

## CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### ¿PUEDE EL JUEZ ORDINARIO IR MÁS LEJOS QUE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

(Consideraciones sobre la extensión y los límites de la eficacia vinculante de la doctrina jurisprudencial del TC –art. 5.1 LOPJ– para la interpretación del alcance de los derechos fundamentales) <sup>1</sup>

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE\*

#### I. ANTECEDENTES

La sentencia de la Sala 3ª (Sección 7ª) del Tribunal Supremo objeto del presente comentario, de 23 de noviembre de 1995, desestimó el recurso de casación interpuesto al amparo del artículo 95.1.4º LJCA por cuatro miembros del Consejo de Administración del Ente Público Radiotelevisión Española (R.T.V.E.) contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 9ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 19 de mayo de 1992, que, a su vez, había desestimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquéllos, por el cauce especial de la Ley 62/1978, contra determinados actos del Consejo de Administración del Ente Público R.T.V.E. presuntamente lesivos del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos y a ejercerlos efectivamente <sup>2</sup> (art. 23.2 CE). Según se

---

\* Profesor Titular E.U. de Derecho Administrativo de la UNED.

<sup>1</sup> Comentario a la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 23 de noviembre de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente CONDE MARTÍN DE HUIJAS) y al voto particular que a la misma formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES.

<sup>2</sup> Como señala la propia sentencia comentada en su F.J. 2º, «debe reconocerse igualmente que en el supuesto (...) de que los cargos de miembros del Consejo de Administración de R.T.V.E. se debieran considerar como cargos públicos de los aludidos en el art. 23.2 CE, el ejercicio efectivo de los mismos debiera considerarse integrado en ese mismo derecho fundamental, que no puede considerarse reducido a solo el acceso al cargo (...)» (la cursiva es mía).

desprende del relato de los hechos contenido en la sentencia del Tribunal Supremo, el recurso se basaba en que los actos impugnados –cuyo contenido concreto no se especifica– impedían, obstaculizaban y limitaban el ejercicio de las funciones encomendadas a los miembros del Consejo de Administración del Ente Público R.T.V.E.

La Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid fundó su fallo desestimatorio del recurso en que

(...) la condición de miembro de este Consejo de Administración no tiene encuadramiento en el concepto de cargo público al que el artículo 23 de la Constitución se refiere (...). En efecto, según la doctrina constitucional –prosi-gue la sentencia de instancia recurrida– el derecho de acceso a los cargos públi-cos que regula el artículo 23.2, interpretado en conexión con su apartado 1, se refiere a los «cargos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los Entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuer-do con el artículo 137 de la Constitución, como las Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias» (...).

Como se dijo, el Tribunal Supremo confirma la sentencia del TSJ de Madrid. En particular, coincide con éste en que la doctrina del Tribunal Consti-tucional sobre el alcance del derecho fundamental de acceso a los cargos públi-cos (art. 23.2 CE)<sup>3</sup>, recogida en las SSTC 23/84, de 20 de febrero, 71/89, de 20 de abril, 212/93, de 28 de junio, y 80/94, de 14 de marzo, circunscribe el ámbito de protección de este derecho, como consecuencia de su interpretación en conexión con aquel otro consagrado en el apartado primero del mismo artículo, a los «cargos de representación política, que son los que corresponden al Esta-do y a los Entes territoriales en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución (Comunidades Autónomas, Municipios y Provincias)» (F.J. 4º). También invoca el Tribunal Supremo un Auto del Tribu-nal Constitucional (ATC 942/95) que declaró la inadmisibilidad de un recurso de amparo, fundado en una presunta vulneración del artículo 23.1 CE, contra la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, argu-mentando que «sólo cuando la participación sea a través de representantes (...) y cuando (...) la elección de éstos se realice mediante sufragio universal (en cualquier ámbito territorial) estaremos en el objeto del artículo 23.1 de la Cons-titución». Razona en este punto el Tribunal Supremo que si el alcance del dere-cho fundamental reconocido en el artículo 23.1 CE, determinante a su vez, según el Tribunal Constitucional, de la extensión del ámbito de protección de aquel otro consagrado en el artículo 23.2 CE, conlleva su limitación a los car-gos de representación política territorial (...)

---

<sup>3</sup> Al respecto *vid.* esencialmente M. PULIDO QUECEDO, *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992, en particular págs. 177 y sigs.

y si por falta de este elemento el Tribunal Constitucional no consideró incluíble en el art. 23.1 CE el cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial, cargo que está directamente establecido en la Constitución, en su art. 122.3, y es de directa designación por las Cámaras legislativas, es lógico concluir que el cargo de miembro del Consejo de Administración del Ente Público R.T.V.E, de simple creación legal (...), y cuyo órgano elector es el mismo que el de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, no puede merecer una calificación constitucional *ex art. 23.2 CE* que se le negó a éstos.

Previamente, sin embargo, el Tribunal Supremo se refiere a la cuestión –no se dice si planteada o no por los recurrentes, pero objeto, en todo caso, de la deliberación del Tribunal, como revela sin lugar a dudas el voto particular formulado a la sentencia por el Magistrado Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres– acerca de si dicha doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional vinculaba al Tribunal Supremo hasta el punto de impedirle ir más lejos que éste en la interpretación del alcance del derecho fundamental presuntamente vulnerado en el caso de autos (F.J. 3º). El criterio que prevaleció en la Sección –aunque no sin disidencias, como se dijo– fue el de que ésta había de atenerse

a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, como lo define el artículo 1 de su Ley Orgánica reguladora (...), y cuya *doctrina definitoria del alcance de los derechos fundamentales necesariamente nos vincula*, según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...) <sup>4</sup>.

La sentencia es contundente a la hora de sostener el punto de vista según el cual los jueces y tribunales ordinarios no pueden apartarse, ni *en más* ni *en menos*, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales. En este sentido, recalca que

*es rechazable la alternativa teórica de que nuestra interpretación del artículo 23 CE pueda ser más amplia que la del Tribunal Constitucional*, en el sentido de que, abordando por nuestra parte una interpretación propia de dicho precepto, pudiéramos llegar a entender que el elenco de cargos incluíbles en la tutela de ese artículo puede ser más extenso que el reconocido en la doctrina del Tribunal Constitucional <sup>5</sup>.

De este punto de vista discrepa el Magistrado que formuló el voto particular a la sentencia, precisamente por tal motivo. De acuerdo con éste,

(...) a lo que estrictamente vincula (la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional <sup>6</sup>) es a *no hacer una interpretación más restrictiva del contenido*

---

<sup>4</sup> La cursiva es mía.

<sup>5</sup> La cursiva es mía.

<sup>6</sup> El añadido es mío.

*de los derechos fundamentales que la que haya realizado el Tribunal Constitucional, pero (...) es poder propio de los jueces ordinarios la eventual ampliación casuística de esta interpretación (...)*»<sup>7</sup>.

En cualquier caso y a mayor abundamiento, el Magistrado discrepante cuestiona que exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional aplicable al caso de autos, y a la que, conforme al voto mayoritario de la Sección, el Tribunal Supremo deba ajustarse. Según él, el Tribunal Constitucional no habría definido aún de forma exhaustiva el alcance del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE, de suerte que no estaría aún *cerrada* su interpretación (ni, por tanto, vinculada en el presente caso la de los jueces ordinarios en cuanto jueces *primarios* de los derechos fundamentales). De este modo, sostiene el Magistrado discrepante que aun

(...) asumida esta premisa –de que los jueces ordinarios no pueden apartarse, ni *en más ni en menos*, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional<sup>8</sup>–, (...) la Sala pudo y debió apreciar que *la jurisprudencia reseñada ha dejado (...) una zona intermedia, (...) la de los cargos públicos no calificables como de representación política de los entes territoriales, que sin embargo desempeñan funciones públicas*<sup>9</sup>.

Por ello, concluye el Magistrado discrepante,

(...) *atendiendo a la existencia de este (...) vacío de protección constitucional, el Tribunal Supremo, en su calidad de juez constitucional ordinario, (...) teniendo en cuenta la peculiaridad de las funciones encomendadas a los vocales del Consejo de Administración de R.T.V.E. y al origen parlamentario de su designación, debió iniciar casuísticamente la cobertura por el artículo 23 CE de esa zona intermedia (...)*<sup>10</sup>.

Conocidos, pues, los antecedentes de la sentencia objeto del presente comentario, procede ahora analizar, en sus apartados siguientes, los argumentos que en ella y en el voto particular formulado a la misma han sido esgrimidos en favor y en contra, respectivamente, de los divergentes puntos de vista allí sostenidos. Como habrá ocasión de comprobar, ni la sentencia ni el voto particular agotan –no obstante la cuidada elaboración de ambos– el caudal de argumentos esgrimibles en favor de sus respectivas posiciones.

---

<sup>7</sup> La cursiva es mía.

<sup>8</sup> La aclaración es mía.

<sup>9</sup> La cursiva es mía.

<sup>10</sup> La cursiva es mía.

## II. EL PUNTO DE VISTA SEGUN EL CUAL LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS NO PUEDEN APARTARSE, NI *EN MAS* NI *EN MENOS*, DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC SOBRE EL ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. Interpretación literal (o estricta) del artículo 5.1 LOPJ

Como ya se indicó, la interpretación literal o estricta del artículo 5.1 LOPJ («La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, *conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*»<sup>11</sup>) parece haber sido el primer y principal argumento aducido en la sentencia comentada para rechazar una interpretación del alcance del derecho fundamental presuntamente vulnerado en el caso de autos más favorable que la del propio Tribunal Constitucional. En este sentido, precisamente, decía la sentencia, como vimos, que el Tribunal Supremo debía atenerse

(...) a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, como lo define el artículo 1 de su Ley Orgánica reguladora (...), y *cuya doctrina definitoria del alcance de los derechos fundamentales necesariamente nos vincula, según lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* (...) <sup>12</sup>.

En efecto, la forma absoluta e incondicionada en que está redactado el artículo 5.1 LOPJ parece excluir cualquier matización, modulación o limitación del alcance de la eficacia vinculante de la jurisprudencia constitucional, como la que postula el punto de vista, sostenido por el Magistrado discrepante en el voto particular, conforme al cual el artículo 5.1 LOPJ a lo único que obliga a los jueces y tribunales ordinarios «es a no hacer una interpretación *más restrictiva* del contenido de los derechos fundamentales que la que haya realizado el Tribunal Constitucional».

En la doctrina Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández parten igualmente con toda naturalidad de la premisa (incondicionada) de que «en su labor de interpretación y aplicación de la Constitución, los jueces y tribunales ordinarios no pueden apartarse de la interpretación que a la Constitución ha dado su *intérprete supremo*»<sup>13</sup>. Es más, dichos autores creen ver en el artículo 5.1 LOPJ

<sup>11</sup> La cursiva es mía.

<sup>12</sup> La cursiva es mía.

<sup>13</sup> Cfr. *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, vol. I, 7ª ed., 1995, pág. 100.

la atribución de un «valor virtualmente normativo» a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional <sup>14</sup>, valor éste con el que resultaría igualmente incompatible, como es claro, postular un efecto sólo parcialmente vinculante de la jurisprudencia constitucional (sí en cuanto a los *mínimos*, no en cuanto a los *máximos*), tal como lo hace –insisto– el voto particular.

El criterio mayoritario de la Sección, recogido en la sentencia objeto del presente comentario, se funda a todas luces en ese «valor virtualmente normativo» que –con base en el artículo 5.1 LOPJ– se predica de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Así se deduce claramente de la contundente afirmación, contenida en la sentencia, de que

(...) ante una doctrina inequívoca (del Tribunal Constitucional <sup>15</sup>), *no nos queda margen posible de rectificación* de dicha doctrina o de separación de la que ya tiene pronunciada, *debiendo limitarse nuestra función a constatar la existencia de dicha doctrina y a aplicarla* <sup>16</sup>.

## 2. ***El argumento jerárquico: la supremacía del Tribunal Constitucional «en materia de garantías constitucionales» (art. 123.1 CE) y el Tribunal Constitucional como «intérprete supremo de la Constitución» (art. 1.1 LOTC)***

Por lo demás, la interpretación literal o estricta del artículo 5.1 LOPJ resultaría asimismo ser la única acorde con la supremacía *jerárquica* que en materia de derechos fundamentales el ordenamiento jurídico atribuye al Tribunal Constitucional. Como se vio, la sentencia del Tribunal Supremo alude expresamente al artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), que lo define como «intérprete supremo de la Constitución». Curiosamente, no invoca, sin embargo, el precepto constitucional que permite afirmar –desde la propia Constitución– la posición de supremacía del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales: el artículo 123.1. Según éste, «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, *salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*» <sup>17</sup>. Así pues, podría sostenerse –como, de hecho, se hace en el voto mayoritario– que va en contra de la posición de supremacía del Tribunal Constitucional en dicha materia reconocer a los jueces y tribunales ordinarios la facultad de ir más lejos que éste en la interpretación del alcance de los derechos fundamentales.

---

<sup>14</sup> *Loc.cit.*

<sup>15</sup> El añadido es mío.

<sup>16</sup> La cursiva es mía.

<sup>17</sup> La cursiva es mía.

### 3. *El argumento de la unidad del sistema*

Con todo, la sentencia no se limita a rechazar la posibilidad de un apartamiento (*en más*) de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la extensión y los límites del derecho fundamental del artículo 23.2 CE con apoyo solamente en una interpretación literal (o estricta) del artículo 5.1 LOPJ, que, como se vio, parece excluir cualquier modulación del alcance de la eficacia vinculante de dicha doctrina. Por el contrario, trata de aportar otros argumentos. El más importante es aquel que señala la *disfuncionalidad* de un apartamiento tal desde el punto de vista de la *unidad del sistema*. En efecto, conforme al criterio mayoritario de la Sección

(...) esa posibilidad teórica de autonomía interpretativa, disidente de la doctrina del Tribunal Constitucional, (...) sería fuente de una disfuncionalidad de difícil, cuando no imposible, corrección. Si concedemos nuestra tutela –prosigue la sentencia– (...), lógicamente los legitimados para el amparo constitucional, al tener satisfecho el que consideran su derecho, no acudirían a éste, con lo que *esa hipotética proclamación, ampliatoria de la del Tribunal Constitucional, en sede de jurisdicción ordinaria, abriría una línea distinta de definición del derecho constitucional, no compatible con la del Tribunal Constitucional y no corregible por éste, pues estaría lógicamente cerrado el único cauce, el del recurso de amparo, por el que éste pudiera enjuiciar nuestra interpretación del precepto constitucional cuestionado*<sup>18</sup>.

Si este argumento no pretende ser meramente reiterativo de aquel otro, ya reflejado, de que una interpretación estricta del artículo 5.1 LOPJ (acorde con la supremacía *jerárquica* del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales) no permite considerar lícita ninguna clase de apartamientos de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales (ni siquiera cuando se trate de apartamientos *en más*), habrá que entenderlo referido a la inconveniencia –probablemente desde la óptica del principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE)– de que en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal Supremo existan doctrinas jurisprudenciales divergentes sobre el alcance de los derechos fundamentales, que no puedan ser reconducidas a la unidad por aquél en cuanto «intérprete supremo de la Constitución»<sup>19</sup>. Desde esta perspectiva, la exigencia de vinculación estricta a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional de los jueces y tribunales ordinarios (incluido el Tribunal Supremo) –art. 5.1 LOPJ– no sería

---

<sup>18</sup> La cursiva es mía.

<sup>19</sup> Así, P. PÉREZ TREMPES (*Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 266) habla del «deseo del legislador de *resolver el problema de las discrepancias interpretativas de la Constitución, dando prevalencia a la doctrina del Tribunal Constitucional*» (la cursiva es mía).

sino la respuesta del ordenamiento jurídico a la inexistencia de específicas vías procesales que permitan al Tribunal Constitucional eliminar las discrepancias interpretativas que mantenga con los jueces y tribunales ordinarios sobre el alcance de los derechos fundamentales en los casos de interpretación más favorable por estos últimos <sup>20</sup>. Y es que, efectivamente, el recurso de amparo no es, ni en su configuración constitucional [arts. 53.2 y 161.1.b) CE] ni legal (arts. 43 y 44 LOTC, sobre todo), un recurso objetivo *en interés de la Constitución o para unificación de doctrina constitucional* (es decir, un recurso de naturaleza casacional), sino un recurso extraordinario para la protección de los derechos fundamentales, de carácter, en principio, subjetivo y subsidiario. Un recurso, pues, que sólo se activa, en su caso, cuando los jueces y tribunales ordinarios no han remediado previamente la presunta vulneración de un derecho fundamental; una situación justamente inversa a la que se produce cuando los jueces y tribunales ordinarios se apartan de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional para ampliar –y no para restringir– el alcance de los derechos fundamentales.

De ahí que concluya la sentencia comentada que

«el único cauce de corrección posible de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance del artículo 23.2 CE (...) se abre, por el contrario, mediante la estricta sumisión de nuestro propio pronunciamiento a la doctrina constitucional precedente, *solución que (...) deja expedita la posibilidad del recurso de amparo, por cuyo medio el recurrente puede someter al Tribunal Constitucional la posibilidad de la corrección de la corrección de su doctrina precedente (...). Sólo así se evita la disfuncionalidad antes aludida, posibilitando la unidad del sistema*» <sup>21</sup>.

### III. EL PUNTO DE VISTA SEGÚN EL CUAL LOS JUECES Y TRIBUNALES ORDINARIOS (EN PARTICULAR, EL TRIBUNAL SUPREMO) PUEDEN APARTARSE DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TC PARA AMPLIAR EL ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Analicemos ahora los argumentos esgrimidos –o, a veces, sólo insinuados– en el voto particular formulado a la sentencia comentada por el Magistrado discrepante del criterio mayoritario de la Sección.

---

<sup>20</sup> En este sentido, R. PUNSET ha sostenido recientemente, en un comentario bibliográfico al libro de J. M.<sup>a</sup> SANTOS VIJANDE, «Doctrina» y jurisprudencia del Tribunal Constitucional: su eficacia respecto de los Tribunales ordinarios, Ed. Comares, Granada, 1995 («Doctrina constitucional y órganos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 46, 1996, págs. 285 y sigs., en particular 293), que el deber jurídico de acatamiento judicial a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional «se reconoce de forma inequívoca en el artículo 5.1 LOPJ», siendo «otra cosa (...) que se hayan arbitrado o no por el legislador vías reactivas al propósito de garantizar el efecto vinculante de la doctrina constitucional» (la cursiva es mía).

<sup>21</sup> La cursiva es mía.



# 1. Interpretación del artículo 5.1 LOPJ a la luz del sistema constitucional de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: el juez ordinario como juez normal y primario de los derechos fundamentales

Para sostener que los jueces y tribunales ordinarios –en particular, el Tribunal Supremo– pueden apartarse de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, aunque, eso sí, sólo para ampliar –y nunca para restringir– el alcance de los derechos fundamentales, el Magistrado discrepante del criterio mayoritario de la Sección, recogido en la sentencia recién analizada, interpreta la extensión (¡y los límites!) de la eficacia vinculante de la jurisprudencia constitucional, ordenada por el artículo 5.1 LOPJ, a la luz de lo que es, sin duda, la característica principal de nuestro sistema constitucional de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas, a saber: que la protección jurisdiccional de los mismos no se asienta, como regla, en la intervención del Tribunal Constitucional, sino en la de los órganos de la jurisdicción ordinaria, que son aquellos a los que se encomienda la normal y primaria tutela de tales derechos <sup>22</sup>. Consecuentemente, opina el Magistrado discrepante, el grado de dependencia del juez ordinario con respecto a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional no es (ni puede ser) siempre el mismo. Así, afirma, en los procesos constitucionales dirigidos a la declaración de inconstitucionalidad de una ley

(...) su función (se refiere a la del juez ordinario <sup>23</sup>) sólo es meramente colaboradora, mediante el planteamiento de la pertinente cuestión (...). No es ésta, sin embargo, la posición del juez ordinario en los procesos en los que se pretende una declaración de que a la parte le ha sido vulnerado un derecho fundamental de los que son objeto de la tutela privilegiada del artículo 53.2 de la Constitución. *En este caso, el juez natural de protección de estos derechos son los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, teniendo carácter subsidiario la función del Tribunal Constitucional (...).* Creo que ésto demuestra –concluye el Magistrado discrepante– que el ámbito propio de la vinculación de la jurisdicción ordinaria a la constitucional que pueda predicarse en materia de derechos fundamentales es la de que, sin perjuicio de la inspiración general que debe recibirse de la misma por su calidad jurisprudencial, sin embargo *a lo que estrictamente vincula es a no hacer una interpretación más restrictiva del contenido de los derechos fundamentales que la que haya realizado el Tribunal Constitucional, pero que es poder propio de los jueces ordinarios la eventual ampliación casuística de esta interpretación* <sup>24</sup> (...).

Para reforzar esta conclusión (consistente, como se ha visto, en que al Tribunal Constitucional, en coherencia con su función meramente subsidiaria de

<sup>22</sup> Al respecto cfr. recientemente I. BORRAJO INIESTA/I. DIÉZ-PICAZO GIMÉNEZ/G. FERNÁNDEZ FARRERAS, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 119 y sigs.

<sup>23</sup> La aclaración es mía.

<sup>24</sup> La cursiva es mía.

tutela de los derechos fundamentales, sólo corresponde señalar los *mínimos* –y no los *máximos*– de protección de los mismos), el Magistrado discrepante argue que

*(...) es perfectamente asumible en el plano teórico que algún derecho fundamental no hubiese accedido nunca a examen del Tribunal Constitucional, por haber sido siempre amparado a satisfacción de los interesados, sin que el que se reputase agraviado por el amparo concedido pudiera legitimar por una finalidad de unificación de doctrina acudir a que el Tribunal Constitucional definiese los límites del derecho*<sup>25</sup>.

Ciertamente, ésto es así. En efecto, no hay lugar a una intervención del Tribunal Constitucional (cuya función como garante de los derechos fundamentales es, como se dijo, meramente subsidiaria) mientras que en la interpretación del alcance de los derechos fundamentales los jueces y tribunales ordinarios se «extralimiten» sólo *por arriba* (y no *por abajo*). Lo contrario supondría admitir la figura del *contra-amparo* constitucional.

## 2. Argumentos procesales

Este último argumento conecta de lleno con aquellos otros que podríamos denominar *procesales*.

### A) **La inexistencia de vías procesales que permitan al TC corregir los apartamientos judiciales de su doctrina jurisprudencial que amplíen el alcance de los derechos fundamentales es síntoma de su admisión por el ordenamiento jurídico**

Como vimos más arriba, la inexistencia de vías procesales que permitan al Tribunal Constitucional corregir los apartamientos judiciales de su doctrina jurisprudencial que amplíen el alcance de los derechos fundamentales («lógicamente, los legitimados para el amparo constitucional, al tener amparado el que consideran su derecho, no acudirían a éste») sirvió de argumento a la mayoría de la Sección para postular la sumisión estricta de los jueces y tribunales ordinarios

---

<sup>25</sup> La cursiva es mía.

a la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales (y la consiguiente improcedencia de un apartamiento en más de la misma), como única forma de garantizar la *unidad del sistema* <sup>26</sup>. Al Magistrado discrepante, por el contrario, dicha inexistencia de vías procesales que permitan al Tribunal Constitucional corregir los apartamientos judiciales de su doctrina jurisprudencial que amplíen el alcance de los derechos fundamentales le lleva a concluir que el ordenamiento jurídico admite tales apartamientos con toda normalidad. En este sentido, se afirma en el voto particular que

(...) el juez natural de estos derechos son los órganos competentes de la jurisdicción ordinaria, teniendo carácter subsidiario la función del Tribunal Constitucional (...). Este dato jurídico es importante, porque *a diferencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cumple una estricta función unificadora, lo que explica que la legitimación para acudir a la casación se otorgue a cualquiera de las partes, incluso a la que se opone al amparo concedido en la instancia, esta función aparece con mucho menos intensidad en los recursos de amparo constitucional, como lo acredita que, como principio general, si es éste es concedido por el juez ordinario no habría lugar a acudir al proceso constitucional (...)* <sup>27</sup>.

**B) El punto de vista según el cual los jueces y tribunales ordinarios no se pueden apartar de la doctrina jurisprudencial del TC, ni siquiera para ampliar el alcance de los derechos fundamentales, otorga un valor *cuasicasacional* al recurso de amparo constitucional, impropio de su naturaleza subsidiaria**

El razonamiento anterior del Magistrado discrepante va dirigido igualmente a criticar el empeño de la mayoría de la Sección por convertir un recurso extraordinario de carácter subjetivo y subsidiario, como lo es el recurso de amparo constitucional para la protección de los derechos fundamentales, en una vía procesal ordinaria y *objetiva* (diríase, «en interés de la Constitución» o «para unificación de doctrina constitucional») que, en supuestos como los aquí discutidos, permita al Tribunal Constitucional asegurar la *unidad del sistema*.

Según se desprende indirectamente de la argumentación, recién citada, del Magistrado discrepante, la inhibición de los jueces y tribunales ordinarios a la hora de ampliar por su propia autoridad la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales otorga al recurso de amparo constitucional un valor necesaria –e incluso pretendidamente, como se vio– *cuasicasacional* («...por cuyo medio el recurrente puede someter

---

<sup>26</sup> Vid. *supra* II.3.

<sup>27</sup> La cursiva es mía.

al Tribunal Constitucional la posibilidad de la corrección de su doctrina precedente»), impropio de su naturaleza subsidiaria.

### **3. Límites a la interpretación ampliatoria del alcance de los derechos fundamentales por los jueces y tribunales ordinarios: los supuestos de colisión con derechos fundamentales de terceros**

Con todo, es el propio Magistrado discrepante de la solución propugnada en el voto mayoritario quien se ocupa de señalar los límites a los que, en todo caso, considera sometida la facultad de los jueces y tribunales ordinarios de ampliar por su propia autoridad la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales. Tales límites se hallarían en los supuestos de colisión del derecho fundamental, cuyo alcance pretenda ampliar el juez ordinario, con derechos fundamentales de terceros. Aquí la improcedencia de una interpretación ampliatoria del alcance de cualquiera de los derechos en conflicto por parte del juez ordinario resultaría de la circunstancia de que la *ampliación* del alcance de un derecho fundamental que colisiona con derechos fundamentales de terceros supone siempre, a la vez, una (correlativa) *restricción* del alcance de estos últimos (esto es, posiblemente, un apartamiento *en menos* de la jurisprudencia constitucional relativa a éstos), lógicamente recurrible en amparo por sus titulares ante el Tribunal Constitucional, con el objeto de que sea éste quien controle si la ponderación de los derechos en conflicto (en sede jurisdiccional ordinaria), determinante de su respectivo alcance en el caso concreto, se acomodó o no a la Constitución. De este modo, se afirma en el voto particular que

(...) es poder propio de los jueces ordinarios la eventual ampliación casuística de esta interpretación, que, en principio, *solamente sería controlable por aquél* (se refiere al Tribunal Constitucional <sup>28</sup>) *en el caso de lesionar esta interpretación algún otro derecho fundamental*.

### **4. Conclusión: a los efectos del artículo 5.1 LOPJ, la función subsidiaria del Tribunal Constitucional como garante de los derechos fundamentales convierte a su doctrina jurisprudencial sobre el alcance de los mismos en una doctrina de *mínimos* y no de *máximos***

A mi juicio, los argumentos que avalan la solución propugnada por el Magistrado discrepante en su voto particular poseen mayor fuerza de convicción que

---

<sup>28</sup> La aclaración es mía.

aquellos en los que se apoya el voto mayoritario de la Sección. Su inhibición a la hora de afrontar –siempre que procediera, por supuesto– la ampliación de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de los derechos fundamentales (es decir, la remisión de esta cuestión al Tribunal Constitucional por la vía de abrir –artificialmente, diríamos– el camino hacia el recurso de amparo constitucional) se aviene mal con la función subsidiaria de este Tribunal como garante de los derechos fundamentales y vulnera, por tanto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los mismos (art. 24.1 CE).

Como digo, los argumentos esgrimidos en favor de la solución adoptada en la sentencia objeto del presente comentario no acaban de convencer. En primer lugar, ni la seguridad jurídica ni la llamada *unidad del sistema* sufren en modo alguno por el hecho de que los *mínimos* de protección de los derechos fundamentales sean determinados por el Tribunal Constitucional y los *máximos* por el Tribunal Supremo en cuanto órgano superior de la jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar, las normas que establecen la supremacía hermenéutica del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales (arts. 123.1 CE, 1.1 LOTC) han de ser interpretadas *teleológicamente*. La posición de supremacía que el ordenamiento jurídico confiere en esta materia al Tribunal Constitucional responde, ante todo, a un fin *garantista*, y no tanto (aunque también, pero, en todo caso, sólo en segundo término) a un fin de depuración y/o unificación de doctrina constitucional. Con otras palabras, dicha supremacía interpretativa del Tribunal Constitucional pretende fundamentalmente impedir una *infraprotección* de los derechos fundamentales por parte de sus guardianes normales y primarios, los jueces y tribunales ordinarios, y no una *sobreprotección* de los mismos. Es la primera, y no esta última, la que ha de preocupar en un Estado de Derecho.

En definitiva, el reparto de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales es similar al que en el ámbito comunitario existe entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y los Tribunales Constitucionales nacionales (sobre todo, de conformidad con la llamada doctrina «Solange II» del Tribunal Constitucional Federal alemán <sup>29</sup>). Como es sabido, la función de garante que frente al Derecho comunitario derivado corresponde ejercer a los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros con respecto al *estándar esencial mínimo* de protección de los derechos fundamentales (nacionales) exigido por sus respectivas Constituciones no impide, por supuesto, que éste sea

---

<sup>29</sup> Al respecto cfr. recientemente M. BACIGALUPO SAGGESE, «La constitucionalidad del Tratado de la Unión Europea en Alemania (la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 1993)», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Serie D, núm. 21, 1994, págs. 7 y sigs., en particular 24 y sigs.

superado por la jurisprudencia del TJCE. Del mismo modo, la función subsidiaria del Tribunal Constitucional como garante de tales derechos no debiera impedir a los jueces y tribunales ordinarios ampliar su doctrina jurisprudencial sobre el alcance de los mismos. Si está facultado para ello un tribunal ordinario –como lo es, a los efectos del Derecho constitucional interno, el TJCE–, parece que lo han de estar también los jueces ordinarios nacionales, en particular el Tribunal Supremo en cuanto órgano superior de la jurisdicción ordinaria española.