerar la Constitución como norma jurídica, fundó tal posición en la interpretación evolutiva de las normas y el descenso a los cambios producidos en la realidad social que el art. 3.1 del Código Civil consagra...; y no en la superior posición jerár-

quica de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

Esa formación de la juridatura, sin duda, ha cambiado bastante en las promociones inferiores, ya educadas en la Constitución, aunque con el déficit que entraña que no se haya modificado en lo sustantivo el tipo de formación tradicional y preferentemente *iusprivativista* que la oposición asegura, pero no necesariamente en las superiores o más antiguas; salvo lo que aislada y voluntariamente algunos buenos Magistrados hayan querido hacer, o lo que hayan aportado los numerosos cursos de formación organizados por el Consejo, me temo que demasiado centrados en cuestiones muy específicas de cada orden jurisdiccional —fácilmente aprendibles en los libros por un buen jurista a través del estudio en solitario— en detrimento de categorías básicas para la formación de los Jueces.

En Segundo lugar, no estoy convencido de la regulación de los procedimientos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales que el art. 53.2 CE reclama, requiera, en todo o en parte, de una ley orgánica, como Carrillo argumenta bien (págs. 45 y ss). Mis dudas arrancan de la convicción —adquirida tanto en la reflexión teórica como en el análisis de concretas leyes— de que las leyes orgánicas poseen en nuestro ordenamiento jurídico una

naturaleza espúrea —como pronto destacó Garrorena⁴— y son muchas veces disfuncionales, debiendo, por ello, de ser interpretadas muy restrictivamente; y en esto al menos coincide con una abundante y conocida jurisprudencia constitucional (véase, por todas, la STC 127/1994 sobre la Ley de la Televisión Privada y el debate que los votos particulares suscitan); así, en lo que afecta a la materia “desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas” —que es donde el problema surge—, las leyes orgánicas se solapan con la reserva de ley ordinaria para regular las condiciones que hagan posible su ejercicio que el art. 53.1 CE contempla hasta el punto de que no se sepa por donde trascurre la frontera de ambas reservas; y el principio de competencia no ayuda mucho para resolver el problema, al cabo, en los supuestos de leyes mixtas y de materias conexas, con frecuencia sólo las decisiones políticas más importantes —un criterio más próximo al de jerarquía— revisten el carácter de orgánico; pero, claro está, es éste un criterio sumamente impreciso y jurídicamente endeble.

Tampoco es fácil saber cuándo nos encontramos ante un “desarrollo” directo, pero parcial —por contraposición a global— de un derecho fundamental y cuándo no. Y el

conocido deslinde jurisprudencial entre “desarrollar” e “incidir” o “afectar” de poco sirve aquí. A mi juicio, las garantías jurisdiccionales de un derecho no necesariamente deben ser consideradas como contenido directo de éste y desarrollo parcial; del mismo modo que la consagración como derecho fundamental de la tutela judicial no erige en contenido de la reserva de ley orgánica los distintos procedimientos judiciales, o que el reconocimiento constitucional de los derechos de sufragio activo y pasivo no debe llevar a otorgar carácter de orgánico a todas las normas sobre procedimientos electorales. La validez de la norma reconocedora de un derecho fundamental y su vigencia, que son los aspectos a los que el “desarrollo” parece atender, no puede ser confundida con su eficacia, que es el terreno donde se mueven las garantías; y, aunque la distinción resulte algo reórica, pues no hay realmente derecho sin remedio, me parece que debe de ser mantenida. Por otro lado, la mención de precedentes legales no nos sirve como argumentación dogmática, ya que no demuestran ni el acierto ni el yerro del legislador en la interpretación de la reserva constitucional; y es, además, muy probable que la reforma de la Ley 62/1978 debiera pasar no por una nueva Ley,

4 Angel GARRORENA: “Acerca de las leyes orgánicas y de su espúrea naturaleza jurídica”

en *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980, págs. 169 y ss.

dada la complejidad del tema, sino por su derogación en una pluralidad de Leyes para cada uno de los órdenes jurisdiccionales que, en la medida en que contengan otros preceptos procesales, difícilmente podrán ser concebidas como orgánicas.

En suma, no me resultan plenamente convincentes los motivos por los cuales una futura ley de protección jurisdiccional debiera tener rango de ley orgánica, aunque reconozco el peso de los argumentos que Carrillo expone.

Respecto de la subsidiariedad entre los amparos ordinarios y constitucional, —cuestión que ha producido entre nosotros una viva polémica entre diversos autores de la que el libro da noticia— se afirma (pág. 80) que la relación de subsidiariedad no plantea dudas desde la perspectiva literal del texto constitucional y que es una subsidiariedad que no ofrece excepciones como las dispuestas en el art. 90.2.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán —recurso de interés general o perjuicio grave e irreparable para el recurrente—; así como, se explicita bien la naturaleza objetiva del amparo, alejada de un recurso en sentido estricto.

Mi impresión personal es, sin embargo, que la subsidiariedad es antes un lógico principio organizativo del amparo constitucional que un elemento definitorio de la esencia de ese recurso. El polémico inciso “en

su caso” del art. 53.2 CE tiene un escaso valor impeditivo frente al legislador: en poco o en nada limita la relación entre amparo ordinario y constitucional que el legislador tenga a bien definir, pues puede ser interpretado de varias maneras; es incluso una habitual regla de estilo suprimir las expresiones “en todo caso” o “en su caso” que con profusión emplean muchos juristas.

La subsidiariedad, en cambio, inspira profusamente la ordenación que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional efectúa (arts. 43.1, 43.2, 44.1.a, 4.1.c, 44.2, 46.1.b, etc...) y no creo que sea una filosofía que pueda ser reprochada. Por el contrario, coincido con Carrillo en que debe ser reforzada como regla general, no sólo para descargar al Tribunal Constitucional de asuntos o en virtud de la naturaleza extraordinaria del amparo constitucional, sino además por otras varias razones: conceder ocasión a Jueces y Tribunales para subsanar por sí mismos sus defectos; aproximar la posibilidad de la reparación al justiciable; impedir dilaciones; evitar que cualquier otro Tribunal se pronuncie sobre el asunto después del Tribunal Constitucional aminorando el carácter final de su intervención; el convencimiento de que ciertas lesiones formales o de derechos relacionales —v. gr. irregularidades en los actos de comunicación con las partes— pueden ser mejor repa-

radas ante órganos judiciales que en la distante y abstracta sede constitucional; etc... Pero de ahí no creo que quepa deducir que la subsidiariedad defina la esencia del amparo, porque el propio art. 42 LOTC ofrece una excepción a esta regla para actos y decisiones parlamentarias sin valor de ley (Carrillo salva la excepción entendiendo que la subsidiariedad cobra entonces una “nueva dimensión” o es “de menor intensidad”, a mi juicio, simplemente no existe), y otro tanto ocurría con el viejo art. 45 LOTC antes de ser derogado, para las resoluciones denegatorias del derecho a la objeción de conciencia; y lo mismo pasa en derecho comparado con el mencionado art. 90.2.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

En definitiva, la subsidiariedad no debería ser absoluta, pero sí general. De ser esto cierto, habría que plantearse seriamente, al tiempo que un reforzamiento de la subsidiariedad como regla general, la posibilidad del establecimiento de algunas matizadas excepciones en las que cupiera el amparo directo en ciertos casos por razones objetivas y de interés general, incluso, —satisfaciendo algunos requisitos— frente a leyes.

En relación con la innecesariedad de una pluralidad de procedimientos específicos o de órganos judiciales especiales y de nueva crea-

ción, Carrillo me parece que acierta. La tesis de una Sala del Tribunal Supremo especializada en derechos fundamentales, por ejemplo, resultaría casi seguro inviable, pues acabaría por entender de quejas que versaran sobre todos los órdenes de la jurisdicción ordinaria: una especie de Tribunal Constitucional de primera instancia que ralentizaría todavía más el pronto restablecimiento de la integridad del derecho lesionado por la misma existencia de una especie de apelación constitucional, y plantearía problemas de armonía entre sus doctrinas y de compatibilidad con el mandato del art. 1.1 LOTC —el carácter de aquél como “único en su orden”—.

Puede, no obstante, que algunas excepciones puedan seguir haciéndose —varias ya se han hecho— por razón de la naturaleza del derecho violado, según el propio autor acertadamente señala. Así, debería acontecer, sobre todo, frente a las frecuentísimas lesiones causadas por acciones u omisiones judiciales en la tramitación de los procedimientos y conexas a los derechos del art. 24 CE, donde habría que buscar nuevos instrumentos procesales previos al amparo constitucional. Como ejemplo, claramente, convendría introducir una modificación en sentido extensivo de los supuestos expresos en que legalmente procede la audiencia al rebelde (arts. 771 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil), para

sustanciar la rescisión de una sentencia firme a instancias del demandado que no fue debidamente oído por problemas en los actos de comunicación, entre otras razones para adecuarse a una jurisprudencia constitucional que rechaza el formalismo en la interpretación de esos supuestos y busca configurar ampliamente ese instrumento procesal como vía judicial de agotamiento de los recursos ordinarios previos al amparo para todos estos casos de indefensión por falta de audiencia (entre las últimas y más significativas, la STC 15/1996, de 30 de enero).

Por, último, sigo albergando reticencias respecto de los Juzgados de lo contencioso-administrativo a crear en cada provincia y al papel innovador que Carrillo confía —de manera muy argumentada y desmenuzando los problemas— realicen en la racionalización de la Administración de justicia (págs. 178 y ss); una cuestión que en alguna ocasión ya he discutido con él; a su juicio, debería atribuirseles competencia en primera instancia en algunas causas. Es cierto que, sin duda, coadyuvarían a paliar el retraso judicial en un orden jurisdiccional con tan importantes dilaciones y, en especial, para pequeños asuntos, pero no sé si contribuirían a mejorar el nivel de las garantías de los derechos fundamentales. Es obvio que aún no han sido creados, pese a la vieja previsión legal (Ley

38/1988, de 28 de diciembre, de Planta y Demarcación Judicial) y esto algo indica, y que faltan, de hecho, especialistas en derecho administrativo que puedan cubrir como titulares esos órganos unipersonales; acaso porque la incomodidad de la preparación de la oposición para el Juez no se compensa suficientemente hoy en día con el beneficio de un más fácil ascenso o promoción en la carrera y, en consecuencia, la concurrencia de Jueces al sistema de especialización es cada vez más escasa. Pero, sobre todo, dudo de que la difícil actividad de ponderación de las colisiones y análisis de las lesiones de ciertos derechos fundamentales por los poderes públicos —dada la indeterminada construcción que a menudo entraña— no sea más adecuada para su enjuiciamiento en única instancia por un órgano colegiado como son las Salas correspondientes de los Tribunales Superiores de Justicia. Y, de volver a introducirse una apelación, ahora ante éstos órganos judiciales y previa al amparo constitucional, volveríamos a tener un modelo con demasiadas instancias y, por ello, acaso lento e inadecuado en materia de derechos.

No obstante, puede que estos reparos carezcan de suficiente entidad, puesto que también órganos judiciales unipersonales como son los Juzgados de Primera Instancia o las Magistraturas de lo Social ya

enjuician lesiones de derechos, si bien normalmente por particulares; y, así, el anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa elaborado esta última legislatura atribuía competencia a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 120), diseñando una apelación en un solo efecto y dedicando a la reforma de la protección de derechos fundamentales en este orden jurisdiccional —la Disposición Derogatoria 2ª, e] derogaba los artículos correspondientes de la Ley 62/1978— la Sección 1.ª del Capítulo IV del

Título IV; empero del proyecto no llegó a ser aprobado en las Cámaras y ha de considerarse caducado.

3. Concluyo, por donde empecé. Nada de lo poco que apresuradamente he dicho sobre algunos puntos debe llevar a empañar el brillo de esta rigurosa y seria investigación sino a evidenciar la atención y el interés profesional que me merecen, y a congratularme de que Carrillo sea miembro de esa tribu común de los constitucionalistas y no se mantenga callado.

Javier GARCÍA ROCA