

EL CONTROL DE LAS OMISIONES DEL PODER PÚBLICO EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

POR

JUAN CARLOS GAVARA DE CARA

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Barcelona

Este trabajo tiene como objeto un análisis unitario del control de las omisiones de los poderes públicos, entendidos a partir de los tres clásicos poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en materia de derechos fundamentales. La reciente reforma de la LOTC ha supuesto la reapertura de una nueva reflexión en la temática, al crear o intentar extender el control de las omisiones a las actuaciones y decisiones de los poderes ejecutivo y legislativo. En este último supuesto, aunque no se ha incluido en la redacción final de la reforma el procedimiento del control de insuficiencia normativa de la ley, se debe comprobar si desde un punto de vista material es posible realizar algún tipo de control sobre omisiones del legislador cuando afectan específicamente a los derechos fundamentales. En este sentido, la previsión expresa del control de las omisiones de los poderes ejecutivo y judicial en amparo tras la actual reforma, posibilita que nos centremos principalmente en la posibilidad de articular un control de las omisiones del legislador en materia de derechos fundamentales, pero intentando realizar un análisis unitario de la temática.

Como es sabido, el procedimiento ordinario de control de constitucionalidad de la ley en materia de derechos fundamentales, como, en

general, el fundamentado en cualquier norma constitucional en nuestro sistema, implica la utilización del recurso de inconstitucionalidad, de carácter abstracto y con una legitimación activa limitada a minorías parlamentarias o a órganos e instituciones para su presentación; o la cuestión de inconstitucionalidad, de carácter concreto y vinculada a la actividad del poder judicial en procesos de carácter ordinario con ocasión de la aplicación de la ley. Ambos procedimientos son idóneos para controlar cualquier ley de desarrollo o que afecte a un derecho fundamental específico, en el bien entendido que el control de constitucionalidad precisa de una decisión normativa que controlar, no estando previsto de forma expresa un control de la omisión legislativa aplicable en el caso de la ausencia de concreción de la vinculación positiva de un derecho fundamental específico¹. El control de constitucionalidad de la ley se realiza en función del resultado, del producto de la actividad o función legislativa en base a un acto concreto. Evidentemente, si el control, en lugar de operar sobre el resultado, recayera en la función legislativa mismo se posibilitaría una efectividad mayor sobre todo en materia de derechos fundamentales, ya que el control alcanzaría tanto la actividad como la inactividad legislativa.

Estos procedimientos ordinarios de control de constitucionalidad de la ley no son específicos para la protección de los derechos fundamentales y tampoco se encuentra prevista en nuestro sistema constitucional expresamente la posibilidad de presentar el recurso de amparo frente a leyes como procedimiento especializado para la protección de derechos fundamentales. En cualquier caso, se debe tener en cuenta el hecho de que la Constitución permite la ampliación de competencias del Tribunal Constitucional (art. 161.1.d CE) mediante decisión legislativa, siendo susceptible de incorporarse procedimientos para el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas o procedimientos de amparo directo frente a leyes. De todos modos, el amparo frente a una omisión legislativa siempre es reconducible a una necesidad de resolución de un caso con base en la aplicación directa del derecho fundamental.

¹ Sobre las peculiaridades específicas que diferencian recurso y cuestión de inconstitucionalidad cabe destacar el análisis de JIMÉNEZ CAMPO, J., «El control de constitucionalidad de la ley en el derecho español», en RUBIO LLORENTE, F.-JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 63-89. En relación con el objeto de control de constitucionalidad PARDO FALCÓN, J., «Comentario al art. 27 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 367-396.

En este sentido, conviene recordar que el Tribunal Constitucional reconoció desde sus primeras sentencias que si bien solo se admiten en amparo pretensiones directas dirigidas a reestablecer o preservar los derechos fundamentales, también es cierto que el art. 55.2 LOTC permite estimar un recurso de amparo porque la ley aplicada infrinja de forma inconstitucional un derecho fundamental². Dicho precepto obliga a entender que la inconstitucionalidad de la ley que lesiona derechos fundamentales puede ser alegada por el recurrente en amparo, aunque la pretensión se encuentra limitada a leyes que lesionen los derechos fundamentales protegidos por amparo constitucional, siempre que el recurrente tenga una lesión concreta y actual, y que se pueda demostrar que sean inseparables la concesión del amparo constitucional y la declaración de inconstitucionalidad de la ley³. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional tan solo adopta dichos pronunciamientos cuando sea imprescindible para corregir la lesión de un derecho fundamental que sea imputable directamente a la aplicación del precepto legal contrario a la Constitución. Para pronunciarse sobre esta constitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe constatar con anterioridad que mediante la aplicación del precepto se ha producido la lesión del derecho fundamental⁴.

² STC 41/1981 FJ 1. La reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 6/2007, de 24 de mayo – BOE 25 mayo 2007) prevé una modificación procesal de este precepto para evitar una duplicidad de sentencias (una en amparo y otra de declaración de inconstitucionalidad) que había ocasionado alguna incoherencia en el pasado. Sobre la autocuestión de inconstitucionalidad, PIBERNAT DOMÉNECH, X., «El control de constitucionalidad en vía de recurso de amparo. El art. 55.2 LOTC y sus interpretaciones por el Tribunal Constitucional», *RJC*, 1983, núm. 3, pp. 153-168; URIAS MARTÍNEZ, J.P., *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1996; MIERES MIERES, L.J., *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales*, Civitas, Madrid, 1998; PÉREZ TREMPES, P., «Comentario al art. 55 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, pp. 868-877; URÍAS MARTÍNEZ, J. P., *La tutela frente a leyes*, CEPC, Madrid, 2001; ROIG BATALLA, A., «En torno al voto particular de la sentencia 18/1994, de 20 de enero. La autocuestión o el control sucesivo de constitucionalidad», *REDC*, 1995, núm. 44, pp. 299-322.

³ En el mismo sentido en STC 6/1986 FJ 1.

⁴ STC 113/1987 FJ 3 y STC 153/1988 FJ 2. En un caso concreto, el TC no puede constatar si un precepto del Código Penal infringe el art. 14 CE (diferencias entre parejas de hecho y matrimonios), ya que la sentencia del órgano judicial al aplicar el precepto no ha podido causar la referida lesión (STC 74/1997 FJ 2). En cualquier caso, el Tribunal Constitucional no admite que un recurso de amparo que sólo puede tener como objeto la vulneración de un derecho fundamental, se pueda convertir en un recurso abstracto de inconstitucionalidad frente a preceptos legales (STC 122/1987 FJ 2).

Seguramente la nueva reforma de la LOTC implicará una reducción de la intensidad de la exigencia de este requisito al suprimir la duplicidad de sentencias del Tribunal Constitucional con lo que en apariencia parece un paso intermedio para introducir el amparo frente a leyes en la medida en que el Pleno, mediante decisión, puede transformar un amparo en una cuestión de inconstitucionalidad. No obstante, la nueva reforma no obvia el principal problema que plantea la autocuestión de inconstitucionalidad, ya que precisamente en este punto reside la dificultad inicial del control en amparo de cualquier decisión legislativa de concreción de un derecho fundamental específico, debido a que difícilmente se puede conectar a una lesión de un derecho fundamental sin un acto de aplicación previo por parte de los poderes aplicadores del Derecho, por lo que no será factible plantear un control directo o indirecto de la ley en materia de derechos fundamentales sin una infracción concreta.

En relación con el legislador, el control sobre el desarrollo de un mandato constitucional positivo puede ser operativo en relación con la decisión normativa que estructura el contenido de las obligaciones positivas que debe realizar el poder público en materia de derechos fundamentales, o bien frente a la ausencia de dicha decisión, es decir, frente a la omisión legislativa de la articulación de las medidas. Tanto en un supuesto como en otro difícilmente se puede articular una infracción de un derecho fundamental vinculado a la actividad legislativa en un caso concreto. Evidentemente, el modo en que se articulen las decisiones legislativas conectadas al desarrollo de mandatos constitucionales positivos de actuación expresa o implícita pueden ser controladas constitucionalmente, aunque el perjuicio que se causa en un caso concreto mediante unas actividades positivas de protección del derecho difícilmente se puede demostrar, ya que se puede aceptar o no el criterio legislativo utilizado para desplegar la medida positiva, pero no decretar una inconstitucionalidad o una infracción de derechos fundamentales por insuficiencia o ausencia de mecanismos de protección o de eficacia de los derechos fundamentales debido a que no estén previstos de forma expresa en la Constitución⁵, de forma que añaden un

⁵ El Tribunal Constitucional, con ocasión del control de constitucionalidad de la supresión del recurso previo de inconstitucionalidad, afirmó que dicho recurso no se destina a garantizar la protección judicial de las infracciones de los derechos fundamentales, sino a resolver las diferencias existentes entre órganos o parte de órganos constitucionales sobre la interpretación de los preceptos constitucionales. La consagración constitucional de un derecho fundamental no permite crear recursos inexistentes, ni el mayor valor de los derechos fundamentales permite considerar implícitas garantías que la Constitución expresamente no ha creado (STC 66/1985 FJ 3).

mecanismo de protección de un derecho que no está previsto en la Constitución y goza, en principio, de una presunción de constitucionalidad basada en la ausencia de criterio o precepto material de control. De este modo, la vía del art. 55.2 LOTC no puede permitir un control incidental en amparo de las decisiones legislativas en materia de omisiones legislativas sin una gran carga argumental, ya que las inactividades legislativas difícilmente permiten derivar infracciones a los derechos fundamentales.

En definitiva, el control de la actividad positiva del legislador a la Constitución opera sobre todo a partir del propio resultado legislativo, es decir, a partir de la adopción de una decisión normativa que incide en los derechos fundamentales a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, con independencia de que el control sea abstracto o concreto, sin que un control de la abstención o de la omisión legislativa de un mandato constitucional esté previsto de forma expresa en nuestro ordenamiento. En cualquier caso, se debe tener en cuenta que la inactividad del legislador en último extremo y desde un punto de vista material sólo puede ser solucionada a través de la adopción de las decisiones normativas previstas por el propio legislador, ya que el Tribunal Constitucional no puede sustituir al poder legislativo en las funciones exclusivas y propias que ejercen los órganos por mandato constitucional⁶. A través de estos parámetros se enmarca el análisis del tema y se puede constatar las dificultades de su análisis.

1. EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La inconstitucionalidad por omisión debería ser una pieza esencial en la primera fase de articulación del alcance de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales tras aprobar una nueva Constitución, pero sólo se producen sus efectos cuando una Constitución impone expresa o implícitamente al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo, en este caso de los derechos fundamentales, y el legislador no lo realiza dilatando en el tiempo la eficacia del mandato constitucional por la falta de adopción del acto normativo legislativo⁷. La falta de previsión constitucional o legal del procedimiento

⁶ Sobre el control de las decisiones del legislador en materia de vinculación positiva en la doctrina alemana, DIETLEIN, J., *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 177 y ss.

⁷ STC 24/1982 FJ 3, STC 74/1987 FJ 4 y STC 87/1989 FJ 2.

para el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas conectadas a la vinculación de los poderes públicos imposibilita un análisis formal de la materia⁸.

De todas formas, se debe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha admitido el amparo de los derechos fundamentales frente a omisiones legislativas⁹. Evidentemente, la consecuencia de una ausencia de regulación legislativa implica la aplicación directa de los derechos fundamentales en casos concretos, aunque con un contenido y alcance mínimo, limitado a la aplicación de las consecuencias constitucionales previstas¹⁰. En las normas que tienen o son susceptibles de

⁸ Sobre la inconstitucionalidad por omisión, VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; AHUMADA RUIZ, M.ª Á., «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1991, n.º 8 (enero-abril), pp. 169-194; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión: Teoría general, derecho comparado, el caso español*, Civitas, Madrid, 1998; RUIZ MIGUEL, C., «Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión», *Revista de las Cortes Generales*, 2000, n.º 51, pp. 117-134. Sobre el control de la omisión legislativa en materia de derechos fundamentales en la doctrina alemana, STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III/1 «Allgemeine Lehren der Grundrechte»*, C.H. Beck, München, 1988, pp. 1283 y ss.; JÜLICHER, F., *Die Verfassungsbeschwerde gegen Urteile bei gesetzgeberischem Unterlassen. Zum Rechtsschutz bei gesetzgeberischem Unterlassen und willkürlichem gesetzlichen Begünstigungsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972; SEIWERTH, J., *Zur Zulaessigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenueber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen*, de Gruyter, Berlin, 1962.

⁹ Como ejemplo se puede utilizar la línea jurisprudencial de reconocimiento del derecho a efectuar emisiones de televisión local por cable, declarando nulas resoluciones administrativas que requerían el cese de dichas emisiones, ya que en el fondo implicaba la adopción de unos actos administrativos en ausencia de ley previa, lo que ocasionaba la aplicación preferente del derecho fundamental por aplicación directa de la norma constitucional que establecía el derecho fundamental (STC 31/1994, STC 47/1994, STC 98/1994, STC 281/1994 y STC 307/1994). En estos casos, se considera que la omisión de legislador de regular la televisión local por cable, dada la ausencia de la regulación legal de la concesión de dicha modalidad de televisión, no podía comportar pura y simplemente la prohibición de la actividad de difusión por parte de los particulares al ser un hecho contrario al art. 20.1 a y d CE (un resumen de la doctrina en STC 88/1995 FJ 6). Sobre el control en amparo de las omisiones del legislador, GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 199 y ss.

¹⁰ Por todas, STC 15/1982 FJ 8. Sobre los casos de omisiones legislativas vinculadas a derechos fundamentales y resueltos por aplicación directa a los derechos fundamentales, VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 81 y ss.

generar una eficacia directa, la omisión legislativa tiene una menor relevancia, ya que la omisión en sí misma no vulnera la Constitución, sino el hecho de querer hacer valer dicha omisión para distorsionar la eficacia directa que despliega el precepto constitucional¹¹. En general, se debe resaltar que jurisprudencialmente se trata de supuestos de protección directa de un derecho fundamental ante la ausencia de regulación normativa, no un supuesto ocasionado por no haber desarrollado o con un contenido ínfimo el deber de protección de los derechos fundamentales, es decir, la vinculación de los poderes públicos como destinatarios de los derechos fundamentales en un caso concreto¹².

En general, se admite la distinción entre omisión absoluta que se plantea en el caso de que se produzca una ausencia completa de ley en una materia en la que la Constitución obliga a adoptar una decisión al legislador y la omisión parcial en la que una materia que debe ser regulada mediante ley por mandato constitucional explícito o implícito se cumple, pero cuyo contenido presenta una laguna o una insuficiencia normativa que imposibilita la plena efectividad y protección del mandato constitucional sobre todo en relación a un caso concreto¹³. Dentro de esta diferencia en un sistema sin control directo de las omisiones legislativas, la posibilidad de control de omisiones absolutas no es admisible, aunque se debe tener en cuenta que desde un punto de vista material, con independencia de la existencia de un cauce procesal para ello, la omisión absoluta supone una infracción del principio de igualdad por infracción del esquema de coherencia exigible al legislador ante la ausencia de valoración de diferencias relevantes en la norma¹⁴, por lo que desde un planteamiento estricto y rígido se podrían derivar consecuencias a partir de la integración de la omisión absoluta en los esquemas y tests de aplicación del principio de igualdad.

¹¹ Vid. VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 68.

¹² No obstante, en ocasiones se ampara a pesar de la ausencia de normativa y se concreta por el Tribunal Constitucional el deber positivo de que la administración comunique la existencia de ficheros de personas y de las autoridades responsables de los mismos, así como los datos personales a los interesados (STC 254/1993 FJ 6 y 9). En este sentido, es posible deducir que los contenidos positivos de los derechos (facultad de solicitar información propia que afecte a la intimidad), no precisan desarrollo normativo (STC 254/1993 FJ 7).

¹³ Muy explícita es la distinción que realiza Villaverde entre omisión absoluta como silencio del legislador y omisión relativa como silencio de la ley. Vid. VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 41 y ss.

¹⁴ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, pp. 188 y ss.

Desde otra perspectiva, se debe tener en cuenta que la omisión parcial se puede interrelacionar directamente con la insuficiencia normativa en la ley¹⁵, ya que implica una acción incompleta, mal o insuficientemente realizada por el legislador de la que se puede derivar un defecto de protección de los derechos fundamentales¹⁶. En estos supuestos cuando afecta a derechos fundamentales, en el caso de que se demuestre la existencia de un precepto legal omisivo, se podrá adoptar una declaración de inconstitucionalidad de carácter declarativo, sin nulidad, que puede ser equivalente a una sentencia de carácter interpretativo, que en la práctica supone, por una parte, la aplicación directa del precepto constitucional que establece el derecho fundamental en el caso de que sea posible en relación con el contenido omisivo y, por otra parte, la aplicación en el caso concreto de la ley en el contenido no omisivo de la misma. De todos modos, se debe tener en cuenta que, tradicionalmente, desde un punto de vista teórico se ha planteado que las infracciones a los derechos fundamentales requieren necesariamente una acción para su realización, de forma que se considera que la omisión como infracción de derechos presenta problemas de causalidad¹⁷. No obstante, la acción no es condición *sine qua non* para que se plantee una infracción de derechos fundamentales precisamente por la existencia de omisiones de carácter parcial y no absoluta, que al necesitar para su determinación de un análisis justificativo¹⁸, es decir, una explicación sobre el modo en que otra acción positiva hubiera prevenido o protegido en la acción concreta o demostrar que se ha vulnerado una obligación de protección en el caso concreto, de forma que ya sea por ausencia de prevención o de protección se puede derivar una infracción del derecho fundamental¹⁹.

En realidad, las funciones que ejerce el legislador y el Tribunal Constitucional en materia de concreción de los derechos fundamentales

¹⁵ Sobre las omisiones relativas, VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 49 y ss.

¹⁶ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 184 y ss.

¹⁷ Vid. ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., pp. 176 y ss. En concreto, tal como tendremos ocasión de examinar el concepto clásico de intervención en los derechos fundamentales excluye la posibilidad de su estructuración a través de omisiones. Vid. ECKHOFF, R., *Der Grundrechtseingriff*, Köln [u.a.], Heymann, 1992, pp. 176-177.

¹⁸ ARANGO, R., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, op. cit., p. 180.

¹⁹ En general, sobre la posibilidad de derivar consecuencias de las omisiones legislativas a través de las obligaciones estatales de protección de los derechos fundamentales, vid. VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., pp. 131-132.

son distintas, ya que el legislador ejerce una función activa mediante la adopción de las leyes de desarrollo de los derechos, mientras que el Tribunal Constitucional ejerce una función pasiva, es decir, a través del control de constitucionalidad tiene la posibilidad de declarar leyes como inconstitucionales sin que su decisión suponga la adopción de medidas positivas o activas, aunque la función de concreción de los derechos fundamentales del Tribunal Constitucional se puede mover entre el activismo y la autorrestricción judicial (*self-restraint*), dependiendo del caso concreto y de las consecuencias que se pueden derivar de la aplicación directa de los derechos fundamentales, ya que en relación con la actividad del poder judicial en materia de derechos fundamentales puede fijar criterios materiales de delimitación de los derechos fundamentales, que actúan como precedentes para futuros casos que deba resolver la jurisdicción ordinaria en los respectivos derechos fundamentales a los que afecte.

En principio, las decisiones del poder legislativo se benefician de la presunción de constitucionalidad de la ley, en todo caso la inconstitucionalidad se debe demostrar y declarar para ser efectiva, sin que suponga privilegios, ni restricciones en el control de la ley. No obstante, conviene recordar que la ley, incluso en materia de derechos fundamentales, no puede considerarse como ejecución de la Constitución, sino que posee un ámbito de actuación que se incluye dentro de la oportunidad política y, en consecuencia, una ley que afecte a la materia de derechos fundamentales no se limita única y exclusivamente al cumplimiento de los mandatos constitucionales, que, en ocasiones, a consecuencia de su vaguedad y ambigüedad implican que se deban adoptar decisiones de carácter positivo que no están previstas por la Constitución y que difícilmente pueden ser incompatibles con la misma, precisamente por la falta de previsión concreta desde un punto de vista formal y material. Ahora bien, al mismo tiempo, cuando se plantea una restricción de derechos fundamentales, por lo tanto, una decisión que no afecte a la configuración, ni a la determinación de obligaciones de protección o de eficacia de los derechos fundamentales, es necesario un examen de su constitucionalidad a partir de la justificación de la decisión legislativa en el texto constitucional.

El control de la ley se debe realizar desde los límites constitucionales, no en base a un examen interno y exclusivamente basado en la finalidad y en la justificación de la ley. No obstante, no siempre es fácil diferenciar entre control de juridicidad y finalidad, sobre todo en relación con la adecuación de la ley a la Constitución. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha afirmado que no es legítimo utilizar el control de constitucionalidad con la finalidad de obtener declaraciones pre-

ventivas o previsoras de futuras inconstitucionalidades por futuras interpretaciones, agravios competenciales o aplicaciones de la norma de forma inconstitucional²⁰. La inconstitucionalidad de la norma debe ser directa e inmediata por contraste con la Constitución, sin que tampoco quepa solicitar en el petitum de la demanda de declaración de inconstitucionalidad la adopción de una sentencia interpretativa, ya que se trata de una potestad del Tribunal Constitucional, de forma que su necesidad debe ser apreciada por el Tribunal en un caso concreto. El objeto del control de constitucionalidad es el contraste abstracto y objetivo de las normas legales impugnadas con el parámetro de constitucionalidad, no un juicio de intenciones políticas sobre la oportunidad política. La finalidad política que persigue el legislador con su decisión legislativa no se enjuicia por el Tribunal, sino que es objeto de valoración política, que se debe discutir conforme a las reglas de la acción y crítica política²¹. El Tribunal no se dedica a la corrección técnica, de oportunidad o utilidad de las leyes, ni el juicio de constitucionalidad es de técnica legislativa, ni siquiera puede pronunciarse sobre interpretación de preceptos constitucionales al margen del enjuiciamiento que deba de hacer sobre leyes impugnadas²².

En este contexto, el control de las decisiones legislativas que despliegan la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales presenta serias dificultades, ya que al tratarse del cumplimiento de un mandato genérico en la Constitución (art. 53.1 CE) debería ser operativo, en primer lugar, a partir de la ausencia de su adopción, es decir, sobre la base de la existencia de un control de constitucionalidad en base a las omisiones legislativas. En segundo lugar, en el caso de que se plasme en una decisión legislativa el alcance de la función de los destinatarios de los derechos fundamentales se deben examinar los efectos de la reserva de ley, es decir, si a través de estas leyes se han respetado las reglas competenciales en materia subjetiva, procedimental y material previstas en la Constitución. Finalmente, se deben interrelacionar dichas decisiones legislativas con la actividad material desplegada a favor de la vinculación de los poderes públicos, es decir, si las acciones de protección y dotación de eficacia a los derechos fundamentales se han articulado a partir de la intervención o limitación de un derecho o bien como consecuencia de la configuración jurídica de los derechos y con independencia de que sea más o menos necesaria. Tal como se examinará con posterioridad con más detenimiento, los pa-

²⁰ STC 49/1984 FJ 2

²¹ STC 239/1992 FJ 2

²² STC 108/1987 FJ 3c, STC 341/1993 FJ 2 y STC 273/2000 FJ 10

rámetros no son idénticos en ambos casos, pudiendo servir de ejemplo la posibilidad de la utilización del principio de proporcionalidad en el primer caso como canon de justificación frente a las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales, lo que no es posible en materia de configuración normativa, ya que no existe una restricción que justifique su aplicación, debiéndose estructurar para su examen un parámetro distinto. De todos modos, merece la pena destacar que el Tribunal Constitucional ha entrado a examinar y ha deducido inconstitucionalidades de mandatos de protección, que se pueden considerar decisiones legislativas defectuosas en materia de vinculación positiva, que en el fondo encierra un control de omisiones parciales del legislador en su decisión²³.

2. LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERRELACIONADOS CON EL CONTROL DE LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En general, el control de constitucionalidad sobre leyes que establecen la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales y realizada por el Tribunal Constitucional se basa en las normas de derechos fundamentales como categoría instrumental. Si la ley afecta a los derechos fundamentales o a cualquiera de los deberes vinculados a los mismos, en teoría la inconstitucionalidad de la ley debe ser equivalente a la nulidad radical y tiene como consecuencia la expulsión del ordenamiento jurídico, es decir, el Tribunal Constitucional actúa como legislador negativo. Sin ánimo de ser exhaustivo, también se prevé en sede teórica y también se ha aplicado en la práctica una declaración de nulidad parcial de la ley, es decir, una inconstitucionalidad sin nulidad radical, debido a que los efectos temporales de la inconstitucionalidad son hacia el futuro, pero se mantienen sin consecuencias los actos de aplicación de la norma inconstitucional en el pasado, de conformidad con las reglas concretas establecidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²⁴. En cualquier caso, lo cierto es que una de-

²³ Por todas, la STC 53/1985 FJ 12. Vid. GÓMEZ MONTORO, Á., «Comentarios al art. 39 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001, pp. 592-593.

²⁴ Sobre los supuestos de inconstitucionalidad sin nulidad en nuestra doctrina, vid. GÓMEZ MONTORO, Á., «Comentarios al art. 39 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 595 y ss. Algún sector de la doctrina considera que el vínculo entre inconstitucionalidad y nulidad no deriva directamente de la Constitución, por lo que es una opción del legislador establecer la

claración de inconstitucionalidad conectada exclusivamente a una declaración de nulidad radical, permite articular en términos más o menos ideales una interrelación entre el efecto de la inconstitucionalidad y la vinculación negativa de los poderes públicos a los derechos fundamentales. El efecto de nulidad radical se interrelaciona con mayor dificultad con la vinculación positiva, ya que la inexistencia de un control de la omisión legislativa no lo permite, mientras que una incorrecta decisión legislativa desde un punto de vista constitucional puede conllevar eventualmente una nulidad radical, que debería ser más efectiva si la acción positiva de protección o de dotación de eficacia se vincula a una restricción de un derecho fundamental que en el caso de una configuración jurídica de dichos derechos²⁵.

No obstante, sobre todo en Alemania y tal como originariamente estaba previsto en el proyecto de reforma de la LOTC, se han desarrollado otros tipos de pronunciamientos vinculados a la declaración de inconstitucionalidad con decisiones distintas a la de nulidad radical, por razones de aplicación práctica o de política jurídica, que permiten declaraciones de inconstitucionalidad con efectos distintos. Este tipo de sentencias, incluidos a otros instrumentos, pueden ser útiles para declarar la existencia de omisiones legislativas vulneradoras de derechos fundamentales o para plantear la necesidad de desarrollo de instrumentos de vinculación positiva por parte del legislador²⁶. Entre los

eficacia *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad, JIMÉNEZ CAMPO, J., «¿Qué hacer con la ley inconstitucional?», en AAVV, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, TC-CEC, Madrid, 1997, p. 62. Por el contrario, defiende que la conexión entre inconstitucionalidad y nulidad deriva de la Constitución, PUNSET BLANCO, R., «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 LOTC», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, num. 7, 1995, pp. 44.

²⁵ Sobre los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, GARRORENA MORALES, A., «Artículo 164. Condiciones y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional», AAVV, *Comentarios a la Constitución Española*, Cortes Generales-EDERSA, Madrid, 1999; BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid, 1982, p. 235, GÓMEZ MONTORO, A., «Comentario al art. 38 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001; PIBERNAT DOMÈNECH, X., «Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad», *Revista Jurídica de Cataluña*, num. 4, 1987, p. 983; PIBERNAT DOMÈNECH, X., «La sentencia constitucional como fuente del derecho», *Revista de Derecho Político* (UNED), 1987, núm. 24.

²⁶ Sobre los temas aplicables al control de las omisiones destacan las recomendaciones, las sentencias aditivas, las inconstitucionalidades parciales o la in-

instrumentos más importantes, sobre todo desarrollados por la normativa y doctrina alemanas en materia de control de constitucionalidad destacan:

- a) La sentencia de incompatibilidad, que obliga a que el legislador aborde mediante nuevas normas legislativas la situación de inconstitucionalidad y proceda a perfeccionar la ley para eliminar la inconstitucionalidad, con tres posibles consecuencias. La primera se refiere a que la norma se declara inconstitucional, pero por razones de seguridad jurídica, se admite que pueda seguir siendo aplicada hasta la entrada en vigor de la nueva ley²⁷. En segundo lugar, es posible que se declare la incompatibilidad, pero se fije un plazo posterior en el tiempo para su expulsión definitiva, mientras tanto puede ser aplicada. Finalmente, en tercer lugar, se pueden dejar abiertas las consecuencias de la incompatibilidad, es decir, no se manifiestan en la sentencia, permitiendo que el propio legislador extraiga las consecuencias de dicha inconstitucionalidad²⁸. En cualquier caso, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional supone un precedente y unos criterios interpretativos que son relevantes para la actividad jurisdiccional ordinaria que se desarrolle en el futuro.
- b) La denominada sentencia de compatibilidad limitada con mandato al legislador, que se utiliza en los casos de inconstitucionalidad por omisión o abstención del legislador y se le fija un plazo para adoptar la ley que permita poner en práctica el derecho fundamental. También se utiliza este tipo de sentencia en casos en los que se establece un plazo para que el legislador modifique una ley y, por lo tanto, no se la expulsa inmediatamente del ordenamiento jurídico, o en casos en los cuales en el momento temporal en que se realiza el control de constitucionalidad no se considera la norma legal como inconstitucional, pero al mismo tiempo se realiza un pronóstico sobre futuras situaciones inconstitucionales, de forma que la doctrina asentada constituiría

constitucionalidad sin nulidad. Vid. AHUMADA RUIZ, M.^a Á., «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *op. cit.*, pp. 182 y ss.

²⁷ En nuestra doctrina, se admite en supuestos de incompetencia territorial, vid. GÓMEZ MONTORO, Á., «Comentarios al art. 39 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pp. 601-603.

²⁸ Un supuesto similar planteado en nuestra doctrina afecta a la inconstitucionalidad sin declaración de nulidad de partidas de las leyes de presupuestos, vid. GÓMEZ MONTORO, Á., «Comentarios al art. 39 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 601.

un precedente vinculante para el poder judicial en relación a una actividad jurisdiccional ordinaria.

- c) Finalmente, existen las sentencias interpretativas, también aplicadas por el Tribunal Constitucional español²⁹, que establecen el sentido constitucional de una ley, que implica que formalmente no se declaran inconstitucionales siempre que se interpreten con el sentido utilizado en la sentencia de control, aunque evidentemente la interpretación establecida es vinculante para el poder judicial en su actividad jurisdiccional ordinaria³⁰.

Este tipo de pronunciamientos de inconstitucionalidad no relacionados con la declaración de nulidad radical, seguramente permiten establecer unas conexiones más claras con la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, ya que no precisan pronunciamientos de rechazo o de expulsión del ordenamiento, sino la adopción de decisiones que posibiliten la corrección de las omisiones legislativas o de la medida adoptada por insuficiencia en la protección o en la eficacia del derecho fundamental, mediante un plazo, una declaración de la necesidad o un criterio interpretativo vinculante para el poder judicial ordinario.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que estos pronunciamientos son aplicables a las omisiones parciales, sobre todo las sentencias de compatibilidad limitada y las interpretativas, con la consecuencia de que se pueden marcar pautas estrictas en los procesos de aplicación por parte del poder judicial, que en materia de derechos fundamentales puede incluso eventualmente indicar en qué supuestos o casos se debe aplicar la norma legal en parte vigente y con qué alcance puede y debe realizar una aplicación del derecho fundamental en el caso con-

²⁹ Prácticamente desde las primeras sentencias (STC 5/1981 FJ 6) se admite que se pueda declarar la constitucionalidad de un precepto en la medida que se interprete en el sentido declarado por el Tribunal Constitucional, pero este tipo de sentencias es una potestad del Tribunal Constitucional que no puede ser objeto de pretensión de recurso.

³⁰ Sobre las sentencias interpretativas, GUTIÉRREZ ZARZA, M.A., «Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Procesal*, num. 3, 1995, pp. 1003-1040; VECINA FUENTES, J., «Las sentencias aditivas del Tribunal Constitucional y el respeto al legislador», *Justicia*, num. III-IV, 1993, pp. 477-493; DÍAZ REVORIO, F.J., «Interpretación constitucional y sentencias interpretativas», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 2, 2000, p. 24; DÍAZ REVORIO, F.J., *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional: significado, tipología, efectos y legitimidad. Análisis especial de las sentencias aditivas*, Lex Nova, Valladolid, 2001

creto. En definitiva, las consecuencias de este tipo de pronunciamientos no se limitan en sentido estricto al control de constitucionalidad de la ley, sino que puede desplegar efectos en el proceso de aplicación de los derechos fundamentales, fijando criterios de interpretación y pautas para la vinculación positiva del poder judicial a los derechos fundamentales.

3. EL CONTROL DE LA INSUFICIENCIA NORMATIVA DE LA LEY COMO MECANISMO DE CONTROL DE LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En este contexto, se debe analizar el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que ha variado sustancialmente el planteamiento originario, sobre todo en relación con este punto³¹. En el proyecto inicial³², el precepto que más se podía interrelacionar con el control de las leyes de articulación de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales era el art. 39.3 Proyecto LOTC, que establecía que cuando se declarara la inconstitucionalidad por «insuficiencia normativa» podía concederse un plazo al legislador para que actuara en consecuencia y, en el caso de incumplimiento, el Tribunal Constitucional podía proceder a subsanar la insuficiencia.

En primer lugar, se debe insistir en la idea de que el precepto no se ha aprobado, pero podía haber mantenido unas relaciones directas con el examen de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. En este sentido, el precepto en la redacción originaria no modificaba el origen de la declaración de inconstitucionalidad que siempre debía tener como base una actividad, una decisión del legislador, por lo que la idea del control de una omisión legislativa plena no era contemplada en dicha reforma. Sí que cabía interpretar e incluir en el concepto de insuficiencia normativa el control de la ley que estableciera una deficiente articulación de los instrumentos de vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, que podía ser motivado por causas materiales desde un punto de vista constitucional derivadas de la insuficiencia de mecanismos de protección o de dota-

³¹ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 noviembre 2005, Serie A, 60-1

³² De hecho en el informe de la ponencia se suprimieron todos los temas conectados a la nueva regulación de los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad (vid. BOCG, Congreso de los Diputados, 5 diciembre 2006, Serie A, 60-9). En consecuencia, este apartado tendrá un mero valor teórico, pero aplicable en la práctica.

ción de eficacia. No obstante, el supuesto más normal de aplicación hubiera sido el control de omisiones parciales en la articulación de la vinculación positiva, en el sentido de que fuera necesario añadir mecanismos de protección o de dotación de eficacia por considerar el Tribunal Constitucional como insuficientes las decisiones del legislador en dichos ámbitos. Ahora bien, no se podía deducir que el art. 39.3 Proyecto LOTC implicara la introducción de un control de las omisiones legislativas³³, aunque se hubiera podido interrelacionar con los mecanismos propios del control de constitucionalidad de las decisiones de articulación de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales que hubiera integrado alguna deficiencia de carácter omisivo en las mismas³⁴. En cualquier caso, no se puede dejar de destacar que esta regulación encerraba necesariamente una comprensión material del concepto de insuficiencia normativa, que hubiera implicado en el caso de que fuera necesaria una decisión sustancial del Tribunal Constitucional, una sentencia que se integrará en los supuestos de activismo o de legislador positivo en el caso de que se hubiera subsanado dicha insuficiencia³⁵. La falta de una previsión de los efectos de esta declaración de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa ha hecho aconsejable suprimir este supuesto de momento en la tramitación parlamentaria, del que tampoco han sido ajenos las críticas doctrinales planteadas³⁶, aunque desde un punto de vista material no se escapa la posibilidad de utilización para controlar decisiones del legislador en materia de vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales.

En este sentido, el supuesto más ordinario de la aplicación de la insuficiencia de la necesidad de protección de la ley puede derivar de la

³³ En dicho sentido, CARRILLO, M., en AAVV, «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2006, núm. 18, p. 63.

³⁴ De todos modos no se entra a valorar aspectos técnicos en la redacción del proyecto que pueden considerarse deficientes, vid. GARRORENA, A., en AAVV, «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, pp. 66-67.

³⁵ El concepto de insuficiencia normativa puede ser interpretado de un modo formal (insuficiencia de fuerza de ley) o material, que necesariamente implicará la inconstitucionalidad de una norma en base a lo que omite. Vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Comentario al anteproyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre 2005», en AAVV, *La reforma de la justicia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pp. 48-49.

³⁶ Por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, p. 50, aunque en la encuesta y debate publicado en el mencionado libro aparecen otras muchas.

protección constitucional en amparo, ya que en el caso del poder ejecutivo y judicial se controlan los efectos de la protección de los derechos fundamentales en el ejercicio de las respectivas funciones, incluso las omisiones, y no sólo a partir del resultado de la actividad, en el acto normativo concreto realizado tal como sucede con el legislador. En consecuencia, la omisión de la ley puede derivar, ya que se está ante una laguna jurídica, en una protección no efectiva realizada por el poder judicial, debido a la obligación de la aplicación directa de los derechos fundamentales en caso de ausencia normativa de desarrollo de los derechos fundamentales. Si interpretativamente se puede incluir una acción o contenido positivo en los derechos fundamentales, el poder judicial debe reconocerlo e incluirlo en el caso concreto sin renunciar a su protección, con independencia de que se encuentre concretado en un precepto legal. En caso contrario, el poder judicial será el responsable de la infracción del derecho fundamental, de forma que eventualmente el Tribunal Constitucional incluya en el ámbito de protección un contenido positivo en los derechos fundamentales, que generará un precedente constitucional vinculante en futuras decisiones judiciales sobre la materia.

El Tribunal Constitucional frecuentemente ha desarrollado un sentido institucional al utilizar pronunciamientos de advertencia al legislador en supuestos de insuficiencia normativa, pero sin extraer evidentemente consecuencias de declaración de inconstitucionalidad que pueden agravar los defectos de una disposición legal y potenciar la falta de certeza y seguridad jurídica. Cuando la insuficiencia normativa es de carácter parcial, se advierte su existencia, pero se deja intacta la habilitación legal para la aplicación de la restricción de un derecho fundamental en otros supuestos correctos desde un punto de vista constitucional, evitando de esta forma un vacío normativo. En estos casos, la sentencia del Tribunal Constitucional constata la existencia de la insuficiencia normativa advirtiéndolo de la misma al legislador, declara la protección del derecho fundamental en el caso concreto que genera un precedente aplicable en el futuro por el propio Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria, pero en el fondo dicha doctrina sólo es un recordatorio de que el legislador debe configurar nuevos procesos legales que adopten habilitaciones legales añadidas en el plazo más breve³⁷. Por otra parte, conviene recordar que las omisiones legislativas que

³⁷ Por todas STC 184/2003 FJ 7. Con anterioridad se producen antecedentes de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en que advierte al legislador de la necesidad de una corrección legislativa por insuficiencia, STC 96/1996 FJ 23, STC 235/1999 FJ 13.

produzcan una infracción de un derecho fundamental puede ser objeto de control por parte del TEDH, cuya jurisprudencia es asumida por el Tribunal Constitucional como criterio de resolución de futuros conflictos. Esta jurisprudencia, sin llegar a ser sustitutiva del legislador, ni autorizadora de una actuación positiva directa de la jurisdicción ordinaria, sí que es un cauce para fijar criterios materiales de resolución de ponderaciones judiciales necesarias frente a lagunas legislativas que deben ser resueltas mediante aplicación directa de los derechos fundamentales. Las insuficiencias normativas o de calidad legislativas declaradas por el TEDH tienen consecuencias y posibilidades de control, una vez asumidas por el Tribunal Constitucional y aplicadas con posterioridad por los tribunales ordinarios.

En el fondo, la sentencia que constata la existencia de la insuficiencia normativa tiene carácter meramente declarativo, como advertencia o puesta en conocimiento de forma expresa al legislador del problema que presenta su normativa y de las consecuencias que puede tener este hecho en los posibles procesos de aplicación por la jurisdicción ordinaria en el caso de que no proceda a la corrección de su normativa. En esencia, esta sentencia declarativa en caso de insuficiencia normativa se puede caracterizar como un diálogo institucionalizado entre el Tribunal Constitucional y el legislador, pero no se puede derivar de ella un efecto constitutivo semejante al de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad como nulidad radical.

4. LA PROHIBICIÓN DE DEFECTO DE PROTECCIÓN COMO TEST DE CONTROL DE LAS OMISIONES DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En la doctrina alemana, para el control de la insuficiencia normativa se ha desarrollado el principio de la prohibición de defecto de protección o infraprotección de los derechos fundamentales (*Untermassverbot*). Esta prohibición de defecto de protección se contrapone a la clásica prohibición de exceso de restricción de un derecho fundamental (*Übermassverbot*) que es una de las formulaciones con las que se conoce la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio para el control de las decisiones restrictivas del legislador en materia de derechos fundamentales³⁸. A nuestros efectos es conveniente

³⁸ Sobre la prohibición de exceso, un resumen actual en la Ley Fundamental de Bonn, en STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/2 «Allgemeine Lehren der Grundrechte», C.H. Beck, München, 1994, PP. 761 y ss. La

recordar que el principio de proporcionalidad no era aplicable en supuestos de configuración normativa de los derechos fundamentales, ya que por definición requiere su aplicación a restricciones para poder ser operativo. En cambio, la prohibición de defecto de protección es aplicable en esencia para el control de la actividad de configuración de los derechos fundamentales, para determinar las distorsiones o insuficiencias en la protección de los derechos fundamentales decidida por el legislador³⁹. En nuestro ordenamiento, tanto la prohibición de exceso

prohibición de exceso (*Übermassverbot*) fue la terminología utilizada mayoritariamente durante los años 50 y 60, para referirse al principio de proporcionalidad, que fue el término de uso generalizado en la doctrina alemana a partir de los años ochenta, a pesar de que ambos términos se siguen utilizando indistintamente en todas las épocas. La referencia clásica al tema de la prohibición de exceso se debe a P. Lerche (LERCHE, P., *Übermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, Bonn, 1961). Sobre el origen de la prohibición de defecto de protección, vid. MAYER, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie. Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 63-64 y TZEMOS, V., *Das Übermassverbot*, Peter Lang, Frankfurt, 2004, pp. 4 y ss.. El origen dogmático del concepto se encuentra en la obra de CANARIS, C.W., «Grundrechte und Privatrecht», *AcP*, 1984, Bd. 184, pp. 200 y ss., en concreto, p. 228. De este mismo autor, más recientemente, sobre los efectos debilitados de la función de protección de los derechos y la prohibición de defecto de protección, CANARIS, C.W., *Grundrechte und Privatrecht. Eine Zwischenbilanz*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999, pp. 43 y ss. En general, sobre la prohibición de defecto de protección en los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado, RUFFERT, M., *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 215 y ss.

³⁹ Sobre la prohibición de defecto o insuficiencia de protección la doctrina alemana es amplia, UNRUH, P., *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 151-152; LINDNER, J. F., *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 512 y ss.; DIETLEIN, J., *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, op. cit., pp. II-III (introducción); DOLDERER, M., *Objektive Grundrechtsgehalte*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, pp. 271 y ss.; KRINGS, G., *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche. Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pp. 297 y ss.; CREMER, W., *Freiheitsgrundrechte. Funktionen und Strukturen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, pp. 320 y ss. No obstante, desarrollan una postura más crítica, UNRUH, P., *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 83 y ss.; GELLERMANN, M., *Grundrechte in einfachgesetzlichem Gewande. Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000,

de restricción como la prohibición de defecto de protección son susceptibles de integrarse en la interdicción de arbitrariedad de las decisiones legislativas previstas en el art. 9.3 CE, con la consecuencia de que su contenido y controles materiales forman parte de los parámetros del control de constitucionalidad sin necesidad de articular un procedimiento específico.

Los criterios para determinar la prohibición de defecto de protección son frecuentemente los contrarios a los utilizados en el principio de proporcionalidad en un sentido amplio, ya que como medida de control es necesaria su aplicación bajo la objetivización de los bienes jurídicos contrapuestos para determinar si se ha articulado una protección efectiva, suficiente y racional. En este sentido, la doctrina y el Tribunal Constitucional alemán han articulado tres controles para determinar la insuficiencia normativa⁴⁰:

- a) El principio de efectividad, que a los efectos de la vinculación positiva cumple una función similar a la que desarrolla el principio de adecuación en la prohibición de exceso de restricción, que trata de determinar el estándar de protección efectiva de un derecho fundamental, con la finalidad de poder determinar cuándo es necesaria la adopción de una medida de protección o los mecanismos que se deben añadir por su ausencia absoluta o parcial a la medida normativa de protección ya adoptada para alcanzar la necesaria efectividad de la protección del derecho fundamental.
- b) El principio de indispensabilidad de la protección, que en este caso sirve para medir la suficiencia de la protección desarrollada por el legislador (que cumple la función que desarrolla el principio de necesidad en materia de la prohibición de exceso de res-

pp. 342 y ss. En la doctrina española, un resumen del planteamiento en DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 163 y ss.

⁴⁰ El Tribunal Constitucional alemán acepta plenamente estos criterios a partir de la conocida como segunda sentencia sobre la interrupción del embarazo (BVerfGE 88, 203 (254)). Un resumen de la utilización de la prohibición de defecto de protección por parte del Tribunal Constitucional alemán, en MAYER, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, op. cit., pp. 43 y ss. y TZEMOS, V., *Das Übermassverbot*, op. cit., pp. 88 y ss. El tema de la concreción de la prohibición de defecto de protección ha sido frecuentemente discutido en la doctrina alemana. Recientemente sobre el particular RASSOW, R., «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2005, Heft 3, pp. 262 y ss., en concreto, sobre estos controles o tests, pp. 273-277.

tricción), en el sentido de si comparativamente existen otras medidas que respondan a las finalidades perseguidas en concreto por el legislador, pero que permitan alcanzar la protección deseable en un derecho fundamental concreto de manera más satisfactoria. Este principio también se denomina principio de suficiencia para alcanzar el objetivo de protección. Este test es probablemente el más característico de la prohibición de defecto de protección, ya que se contrapone con claridad al principio de necesidad derivado de la prohibición de exceso de restricción, que en dicho caso implica que se debe optar por la medida menos restrictiva para el derecho fundamental. En este caso, en el proceso de justificación de las medidas adoptadas por el legislador, se examina la necesidad y el alcance de la protección del derecho fundamental, no tanto desde la perspectiva del mínimo de protección necesario para el derecho fundamental, sino desde la determinación de la suficiente e indispensable protección del derecho fundamental⁴¹.

- c) El principio de racionalidad, que implica el análisis de la medida de protección y dotación de efectividad adoptada en contraposición con la finalidad perseguida, en este caso, la articulación de la protección deseada en el derecho fundamental concreto. La irracionalidad se determina frecuentemente por la ausencia de protección y dotación de eficacia ante una situación concreta de infracción o peligro de perjuicio de los derechos fundamentales tras la ponderación de los distintos intereses contrapuestos en conflicto. A través de este principio también cabe la posibilidad de examinar los desequilibrios entre las medidas de protección adoptada, y las restricciones que pueden suponer para derechos de terceras personas u otros bienes jurídicos o intereses constitucionalmente protegidos. En sí mismo es el que como control más se asemeja al principio de proporcionalidad en sentido estricto, aplicable en la prohibición de exceso de restricción de los derechos fundamentales.

Con carácter previo a la aplicación del principio de efectividad, del principio de indispensabilidad o suficiencia o del principio de racionalidad, se debe comprobar la constitucionalidad de la finalidad de la

⁴¹ Por ello se plantea un cambio de denominación de este test, desde el principio de necesidad al principio de indispensabilidad de la protección. Vid. MAYER, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, op. cit., p. 171.

protección del derecho fundamental en el caso concreto⁴², es decir, qué derecho fundamental se protege, si es necesaria la protección en abstracto o en el caso concreto y si dicha protección tiene rango constitucional en el sentido de elemento esencial incorporable al derecho o criterio de dotación de efectividad.

En cualquier caso, se debe insistir en que estos test son más utilizables para controlar omisiones parciales de la ley o insuficiencias normativas con independencia de la causa que las haya provocado, que para el control de las omisiones absolutas que implica la inactividad total del legislador. En todo caso, la prohibición del defecto de protección implica, para la determinación de su infracción, que el legislador no ha utilizado los medios adecuados para la protección y dotación de efectividad a los derechos fundamentales, tanto frente a posibles violaciones provenientes de terceras personas o de los propios poderes públicos por lo que se requiere un grado de inactividad del legislador que puede ser controlado. Por otra parte, la dotación de una mejor protección se debe estructurar en equilibrio con la restricción o el perjuicio que puede suponer para derechos de terceros afectados por la necesidad de la protección y dotación de eficacia a los derechos fundamentales⁴³.

El procedimiento de control de constitucionalidad vinculado a la prohibición de defecto de protección es fundamentalmente declarativo de la misma, es informativo para el legislador, ya que frente a la omisión parcial o insuficiencia de regulación en materia de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional como órgano controlador no puede sustituir al legislador en el ejercicio de sus funciones. Ahora bien, la insuficiencia normativa en la regulación de derechos fundamentales que provoque una infracción en un derecho fundamental, es susceptible de provocar una protección en el derecho fundamental como consecuencia de la aplicación directa de la norma constitucional que regula el derecho fundamental. En el caso concreto, una insuficiencia normativa que implique un reconocimiento de la infracción de la prohibición de defecto de protección de un derecho fundamental, puede ser operativa en la protección mediante el recurso de amparo, que en el fondo implica una declaración dirigida al legislador para in-

⁴² Sobre la comprobación de la constitucionalidad de la protección, vid. RAS-SOW, R., «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *op. cit.*, pp. 273 y ss.

⁴³ Sobre las infracciones de la prohibición de defecto de protección, MAYER, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, *op. cit.*, pp. 68 y ss.; MÖSTL, M., *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheits-gewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 103 y ss.

formarle de las deficiencias en las que incurre la norma legislativa a efectos de protección y dotación de eficacia al derecho fundamental. En consecuencia, tampoco es tan necesario un procedimiento de control de constitucionalidad en abstracto, al menos en materia de derechos fundamentales, para determinar y declarar la insuficiencia normativa de una regulación en materia de derechos fundamentales, ya que este procedimiento tendría carácter meramente declarativo, sin tener más consecuencias que la información al legislador del defecto de su norma por la imposibilidad de sustitución al legislador en su adopción. Estos efectos y las posibles repercusiones que pudiera tener para las posibles decisiones posteriores en la materia de la jurisdicción ordinaria se pueden desarrollar a partir de la sentencia de amparo que puede desarrollar una protección efectiva del derecho fundamental, sin que sea necesario por el principio de economía procesal un específico pronunciamiento para recordar la declaración de insuficiencia normativa al legislador. Una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, con efectos meramente declarativos, no precisa de su articulación a través de un procedimiento de control de constitucionalidad en lo relativo a la materia de derechos fundamentales, ya que el efecto de la aplicación directa permite articular protecciones frente a las situaciones de insuficiencia de regulación a través del amparo. Estas sentencias de amparo permiten desplegar unos efectos en casos posteriores, por la vinculación del poder judicial a las mismas y al mismo tiempo desplegar una información al legislador para que proceda a corregir la situación de defecto de protección y dotación de eficacia al derecho fundamental. En este sentido, conviene recordar que la sentencia declarativa de una omisión legislativa en el fondo debe ser considerada una sentencia interpretativa desplegando sus efectos propios⁴⁴. La sentencia interpretativa como consecuencia de una omisión legislativa frecuentemente es la consecuencia de una sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por infracción de derechos por omisión normativa, que no están excluidos de su objeto de control y que puede tener unas consecuencias e influencias apreciables como mecanismo de desarrollo de instrumentos de vinculación positiva en materia de derechos fundamentales.

En cualquier caso, se debe insistir en la dificultad de desarrollar un control de las omisiones del legislador, dada la ausencia de cauces

⁴⁴ VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, op. cit., p. 193. Sobre la interrelación entre la omisión legislativa y la sentencia interpretativa como remedio frente al vacío legislativo, DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, op. cit., p. 232.

procesales para su desarrollo, debido a que tanto el recurso como la cuestión de inconstitucionalidad requieren para su planteamiento la aplicación de una ley adoptada, por lo que se imposibilita el control omisivo absoluto y se dificulta el control de las insuficiencias normativas, salvo articulación de un proceso específico. En este sentido, se ha insistido y se insistirá en la idea de que puede servir como justificación de una necesidad de control el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considere que una ausencia de instrumento normativo impide la efectividad de protección de un derecho fundamental. En estos casos, la existencia de un precedente puede implicar la aplicación directa del derecho fundamental a efectos internos para proteger el derecho fundamental, e incluso en un esquema en el que la autocuestión de inconstitucionalidad no requiera de procedimientos sucesivos, que la sentencia de protección en amparo reconozca con efectos interpretativos la necesidad de una vinculación positiva y señale el cauce procesal alternativo para resolver el problema en futuros casos ante la jurisdicción ordinaria, y al mismo tiempo sean aplicables los criterios del carácter declarativo de la omisión, con efectos interpretativos e informativos sin nulidad o sustitución del legislador.

5. EL CONTROL EN AMPARO DE LAS OMISIONES DEL PODER EJECUTIVO

En términos de vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, es importante determinar que puede ser objeto del recurso cualquier actuación realizada por un órgano de la Administración, pero también la inactividad, es decir, la pasividad y el silencio ilegítimos del órgano administrativo que produzca una infracción en el derecho fundamental⁴⁵. El Tribunal Constitucional ha afirmado que la administración no puede beneficiarse por el incumplimiento de una obligación de resolver expresamente, al no dar respuesta a solicitudes y peticiones de los ciudadanos, ni tampoco de su incompetencia forzando a acudir a los tribunales para la resolución de las mismas⁴⁶.

No obstante, no había un reconocimiento expreso en la LOTC, a diferencia de lo preceptuado sobre las omisiones judiciales (art. 44 LOTC).

⁴⁵ En general, sobre el amparo frente a la inactividad de la administración, vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., «Comentarios al art. 43 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 687-688.

⁴⁶ STC 6/1986 FJ 3, STC 180/1991 FJ 1, STC 254/1993 FJ 3.

Esta situación ha variado de forma expresa con la aprobación de la reforma de la LOTC, ya que incluye en los nuevos arts. 41.2 y 43 LOTC, dentro de los objetos de amparo frente a actos de los órganos administrativos de una forma expresa a las omisiones administrativas⁴⁷. Sin embargo, siempre fue posible plantear la vía preferente y sumaria de protección de los derechos fundamentales para una tutela jurisdiccional ante casos de silencio administrativo, y actualmente los art. 31 y 32 LJCA protegen aquellas pretensiones judiciales con las se aspira a reparar la obstrucción del ejercicio de derechos fundamentales, originadas por la falta de «reconocimiento de una situación jurídica individualizada» o la «inactividad de la Administración Pública». Además, el propio Tribunal Constitucional ha admitido la eventual impugnación de los denominados actos tácitos, en los que es factible deducir una determinada acción o decisión administrativa efectivamente lesiva de los derechos y libertades fundamentales⁴⁸.

En este sentido, dejando al margen las consecuencias de la reforma de la LOTC, lo cierto es que las omisiones de los órganos administrativos que causen una infracción de derechos fundamentales ya eran controlables por la jurisdicción ordinaria, con independencia de qué se considere objeto del amparo previsto en el art. 43 LOTC⁴⁹. A partir de dicha resolución judicial ordinaria de control de la inactividad administrativa conectada a derechos fundamentales, el amparo constitucional siempre es posible, ya que aunque no fuera admisible frente a las omisiones administrativas, sí que se puede revisar la decisión judicial, debido a que si no protege el derecho fundamental en caso de que se deba realizar por parte de la jurisdicción ordinaria, se convierte al órgano judicial en infractor de dicho derecho. Esta técnica de protección indirecta en amparo es similar a la que se utiliza en casos de eficacia de los derechos frente a terceras personas (*Drittwirkung*), es decir, infiere a la decisión judicial la infracción del derecho fundamental en supuestos de violación de derechos, producida por la falta de acción de los órganos administrativos que no ha sido debidamente controlada en el proceso judicial. En este sentido, se debe recordar que el art. 29 LJCA

⁴⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, 25 noviembre 2005, Serie A, 60-1. Sobre la introducción en la reforma de la LOTC de las omisiones administrativas como objeto del recurso de amparo frente a actos administrativos, vid. ESPÍN TEMPLADO, E., «Comentarios al anteproyecto de reforma de la LOTC», en AAVV, *La reforma de la justicia constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 26.

⁴⁸ STC 160/1991 FJ 4

⁴⁹ Sobre las omisiones como objeto del amparo frente a actos administrativos, OLIVER ARAUJO, J., *El recurso de amparo*, Ed. Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1986, pp. 185 y ss.

permite el control ante la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa de cualquier decisión conectada a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, ya que se puede dirigir contra la administración para que sea obligada a realizar una prestación concreta, cuando sea deducible de una disposición general que no precisa de actos de aplicación o bien directamente de un acto de aplicación, incluso permitiendo la ejecución de los actos firmes.

En cualquier caso, la infracción de derechos fundamentales producida por la pasividad administrativa, es decir, por el incumplimiento de cualquier medida de vinculación positiva a los derechos fundamentales, no es una circunstancia inconcebible. En este sentido, se debe conectar con la garantía del ejercicio de derechos en los que sea precisa la intervención positiva de un poder público (derecho a la educación) o siempre que la inactividad administrativa pueda ocasionar un perjuicio u obstrucción incompatible con las facultades inherentes a los derechos fundamentales.

Evidentemente, no puede causar efectos para la vinculación a los derechos fundamentales, ni siquiera pueden ser controlados en amparo aquellos actos que procedentes de un poder público, no están sometidos a las reglas del Derecho administrativo. En este caso, la procedencia orgánica de la acción no sería motivo suficiente para deducir la vinculación positiva, ya que se trata de conductas jurídicas sometidas a derecho privado y no realizadas a partir de una función pública, que es lo único que permite deducir una vinculación a los derechos fundamentales.

Finalmente, se deben resaltar las posibilidades de control de la vinculación a los derechos fundamentales a partir de actos que supongan desviación de poder y, en consecuencia, no respeten el sentido fijado en las normas articuladoras de acciones positivas de protección y eficacia, ya que se puede derivar una infracción de los derechos fundamentales que la LOTC ha englobado también entre los motivos del recurso de amparo a partir de la denominada vía de hecho. El concepto encierra una variedad de significados o situaciones, todas ellas relacionadas con la falta o insuficiencia de cobertura jurídica en los actos realizados por los organismos públicos que, en concreto, en materia de vinculación positiva, impediría una desviación de las previsiones normativas de protección o eficacia. Esta causa de amparo constitucional se debe distinguir de la conducta que proviene de una decisión administrativa que adolece de vicio de nulidad, de la intervención pública parcialmente cubierta por el ordenamiento jurídico o de la ejecución de un acto que procede de un procedimiento en el que se incumplen los

requisitos esenciales del procedimiento administrativo general o específico. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación que rechazó cualquier obstrucción para cumplir con el requisito previo del agotamiento de la vía judicial, basándose en la inexistencia de un acto administrativo propiamente dicho⁵⁰, con lo que permitió el control de las vías de hecho en sede de amparo que supusieran una infracción de derechos fundamentales.

En el art. 53.2 CE no se identifica al sujeto pasivo o destinatario de los procesos específicos de protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, pues no alude al origen de las infracciones de derechos frente a las cuales es posible recabar la tutela preferente y sumaria, ni a las condiciones materiales a partir de las cuales se debe acudir a los diferentes órdenes jurisdiccionales a través de los cuales se deben sustanciar las correspondientes demandas. En este momento de desarrollo de los derechos fundamentales, es evidente que puede ser sujeto pasivo el poder público en general como principal destinatario de los derechos fundamentales, con la exclusión del poder legislativo, dado que no puede ser controlado por la jurisdicción ordinaria y con un alcance que afecta tanto a la vinculación negativa como positiva, pero que también alcanza a pesar de la omisión a los particulares, como destinatarios de la vinculación negativa a los derechos fundamentales. Con todo, lo cierto es que nuestro ordenamiento contempla actualmente procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, laboral o civil (ya que en el orden jurisdiccional penal han sido derogados los procedimientos especiales conectados a derechos fundamentales), en los que se procede a la solicitud del amparo ordinario por infracciones cometidas tanto en ámbitos de relaciones entre particulares como cuando procede en relación a los actos de la administración.

Evidentemente, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será la vía para controlar ante la jurisdicción ordinaria la actuación de cualquier administración conectada a la vinculación positiva. En este sentido, ante la jurisdicción ordinaria procederá tanto el control de los actos administrativos y su adecuación a las exigencias de protección, dotación de eficacia y cumplimiento de obligaciones positivas derivadas de las leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, como las omisiones, silencios administrativos y vías de hecho utilizadas para generar algún incumplimiento material conectado al deber positivo de protección de los derechos fundamentales.

⁵⁰ STC 160/1991 FJ 4

En este sentido, de conformidad con el art. 114 LJCA procede la protección de los derechos fundamentales por el proceso especial contencioso-administrativo frente a pretensiones basadas en los art. 31 y 32 LJC que tengan como finalidad restablecer o preservar derechos fundamentales. El art. 31 LJCA permite obtener una declaración de ilegalidad y anulación de cualquier acto o disposición administrativa no conforme a los contenidos de la vinculación positiva y eventualmente obtener el reconocimiento de la situación jurídica individualizada y de medidas de restablecimiento que eliminen la infracción del derecho fundamental. El art. 32 LJCA, de forma expresa, concede la posibilidad de dirigirse contra la inactividad de la administración con la finalidad de obtener una decisión sobre el cumplimiento de sus obligaciones, que alcanza tanto a la omisión como a la obtención de medidas para eliminar la vía de hecho y establecer medidas destinadas al restablecimiento del derecho.

En lo que hace referencia al poder público causante de la infracción, es decir, el poder público vinculado a los derechos fundamentales, la experiencia demuestra que los sistemas de protección de los derechos fundamentales tradicionalmente están pensados a partir de considerar que la mayor parte de las infracciones de los derechos y libertades procede de las Administraciones públicas y, de hecho, la garantía procesal contencioso-administrativa ha constituido siempre el núcleo del sistema de protección judicial principal de los derechos fundamentales. Seguramente el origen histórico y la poca tendencia a modificar los instrumentos de protección con la finalidad de que se consoliden, establezcan e institucionalicen, tienen la consecuencia de que el esquema principal de protección de derechos, tras un periodo no democrático, se articule en torno a la protección frente a la actividad del poder ejecutivo y de la administración. En la actualidad, tras cerca de treinta años de aplicación de la Constitución, seguramente el centro de la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales se ha traspasado a la actividad del poder judicial, que se ha convertido en el principal destinatario de los derechos fundamentales como principal infractor y garante de los mismos, de forma que sus acciones u omisiones se convierten en el principal centro de la protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, en el fondo, el control de la vinculación positiva del poder ejecutivo se convierte en una forma de control indirecto del papel de garante de los derechos fundamentales, que ejerce con carácter completo y pleno el poder judicial. En este sentido, es importante la reforma realizada a la LOTC para introducir el control en amparo de las omisiones del poder ejecutivo, pero seguramente no es tan imprescindible, ya que una vez que es operativo el control de las

omisiones en materia de derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria, el control indirectamente recaerá en la resolución judicial y en los argumentos y matizaciones realizadas en la misma.

6. EL CONTROL EN AMPARO DE LAS OMISIONES DEL PODER JUDICIAL

El recurso de amparo para el control de la actividad judicial en materia de derechos fundamentales se puede promover frente a las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas «que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial» (art. 44 LOTC). Este recurso se dirige contra los órganos de la jurisdicción ordinaria, cuya principal función en la materia es precisamente proteger los derechos e intereses legítimos de todas las personas, de forma que una omisión o una protección insuficiente en cualquier proceso o actividad judicial que afecte a un derecho fundamental, convierte al poder judicial en infractor específico o derivado, es decir, directo o indirecto del derecho fundamental. Este hecho tiene un importante rol en materia de vinculación positiva de los órganos judiciales, ya que la ineficacia en la utilización de cualquier mecanismo de protección, o incluso la propia ineficacia en la protección, están comprendidas dentro de las actividades genéricas derivadas del art. 53.1 CE, implicando, en consecuencia, que el poder judicial sea el destinatario más importante de la vinculación positiva a los derechos fundamentales dentro del poder público.

Las infracciones de derechos fundamentales pueden tener su origen, de conformidad con el art. 44 LOTC, tanto en actos como en omisiones realizadas por órganos judiciales⁵¹. Entre los actos judiciales se incluyen las sentencias y todas las actuaciones judiciales susceptibles de lesionar alguno de los derechos fundamentales (providencias, autos, mandamientos o cualquier otra resolución judicial). Desde la perspectiva de la vinculación positiva, cualquier acto judicial es controlable en la medida que puede suponer un incumplimiento incorrecto de la obligación positiva encomendada al órgano judicial en conexión con la protección de la eficacia de un derecho fundamental.

⁵¹ Sobre el alcance y el significado de las acciones y omisiones judiciales como objeto del amparo, vid. GARCÍA MURCIA, J., «Comentarios al art. 44 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional-BOE, Madrid, 2001, pp. 705-706.

En cuanto a las omisiones judiciales, se estableció y reconoció desde el primer momento de forma expresa, a diferencia de lo que sucedía en los otros recursos de amparo, la posibilidad de infringir los derechos fundamentales mediante inactividad judicial, de modo que se puede interrelacionar el supuesto de la omisión judicial con cualquier incumplimiento de los deberes u obligaciones positivas que deben realizar los órganos judiciales para proteger o dotar de eficacia a los derechos fundamentales.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que los recursos de amparo contra omisiones judiciales pueden venir motivados por inactividades más relacionadas con la actividad judicial estricta, es decir, supuestos en los que el poder judicial es el destinatario directo y principal de los derechos fundamentales, tal como generalmente sucede en las dilaciones indebidas en la tramitación o resolución de los procesos, o incluso por la ausencia absoluta de resolución o acuerdo ante una petición concreta de parte interesada⁵².

En conexión con esta problemática, se debe analizar el requisito que para poder impugnar en vía constitucional una infracción judicial de derechos fundamentales se exige por el art. 44.1.b LOTC, es decir, que la violación del derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional⁵³. Con este requisito se establece que el objeto específico de decisión en este tipo de amparo es la propia actuación judicial in-

⁵² Simplemente recordar que la STC 13/1981 FJ 3 y 4 señala que el acto u omisión que motiva el proceso de amparo puede producirse no sólo en un proceso contencioso, sino también en un expediente de jurisdicción voluntaria. En general, sobre el control de las omisiones de los órganos judiciales en amparo, GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 210 y ss.

⁵³ En general sobre la interpretación del art. 44.1.b LOTC, vid., GARCÍA MURCIA, J., «Comentarios al art. 44 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 716 y ss. Un resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional con las consecuencias para casos de incongruencia, STC 136/1996 FJ 4. En general, se debe tener en cuenta que la exigencia de una invocación formal del derecho fundamental infringido (art. 44.1.c LOTC), debe ser aplicada en consonancia con el principio *iura novit curia*, por lo que se debe entender que el titular del derecho debe facilitar su protección, pero sin introducir excesivos formalismos (no es invocar numéricamente el artículo concreto, ni especificar el *nomen iuris*), sino facilitar la suficiente información para deducir que el derecho fundamental ha sido infringido (STC 47/1982 FJ 1, ATC 140/1983 FJ 1, STC 34/1986 FJ 1).

fractora de derechos fundamentales y no los elementos fácticos que dieron lugar al proceso. Este requisito juega con mayor intensidad en la medida en que la infracción afecta a un derecho fundamental de carácter procesal de los incluidos en el art. 24 CE (tutela judicial efectiva y garantías del proceso debido), ya que no serían controlables los hechos del proceso principal, pero sí los hechos producidos por el órgano judicial y que causan la infracción de estos derechos fundamentales⁵⁴. En el caso de que la infracción se interrelacione con otro derecho fundamental o eventualmente con algún aspecto de la vinculación positiva conectada a un derecho fundamental, el aspecto fáctico de la infracción del derecho fundamental puede y debe ser analizada por el Tribunal Constitucional, ya que es determinante para la resolución y la declaración de la violación del derecho fundamental en el caso concreto.

La primera exigencia del art. 44.1.b LOTC implica que la violación debe ser imputable de modo inmediato y directo a la acción u omisión del órgano judicial. Por aplicación de este criterio, las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa que confirman un acto administrativo no son recurribles en amparo por la vía del art. 44 LOTC, ya que no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administración, presuntamente lesivo de un derecho fundamental, de forma que en sí mismas las resoluciones judiciales no son causa de lesión⁵⁵. Ahora bien, este planteamiento sería aplicable cuando un acto administrativo ha realizado un incumplimiento incorrecto de la vinculación positiva del ejecutivo a los derechos fundamentales, pero ante la ausencia o inactividad administrativa en materia de derechos fundamentales, conectada a la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, se deben tener en cuenta las matizaciones planteadas en el punto relativo al control de las omisiones del ejecutivo, de forma que en ocasiones se considerará que el poder judicial en dichos casos se convierte en infractor derivado de los derechos fundamentales.

El inciso final del art. 44.1.b LOTC establece que el Tribunal Constitucional en ningún caso entrará a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso. Esta prohibición impide analizar los hechos acaecidos con anterioridad a la iniciación del proceso judicial, de forma que la sentencia que otorgue un amparo entrará en el fondo de la cuestión debatida en el juicio ordinario, salvo que se interrelacione directamente con los derechos fundamentales, limitándose a restablecer al recu-

⁵⁴ Tal como se indica en la STC 15/1981 FJ 3, en el supuesto contemplado en el art. 44 LOTC, la infracción del derecho fundamental se debe producir sin conexión con el objeto principal del litigio.

⁵⁵ Por todas, STC 15/1981 FJ 3.

rente en la integridad de su derecho, pero dejando que sea el órgano correspondiente de la jurisdicción ordinaria quien decida sobre el fondo del asunto que motivó el referido proceso judicial. El Tribunal Constitucional ha precisado que, al adoptar una decisión, está obligado a partir de los hechos declarados probados por las sentencias impugnadas⁵⁶, sin que tampoco esté facultado para valorar la calificación jurídica que haya realizado sobre ellos el tribunal *a quo*, ni sustituir aquella calificación jurídica por otra⁵⁷. En este sentido, se recuerda la falta de competencia del Tribunal Constitucional en amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, ya que respecto de la actuación de los tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales, sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia⁵⁸. Por otra parte, el Tribunal Constitucional no tiene prohibida la realización de un análisis reflexivo de los antecedentes, que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución⁵⁹.

En consecuencia, el control de la vinculación positiva de los órganos judiciales, en general, es operativo de forma plena y completa por el Tribunal Constitucional, que podrá enjuiciar tanto los actos de incumplimiento parcial como de inactividad judicial conectados a la misma, de tal manera que su control afectará a eventualmente a los hechos y siempre al fondo de los actos u omisiones judiciales relacionados con los derechos fundamentales.

El art. 54 LOTC establece que cuando la Sala conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de los jueces y tribunales limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales⁶⁰. En definitiva, del hecho de un incumplimiento del alcance de la obligación positiva de los órganos judiciales en materia de derechos fundamentales, se pueden derivar decisiones de restablecimiento del derecho infringido, pero no responsabilidades añadidas de los órganos judiciales, ya sean sanciones, indemnizaciones o repara-

⁵⁶ STC 2/1981 FJ 7, STC 2/1982 FJ 2

⁵⁷ Con claridad desde los inicios de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ATC 58/1981 FJ 2.

⁵⁸ STC 189/1998 FJ 2, con indicaciones jurisprudenciales anteriores.

⁵⁹ Por todas, STC 46/1982 FJ 1

⁶⁰ En general, sobre el art. 54 LOTC, vid. PÉREZ TREMPES, P., «Comentarios al art. 54 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 854 y ss. También vid. STC 2/1982 FJ 3.

ciones sustitutorias, destinadas a corregir disciplinaria, administrativa o penalmente la actuación judicial infractora del derecho fundamental, que en cualquier caso deben ser adoptadas por la jurisdicción ordinaria o eventualmente por el Consejo General del Poder Judicial. El art. 54 LOTC impide que el Tribunal Constitucional revise o censure los hechos establecidos en las resoluciones judiciales, pero también la interpretación que en ellas se ha realizado de la legalidad aplicable, intentando separar los ámbitos de actuación de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción constitucional, evitando las interferencias entre una y otra. De este modo, se salvaguarda la independencia de los tribunales ordinarios cuando el Tribunal Constitucional anule alguno de sus actos como consecuencia de la estimación de un recurso de amparo.

En cualquier caso, el art. 54 LOTC también implica una prohibición de que el Tribunal Constitucional analice las cuestiones de legalidad ordinaria ajenas a su competencia, aunque en ocasiones sea imposible deslindar entre constitucionalidad y legalidad⁶¹. Seguramente uno de los ámbitos donde sea más difícil realizar esta distinción es el conectado a la vinculación positiva a los derechos fundamentales, ya que las obligaciones positivas de los jueces, a pesar de estar determinadas legalmente, son susceptibles de su pleno control en amparo cuando sea procedente.

En relación con el recurso de amparo frente a actos u omisiones judiciales se han planteado problemas conectados a su ámbito material de protección, ya que, aunque no existe ninguna específica disposición restrictiva, por lo que la protección se otorga frente a infracciones de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE, se han suscitado dudas sobre si los jueces pueden vulnerar todos los derechos fundamentales o tan sólo aquellos que contengan una conexión con la propia naturaleza de la actividad judicial, es decir, frente a las infracciones de las garantías procesales que enumera el art. 24 CE. Este planteamiento se ha defendido debido a que las infracciones relacionadas con los derechos fundamentales proclamados en el art. 24 CE, eran las únicas susceptibles de ser objeto directo e inmediato de la actividad o inactividad de los órganos judiciales, al margen de los hechos que dieron lugar al proceso. No obstante, el Tribunal Constitucional se planteó expresamente este problema considerando que la LOTC establece su ámbito de aplicación, de modo que comprende los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, sin que se restrinja a

⁶¹ Vid. PÉREZ TREMPES, P., «Comentarios al art. 54 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 857-858.

los derechos de carácter formal, siempre que se cumplan los requisitos específicos que señala el art. 44.1 LOTC⁶². En este sentido, hay que destacar que con mucha frecuencia existen sentencias de declaración de infracción de derecho fundamental por parte de órganos judiciales conectada a la vinculación negativa, pero también en relación con la vinculación positiva, ya que se puede derivar de la necesidad y la obligación de proteger judicialmente derechos fundamentales contra incluso la autonomía privada de las personas o impedir que se pueda ir contra los propios actos en el marco de otorgar seguridad en el tráfico jurídico⁶³. No es difícil encontrar casos de incumplimiento incorrecto de la acción positiva de protección en los que se concede el amparo por entender que el Tribunal Supremo había vulnerado el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante (art. 18.1 CE), al imponer una indemnización meramente simbólica ante una grave lesión de aquellos derechos declarada con anterioridad por el propio Tribunal Constitucional⁶⁴, es decir, por una deficiente protección del derecho fundamental.

La infracción que se puede realizar a un derecho fundamental por parte de un órgano judicial puede proceder tanto de su actividad procesal estricta como de sus pronunciamientos de fondo, de forma que esta distinción puede tener trascendencia a la hora de modular el alcance de la declaración de nulidad (art. 55.1.a LOTC). En este sentido, cuando la infracción afecta a derechos procesales, la declaración de nulidad conlleva la retroacción de las actuaciones al momento inicialmente anterior a la comisión de la infracción del derecho fundamental para que el órgano judicial dicte nueva resolución respetuosa de las garantías procesales. Por el contrario, cuando la infracción afecta a un derecho fundamental de carácter material o sustantivo, la declaración de nulidad de la decisión judicial ordinariamente habría de ir acompañada

⁶² En este sentido, por citar un ejemplo concreto, se debe tener en cuenta que la STC 13/1985 concede el amparo solicitado por un diario mallorquín al entender que las resoluciones judiciales impugnadas, que prohibían la publicación de ciertas fotos relacionadas con un incendio, habían vulnerado de modo inmediato y directo su derecho a comunicar libremente información veraz (art. 20.1.d CE). Sobre la problemática de una posible limitación del objeto del amparo del art. 44 LOTC a los derechos de carácter procesal, vid. GARCÍA MURCIA, J., «Comentarios al art. 44 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 702-703.

⁶³ Vid. DIETLEIN, J., *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, op. cit., introducción pp. IV-V.

⁶⁴ STC 186/2001 FJ 7 y 8.

de una decisión del propio Tribunal Constitucional sobre el fondo del asunto⁶⁵.

RESUMEN

En este trabajo se analizan las consecuencias del control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales, tanto en relación con la actividad del poder legislativo como de los poderes ejecutivo y judicial tras la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Particularmente se examinan las posibilidades de articular un control de carácter material de la insuficiencia normativa de la ley a través del principio de defecto de protección de los derechos fundamentales. Este principio creado por la jurisprudencia alemana tiene la función de determinar la efectividad, indispensabilidad y racionalidad de la protección de un derecho fundamental decidida por el legislador. En este trabajo también se analizan las consecuencias de la introducción del control en amparo de las omisiones del poder ejecutivo y el poder judicial, con la finalidad de realizar un análisis unitario de la problemática de la omisión conectada a las actividades de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales.

Palabras clave

Omisiones del poder público, Derechos fundamentales, Control del poder público, Tribunal Constitucional, control en amparo.

Title

The control of the public power omissions related to fundamental rights.

Abstract

This work analyzes the consequences of the control of the public power omissions related to fundamental rights, in connection both with the activity of the legislative power and of the Executive and Judiciary, after the recent reform of the Organic Law of the

⁶⁵ STC 186/2001 FJ 9. Sobre el particular, vid. PÉREZ TREMPES, P., «Comentarios al art. 55 LOTC», en AAVV, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 864.

Constitutional Tribunal. The possibilities of articulating a control of material character of the normative inadequacy of the law through the principle of defect of protection of fundamental rights, are particularly examined. This principle created by the German jurisprudence has the function of determining the effectiveness, indispensability and rationality of the protection of a fundamental right decided by the legislator. This work also analyzes the consequences of introducing the control in «*amparo*» of the executive and the judicial powers' omissions, with the purpose of carrying out a unitary analysis of the problem from the omission connected to the activities of the public powers related to fundamental rights.

Key words

Public power omissions, fundamental rights, control of the public power, Constitucional Court, control in «*amparo*».