

LA TUTELA PROCESAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL VEINTE
ANIVERSARIO DE
LA CONSTITUCIÓN. (*)

FRANCISCO ANTONIO BELLÓN MOLINA
LUIS MARTÍN CONTRERAS
CONCEPCIÓN BENEDÍ ANDRÉS
JOSÉ MARÍA LABADO SANTIAGO
(Secretarios judiciales)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL. —
III. ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINIS-
TRATIVO. — IV. ORDEN JURISDICCIONAL PENAL. — V.
ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL.

(*) El presente trabajo contiene el texto de la ponencia expuesta por sus autores, representando a la Unión Progresista de Secretarios Judiciales, en el « IV Congreso/Asamblea de Gentes del Derecho », celebrado en Sevilla los días 4, 5 y 6 de diciembre de 1.998, con motivo del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el veinte aniversario de la Constitución Española. Para su publicación hemos decidido mantener el texto original con la única supresión de las propuestas de conclusión presentadas a la Asamblea. Su elaboración corresponde a Francisco-Antonio Bellón Molina (Introducción y orden jurisdiccional civil), Luis Martín Contreras (contencioso-administrativo), Concepción Benedí Andrés (penal), y José-María Labado Santiago (social).

I. INTRODUCCIÓN

Dejando sentado que no puede hablarse de protección de los derechos humanos sin la previa existencia de un Estado de Derecho y de un régimen democrático que permitan su reconocimiento en la Constitución de cada Estado, su respeto y garantía exigen un sistema de tutela eficaz y rápido, en manos de juzgados y tribunales. Así lo establecen el art. 8 de la Declaración Universal («toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley»), y el art. 53.2 de la CE («cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos por el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo, ante los Tribunales Ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional») cuyo cincuenta y veinte aniversario, respectivamente, se conmemora este año y constituye el motivo del presente Congreso.

El notable desarrollo que están experimentando los derechos humanos en la actualidad, con la progresiva instauración de instrumentos internacionales para su protección, no nos puede llevar a olvidar que su tutela debe asegurarse en primer lugar en el marco nacional, siendo el Estado el primer responsable de su respeto y garantía.

Al hablar de derechos fundamentales, nos referimos a los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico positivo y que gozan de una protección reforzada, que se traduce en una serie de garantías sin las

cuales aquéllos son papel mojado, o como reza el cartel anunciador del Congreso, pura «retórica», y entre los que se encuentra la garantía jurisdiccional, calificada de «piedra angular» de la protección de los derechos fundamentales.

La Ley 62/1.978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (en adelante LPJDFP), titula cada una de sus tres secciones, sucesivamente: «Garantía jurisdiccional penal», «Garantía contencioso-administrativa», y «Garantía jurisdiccional civil», de manera impropia e inadecuada, ya que entre las garantías de los derechos fundamentales, la jurisdiccional es una, no existiendo distintas garantías de tipo jurisdiccional. En realidad, a lo que se refiere el legislador es a las distintas manifestaciones jurisdiccionales que pueden intervenir en la tutela de los derechos fundamentales, según la naturaleza del ataque llevado a cabo contra los mismos; a la que debe añadirse la laboral, como puso de manifiesto desde un primer momento el Tribunal Constitucional, y la militar.

Así centrado el tema, el presente trabajo tiene por objeto el estudio de la garantía jurisdiccional «ordinaria» de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1.978, en la actualidad: el denominado «amparo judicial ordinario», prescindiendo del «amparo constitucional». Su estructura responde a las diferentes manifestaciones jurisdiccionales que pueden intervenir en su protección: civil, penal, contencioso-administrativa y social.

Dos ideas deben dejarse sentadas antes de finalizar esta introducción. La primera, consideramos de todo punto inconcebible cualquier reducción del actual ámbito material del recurso de amparo, como se propugna desde un sector doctrinal, excluyendo o limitando el acceso al mismo de los derechos reconocidos en el art. 24 de la CE. Si bien debe reconocerse que se estableció sobre la base de unas muy concretas circunstancias históricas, su arraigo hoy en nuestra cultura jurídica y su fecundidad a la hora de construir una auténtica teoría sobre los derechos fundamentales, apoyan nuestra posición, amén de ser constitucionalmente inviable, según los arts. 161.1.b) y 53.2 CE.

La segunda, que como en los citados órdenes jurisdiccionales, también en el militar se han establecido procesos especiales para la protección de los derechos fundamentales, declarando explícitamente su carácter preferente y urgente.

II. ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

La falta de desarrollo legislativo definitivo del art. 53.2 CE, es especialmente grave en el ámbito civil. La LPJDFP ni deriva de la Constitución, ni desarrolla el citado precepto, y aunque el legislador es consciente de que sólo provisional y transitoriamente cumpliría dicha función, hoy celebramos el veinte aniversario de la Constitución con dicha ley en vigor.

Ciertamente nos encontramos con otros textos legales que desarrollan el art. 53.2 CE, pero la situación no puede dejar de ser provisional si lo es el principal de ellos. Nos referiremos aquí a la Ley 62/78, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, a la LO 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en adelante LODH), y a la LO 5/97, de 4 de diciembre, de Reforma de la LO 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuanto establece un nuevo cauce procesal para la tutela de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE, previo al amparo constitucional. En cuanto a la LO 2/84, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación, consideramos que no hay motivo para su reforma, debido a las particularidades que presenta su protección y que justifican un cauce procesal especialísimo.

1. *Ley 62/1.978 de 26 de diciembre. de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona*

Publicada en el B.O.E. de 3-1-79, cinco días después que la propia Constitución, cumple ya con excesiva provisionalidad, el papel de servir de desarrollo del art. 53.2 CE.

La LPJDFP se limita en el ámbito civil a establecer normas especiales en materia de competencia (art. 11) y legitimación (art. 12); y en cuanto al procedimiento, se remite al de los incidentes de la LEC, acortando los plazos en primera y segunda instancia y disponiendo que «contra la sentencia dictada en apelación podrá interponerse recurso de casación o, en su caso, de revisión».

Además de los inconvenientes de técnica procesal que plantea la elección del trámite de los incidentes (establecimiento de un plazo de contesta-

ción a la demanda, común para todos los demandados y el Ministerio Fiscal, plazo probatorio común para proponer y practicar, y «posible» celebración de vista); las contradicciones y paradojas del cauce procesal establecido para la tutela en vía civil de los derechos fundamentales saltan a la vista: remisión al trámite de los incidentes, estableciendo tanto en primera instancia como en apelación tres especialidades procedimentales tendentes única y exclusivamente al acortamiento de los plazos, evidenciando el legislador una elogiabile preocupación por la rapidez del procedimiento, que al mismo tiempo parece olvidar por completo al establecer el régimen de recursos, con el añadido del recurso de amparo constitucional. El resultado, hoy comprobado y entonces previsible, no podía ser otro: quien pretenda el amparo, lo obtendrá demasiado tarde, y quien busque la dilación, la tiene en sus manos. A pesar de la rapidez con la que pueda obtenerse una resolución definitiva en primera instancia, las sucesivas hacen que tengan que pasar varios años antes de obtener sentencia firme. El incumplimiento del principio de sumariedad exigido por el art. 53.2 CE —entendido con su significado de celeridad, rapidez, brevedad—, es de una evidencia cegadora.

Y otro tanto cabe decir del principio de preferencia, ya que no vemos la forma de que un procedimiento sea preferente sin que se establezca expresamente en el oportuno texto legal, y ningún precepto de la Sección Tercera de la LPJDFP lo hace.

Y todo ello sin aludir siquiera a las indispensables medidas cautelares, cuya relevancia en aras de la tutela judicial efectiva es constantemente resaltada por la doctrina y por la jurisprudencia del T.C.. Importancia incrementada aquí por el carácter y naturaleza de los derechos cuya protección se pretende, y por el tiempo durante el que puede prolongarse la tramitación de un concreto procedimiento.

El art. 53.2 CE es una norma constitucional procesal que, al objeto de reforzar la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, prevé unas peculiaridades adicionales a las de los procesos «comunes». Pues bien, la LPJDFP que, aunque provisionalmente, desarrolla el citado precepto, desconoce por completo su contenido: el proceso que establece para la protección de los derechos fundamentales en el ámbito civil, no responde en absoluto al principio de preferencia, ni al de sumariedad entendida como rapidez, ni menciona siquiera las indispensables medidas cautelares. Si el legislador de 1.978 puede ser disculpado, en atención a las circunstancias históricas del momento, es de todo punto

injustificable la celebración del veinte aniversario de la Constitución con la situación descrita.

Otro inconveniente más de la falta de desarrollo del art. 53.2 CE: la aparición de procedimientos aislados para la tutela de cada uno de los derechos fundamentales que se desarrollaban, atentando así contra el principio de seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, y desoyendo el clamor existente en la doctrina desde mediados de siglo en contra de la proliferación de procesos especiales, del que se ha hecho eco incluso la jurisprudencia del T.S.

No es este el lugar más adecuado para profundizar sobre las pautas que debe seguir el desarrollo del art. 53.2 CE, pero la crítica realizada nos obliga a dejar constancia, aunque sea de manera breve, de la solución que se propone, ya que son crítica y propuesta de solución labores que se complementan para favorecer la mejora de las instituciones.

Para la tutela de los derechos fundamentales en vía civil, debe elegirse el cauce del proceso tipo, mejor el abreviado que el ordinario; estableciendo expresamente el carácter urgente y preferente del procedimiento, con un sistema de recursos que responda al principio de sumariedad; incorporando las especialidades necesarias en materia de legitimación, sin olvidar que siempre será parte el Ministerio Fiscal; y regulando de manera detallada la tutela cautelar, estableciendo un sistema mixto de medidas, permitiendo expresamente su solicitud cuando exista un temor racional y fundado de que la vulneración se va a producir de forma inminente, estableciendo su tramitación preferente, el carácter facultativo de la fianza y la posibilidad de su adopción «inaudita parte». Y mientras se produce la intervención del legislador, debe acudir a la eficacia normativa de la Constitución y entender que el procedimiento goza de preferencia en toda su tramitación, al tratarse de la defensa de los derechos fundamentales.

2. *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*

El examen de las normas procesales contenidas en la LODH, permite afirmar que crea un nuevo proceso especial dentro de otro ya establecido por la LPJDFP. Y en cuanto al procedimiento, permite acudir a las vías

procesales ordinarias o al procedimiento previsto en el art. 53.2 CE, que conforme a su Disposición Transitoria Segunda es el regulado en la Sección Tercera de la LPJDFP. En cuanto a la primera opción, no se atiende a la LPJDFP, y respecto de la segunda, acoge de manera acrítica y sin reparos el procedimiento ideado por el legislador de 1.978, sin establecer su carácter preferente.

Los inconvenientes puestos de manifiesto en el apartado anterior, adquieren aquí mayor relevancia ya que si la garantía jurisdiccional civil de la LPJDFP tiene escasa virtualidad, habiendo quedado reducida en la práctica básicamente a la tutela del derecho fundamental de asociación, no ocurre lo mismo con la LODH, siendo numerosos los conflictos que se sustancian a través del proceso especial que establece, en demanda de protección de los derechos al honor, intimidad e imagen, siempre en tensión con las libertades de expresión e información.

Examinados treinta procedimientos tramitados en los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, resulta que desde la fecha de presentación de la demanda hasta la de la sentencia definitiva en primera instancia, han transcurrido menos de tres meses en dos casos; menos de cuatro en otros seis casos; menos de cinco en seis ocasiones; menos de seis en dos casos; menos de siete en otros dos casos; menos de ocho en otras seis ocasiones, y más de un año en seis casos. Y el estudio de los procedimientos LODH (trámite incidentes) que han llegado en amparo al Tribunal Constitucional, desde el primero (STC 231/88) hasta el resuelto por STC 139/95, nos indica que su duración media es de 5'76 años, sin contar el trámite en primera instancia; y en los supuestos en que dicho Tribunal ha declarado nula la sentencia del Tribunal Supremo, acordando se dicte otra nueva, la duración media se alarga hasta 7'08 años. Si a nadie se le oculta que «justicia demorada es justicia denegada», como reza el aforismo forense tan de moda en nuestros tiempos, la cuestión adquiere una especial gravedad en materia de tutela de derechos fundamentales. El incumplimiento no sólo del mandato constitucional contemplado en el art. 53.2 CE, sino del propio precepto, resulta manifiesto.

Y en cuanto a la tutela cautelar, el legislador se limita a disponer que podrán adoptarse para conseguir el cese inmediato de la intromisión ilegítima.

La solución que se propone es exactamente la misma que en el apartado anterior, ya que resulta injustificable establecer un proceso especial

para cada derecho fundamental que se regula, debiendo unificarse el cauce procesal a seguir en vía civil.

3. *Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*

La Ley 34/84, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, suprimió el incidente de nulidad de actuaciones, tal y como proponía la mayoría de la doctrina, debido a los abusos en su utilización. Sin embargo, a partir de la criticada STC 110/88, de 8 de junio, han sido cada día más las voces que han reclamado el desarrollo del art. 53.2 CE en relación con la no existencia de recurso jurisdiccional, previo al amparo constitucional, para declarar por los Tribunales Ordinarios la nulidad radical de actuaciones por vicio procesal, una vez dictada «sentencia o resolución definitiva firme». El Tribunal Constitucional también había insistido en ello de manera explícita en la STC 185/90. Y tras un primer intento de introducir el incidente, con motivo de la reforma de la LOPJ operada por L.O. 16/94, de 8 de noviembre, la L.O. 5/97 lo hace, según expone en su Exposición de Motivos «para tratar exclusivamente los vicios formales que generen indefensión y nulidad y que no sea posible denunciar por vía de recursos, ni antes de dictar sentencia o resolución irrecurrible».

Ciertamente, la situación en esta materia de los llamados recursos de amparo «per saltum» era preocupante. La LPJDFP no estaba pensada para remediar violaciones de derechos fundamentales de naturaleza procesal, y suprimido el incidente de nulidad de actuaciones sin las necesarias reformas en las leyes procesales, su vulneración carecía de un órgano inmediato ante el que pedir amparo con carácter previo al amparo constitucional; debiendo tenerse en cuenta que los citados derechos son los que llegan al T.C. en mayor número, y que tras las últimas reformas procesales, los procesos que carecen de recurso de casación han aumentado.

La constatación de la inexistencia de un procedimiento preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE, dio lugar a que por parte de la doctrina se propugnasen distintas soluciones, partiendo de la idea de que desde el punto de vista procesal los derechos fundamentales no constituyen una categoría unitaria, debiendo distinguirse, a efectos de su tutela, entre aquellos cuya violación

sólo puede producirse en el seno de un proceso, y aquellos otros cuya vulneración no se produce por los órganos jurisdiccionales.

Descartada, por absurda, la creación de un proceso autónomo, diferente y superpuesto al proceso en el que se han infringido los citados derechos fundamentales de naturaleza procesal (se trataría de un «proceso para la tutela judicial efectiva del derecho a la tutela judicial efectiva», como apuntó algún autor); las propuestas se han movido principalmente en el terreno de la reforma de los medios de impugnación, creando en su caso un «recurso extraordinario de amparo» ante el T.S. o el T.S.J.; el fortalecimiento del recurso de audiencia al rebelde, que comprendería todas las situaciones de indefensión cuya denuncia no haya sido posible antes de recaer sentencia o resolución firme; y la conveniencia de resucitar el incidente de nulidad de actuaciones de manera limitada, en la línea que se ha hecho por el art. 240.3 LOPJ.

De las soluciones de política legislativa señaladas, todas constitucionalmente admisibles sin duda, el legislador de 1.997 ha optado por la última, en sintonía con el prelegislador de 1.994, renaciendo así el viejo incidente de nulidad de actuaciones, común ahora a todos los órdenes jurisdiccionales.

A nuestro juicio, se ha elegido la solución más problemática. A pesar del carácter excepcional que se predica del incidente (el art. 240.3 LOPJ comienza estableciendo que «no se admitirá el incidente de nulidad de actuaciones») y del carácter extraordinario de la medida cautelar de suspensión de la «sentencia o resolución irrecurrible», la historia reciente nos habla de una utilización abusiva tendente a dilatar de manera fraudulenta el cumplimiento de la sentencia o resolución firme. Si a ello añadimos la defectuosa técnica procesal seguida en su regulación, con notables imprecisiones (legitimación activa, «dies a quo» del plazo para pedir la nulidad, procedimiento, carácter preferente, prueba, recursos, problemas de conexión con el «recurso de anulación» penal, los recursos de audiencia al rebelde civil y laboral, los recursos de revisión, etc.), tenemos el caldo de cultivo para que se repita la situación anterior a la ley 34/84.

Nos parece pues, la solución que afecta de manera más negativa al principio de seguridad jurídica (el plazo de cinco años también opera en el recurso de revisión civil, pero su campo de aplicación es muy limitado), al derecho a la tutela judicial efectiva (del que es parte esencial el derecho a

la ejecución de sentencias), y el también fundamental derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

El legislador de 1.997, a pesar de que alude en la Exposición de Motivos de la Ley a una «ya larga persistencia de una situación muy grave para los justiciables», parece que más que pensar en éstos, lo hace en aliviar la sobrecarga de trabajo del T.C. sin incrementar la del T.S., y opta así por la solución técnicamente más sencilla, aprovechando una modificación de la LOPJ pensada inicialmente sólo para asegurar la independencia de Jueces y Magistrados que han estado dedicados a la «política». En muchas ocasiones la reforma supondrá una prolongación de la vía judicial previa al recurso de amparo constitucional.

A nuestro juicio, la solución más satisfactoria en el ámbito civil, habría sido en primer lugar el fortalecimiento del recurso de audiencia al rebelde en la forma expresada, y en segundo, la reforma del actual sistema de medios de impugnación, estableciendo en su caso, cuando se aprecie temeridad, mala fe o abuso de derecho, sanciones pecuniarias, y generalizando el instituto de los «depósitos previos».

Para finalizar, un motivo más para la reflexión: ¿no se reduciría notablemente el número de violaciones de derechos fundamentales en el seno del proceso con una acertada —y muy anhelada— reforma de la Secretaría Judicial?. ¿Dispone la Administración de Justicia de medios personales y materiales y de la adecuada organización para responder a las exigencias de lo que el Tribunal Constitucional considera, acertadamente, un «proceso justo»?

III. ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Tampoco en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, el art. 53 CE ha tenido un desarrollo procesal, pues si bien la ley 62/78 de 26 de diciembre trata de desarrollar un proceso judicial ágil para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ni la citada norma es desarrollo de la Constitución, por ser coetánea, ni tampoco desarrolla un procedimiento ágil, al menos en la forma que entendemos por tal, aún asumiendo que los recursos que en esta jurisdicción se tramitan por medio de este procedimiento suelen tardar menos de la media de los recursos de esta jurisdicción, lo cierto es que, aún así, el tiempo que pasa desde que se inicia el recurso hasta que se falla por sentencia, suele ser de un año, lo

cual priva de cualquier tipo de garantías a los ciudadanos, sobre todo cuando se trata de asuntos con una urgencia perentoria. Este plazo se suele complicar cuando confluye en el recurso la petición del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Por todo ello, la presente exposición tendrá como fundamentos principales la Ley 62/78, reguladora de los Procedimientos Judiciales para la Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas, la Ley 1/96 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y la Ley de Extranjería, teniendo siempre presente en esta exposición un supuesto referido a un extranjero que es expulsado de nuestro país.

1. *La Ley 62/1.978 sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas*

Con el fin de introducir un procedimiento más ágil, dentro de la ralentizada Administración de Justicia, el Gobierno de la UCD promueve la promulgación de la Ley 62/78, que no desarrolla el art. 53 de la CE, pues la fecha de aquélla es dieciocho días posterior a la de ésta. No obstante, la tramitación coetánea de ambas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos que las presidió, ha hecho que en no pocas ocasiones se hayan ligado una a otra.

No podemos olvidar, antes de continuar esta exposición, que en el momento que se redactan estas notas, la Ley 62/78 está en vigor, pero que al momento de exponerlas en el foro de Sevilla, habrá sido derogada como consecuencia de la Disposición Derogatoria Segunda c) de la Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que incorpora a su regulación un procedimiento similar al que hasta ahora se regulaba en aquella ley especial, pero que tampoco desarrolla el art. 53 de la CE por más que así se pretenda en su exposición de motivos.

Pero no se trata en estos comentarios de establecer una conexión entre normas, sino de analizar el contenido de un procedimiento que, por su trascendencia, pretende dar respuesta a aquellas cuestiones que se susciten en torno a los Derechos Fundamentales de las Personas. En efecto, si nos atenemos a la regulación prevista en la ley, el plazo para la tramitación del recurso, debía ser de cincuenta y cuatro días, que iban desde la presentación del recurso hasta que por el Tribunal se dic-

tase sentencia. Ni que decir tiene que este plazo queda superado por la realidad.

Antes de entrar a analizar las consecuencias y la demora en la tramitación, achacable a los Tribunales de Justicia, a la que volveré con posterioridad, ha de quedar claro que los plazos no se cumplen en la actualidad, no sólo por parte del Tribunal, sino por todos los estamentos y partes que confluyen en el recurso. En efecto, vamos a realizar un repaso a los distintos plazos que de forma sistemática incumplen todas las partes. Se inicia el recurso, y la Administración, generalmente el Ministerio del Interior cuando se trata de problemas relacionados con la Ley de Extranjería, tiene un plazo de cinco días para remitir el expediente, sin embargo, ese plazo se solía dilatar a un mes y, a veces, hasta dos; en este periodo, a pesar de que el órgano jurisdiccional podría realizar actuaciones sin necesidad de disponer del expediente, lo cierto es que esto nunca ha ocurrido y siempre se ha esperado a la recepción. Una vez recibido el expediente, el demandante o recurrente tenía ocho días para formalizar la demanda; teniendo en cuenta que el ejemplo que hemos tomado como referencia tiene un fondo social (necesidad económica por la penuria que se pasa en el país de origen del recurrente) más que político, si se había conseguido la suspensión del acto en la pieza separada, tampoco se cumplía ese plazo, de tal manera que en este trámite también podía consumirse hasta dos o tres meses; sólo cuando en el Tribunal había un Secretario diligente se dictaba la resolución declarando la caducidad de trámite, lo que obligaba al recurrente a presentar la demanda dentro del mismo día en que se le notifica la resolución. El siguiente trámite era la contestación a la demanda por parte del Ministerio Fiscal y de la Abogacía del Estado; en este punto, el plazo de ocho días también se convertía en uno que lo superaba en diez o más veces. El periodo de prueba, que era común para proponer y practicar, podía prolongarse entre diez meses y un año.

Todo ello nos llevaba a un plazo real de aproximadamente dos años. Es decir, que los 54 días legales, se convertían en un periodo no inferior a un año, lo que en los casos de denegación de la suspensión, suponía que al extranjero que había recurrido en busca de la protección jurisdiccional de sus derechos fundamentales, se podía encontrar con el caso no extraño en la realidad de ser expulsado y, con un poco de suerte, haber podido intentar la aventura de entrar en nuestro país en otras numerosas ocasiones o pasar directamente a la clandestinidad y convertirse en un ilegal como consecuencia de un anormal sistema judicial.

2. *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

En este punto, deberemos hacer dos apartados; por un lado, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del 56, cuya vigencia ha expirado, salvo para los procedimientos iniciados antes del día 14 de diciembre de 1.998; y por otro, la nueva Ley que regula esta jurisdicción y que sustituye a la anterior.

a) La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1.956: Poco hay que decir sobre esta ley en lo referente a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, salvo que el procedimiento especial de la Ley 62/78 en lo no regulado, se remite a esta norma y en particular, al referirnos a la pieza de suspensión, aunque el art. 7 de la norma especial es prolija en la tramitación de la pieza, se introduce el matiz de que mientras que en la ley del 56 la regla general es la de rechazar la suspensión, salvo que concurran circunstancias especiales que lo aconsejen, en la ley del 78, la excepción se convierte en norma y la suspensión ha de acordarse, salvo que concurran circunstancias especiales que aconsejen lo contrario. No obstante, no es de extrañar esta ausencia de regulación respecto de la normativa especial referida a los derechos fundamentales, desde el momento en que la ley del 56 es pre-constitucional y no recoge los principios generales que presidieron la redacción de nuestra Carta Magna.

b) La Ley 29/98, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: La nueva ley, que entró en vigor el pasado día 14 de diciembre, ha incorporado el procedimiento para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y lo ha hecho con tres matices a tener en cuenta: uno agilizante de las medidas, otro excluyente del derecho admitido como norma, y el tercero, la introducción de la garantía casacional.

- Medidas cautelarísimas. - Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional ya asumida por algunos Tribunales, el art. 135 de la LJCA establece un trámite ágil para conseguir la suspensión del acto, de tal manera que el «Juez o Tribunal, atendiendo a las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria». Esta medida va referida, no al procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, sino a todos los recursos en

general, sin embargo, sí puede ser aplicada a este procedimiento, lo que agilizará notablemente la obtención del efecto pretendido; en el caso de extranjería, la suspensión de la expulsión de quien lo solicita.

- La suspensión del acto. - Si bien es cierto que la suspensión del acto se ha visto agilizada mediante el procedimiento conocido como de medidas cautelarísimas, al que me he referido anteriormente, sin embargo, la nueva ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ha introducido una variante en la aplicación del derecho, de tal forma que mientras en la ley 62/78 se establecía que la suspensión del acto objeto del recurso se debía acordar siempre « salvo que se justifique la existencia o posibilidad del perjuicio grave para el interés general», la nueva LJCA excluye este principio y lo deja a criterio del Juez o Tribunal para valorar las circunstancias de todos los interesados en el conflicto, de tal manera que sólo «cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» se acordará la medida cautelar, en este caso, la suspensión. Evidentemente, en los supuestos de asilo, está claro que lo que va a condicionar la adopción o no de esta medida vendrá dado por la calificación que el Juez o Tribunal haga de la condición personal del recurrente, es decir, de si considera o no que quien interpone el recurso reúne la condición o no de exiliado político con suficiente claridad; en caso contrario, la suspensión no prosperará y el recurrente será expulsado de España sin que se haya resuelto el recurso.
- Recurso de casación. - En una sentencia polémica para la doctrina, pero tremendamente social, la 188/94, como le caracteriza a su ponente, el que fuera Magistrado del Tribunal Constitucional Vicente Gimeno Sendra, el citado Tribunal consideró que en el procedimiento para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, no habría de tenerse en consideración la cuantía del recurso para aceptarse o no el recurso de casación, sino la naturaleza jurídica del bien jurídico protegido, en este caso, todos los derechos fundamentales tienen que estar abiertos al acceso a la casación.

Esta tesis ha sido asumida por la nueva ley, y el art. 86.2.b) admite el

recurso de casación contra las sentencias dictadas en los procedimientos para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, con independencia de la cuantía del procedimiento. A pesar de todo ello los plazos de tramitación siguen siendo los mismos y los «espacios muertos», producidos por la enorme carga de trabajo de los Juzgados y Tribunales, no se van a ver aliviados pues no existe una concienciación de la urgencia en la tramitación de este tipo de procedimientos ni presión por parte del Poder Judicial para que así se haga, lo que nos lleva a ser pesimistas a la hora de augurar un futuro venturoso a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a través de este procedimiento.

3. *La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*

A pesar de que el art. 2 de la Ley 1/96, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita excluye de su cobertura a los no nacionales de la Unión Europea o a los extranjeros que residan legalmente en nuestro país, lo cierto es que una conciencia social proclive a los extranjeros y una interpretación generosa del art. 4.1 de la Ley de Extranjería, ha permitido que en estos momentos se les conceda el beneficio para litigar como pobres a todas las personas que impugnen la denegación de asilo y soliciten aquél derecho.

Esta ampliación del derecho de asistencia jurídica gratuita a los supuestos de extranjería ha hecho confluír esta ley en la tramitación del proceso para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

En efecto, si ya de por sí la tramitación del recurso contencioso-administrativo nos llevaba a un plazo que ronda los dos años, la previa resolución del expediente de concesión del beneficio citado dilata enormemente esos plazos, de tal manera que a los dos años ya citados se le añaden los seis meses que como plazo medio tarda en resolverse la concesión o denegación del beneficio citado.

Podría considerarse exagerado este plazo, sin embargo, el sistema envesado que crea la Ley 1/96 ha hecho que los distintos estadios por los que ha de pasar una concesión y la dificultad que supone el hecho de que sea un órgano colegiado el que deba decidir, conformen un proceso tremendamente prolongado. Vuelvo a insistir que la experiencia nos permite cifrarlo en un plazo no inferior a seis meses.

A esta prolongación de los plazos habrá que añadir el sistema que ahora se utiliza en algunos Tribunales de esta jurisdicción, de tal manera que cuando la interposición del recurso va acompañada de la petición de la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita, automáticamente se paraliza el trámite hasta que se soluciona la petición de ese derecho.

Esta confluencia normativa y la gestión rígida de algunos Tribunales está originando una situación difícilmente evaluable desde un punto de vista social y humano, pues, puesta en relación la normativa anteriormente expuesta con la Ley de Extranjería a la que nos estamos refiriendo, provoca situaciones de ilegalidad que arrastra a quienes acuden en busca del reconocimiento legal de exiliado, a través de una resolución judicial, a tener que pasar a la clandestinidad pues se arriesgan, en caso contrario, a ser expulsados de inmediato.

Resulta paradójica esta situación si tenemos en cuenta que es el propio sistema judicial quien les hace pasar a la clandestinidad.

4. *La Ley de Extranjería*

Si nos atenemos al contenido del art. 4 de la Ley Orgánica 7/1.985, de 1 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos, los extranjeros en nuestro país gozarían del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, regulado en el art. 24.1 de nuestra Norma Fundamental. Sin embargo, ya ha quedado expuesto que esto no es así.

Hemos de pensar en el número, cada vez mayor, de emigrantes que toman nuestro país como inicio de su paraíso particular, camino de la tierra de promisión que para ellos representa Europa. No voy a entrar en los especiales vínculos y lazos históricos que nos unen con los países hermanos de Latinoamérica, que serían circunstancias coadyuvantes a las razones humanas que nos demandan algo más para quienes por razones políticas o simplemente humanas tienen que emigrar de sus países para huir de la miseria y el hambre, simplemente me referire al derecho que toda persona tiene, sea extranjera o no, a obtener una resolución judicial en un plazo medianamente razonable, que no le fuerce a

tener que pasar a una situación de clandestinidad, como ocurre en nuestro país.

A la vista de lo expuesto, cabe preguntarse: ¿en España existe un procedimiento judicial que dé respuesta a las demandas de justicia social que tienen como punto de mira a los Derechos Humanos?. La respuesta, por triste que parezca, ha de ser rotundamente negativa, de tal manera que aquél procedimiento al que se refiere el art. 53.2 de nuestra Constitución, no ha tenido reflejo material en nuestro sistema procesal contencioso-administrativo, ni siquiera la recomendación del Consejo de Europa para que en todos los países de la Unión se implante un procedimiento que permita a los ciudadanos de la misma contar con un procedimiento monitorio que garantice los principios de preferencia y sumariedad de que habla el art. 53.2 C.E., un procedimiento que en un plazo no superior a diez días haya podido resolver las cuestiones que afecten a los derechos fundamentales de las personas, sean nacionales o extranjeras, procedimiento que, a su vez, cuente con un sistema de medidas cautelares que permitan adoptarse resoluciones en un plazo no superior a tres días, para lo cual debería establecerse un nuevo sistema de designación de Abogado de Oficio que permitiera que en todas las sedes de los Juzgados y Tribunales hubiera un servicio de Abogados de guardia, y un sistema más ágil de concesión del beneficio de asistencia jurídica gratuita que facilite el desarrollo de este nuevo proceso judicial.

IV. ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

En el ámbito penal la regulación de un procedimiento preferente y sumario de protección de los derechos fundamentales, no ha sido objeto de especial entusiasmo, es más, la escasa atención que ha merecido a nivel doctrinal ha sido, incluso, para poner en tela de juicio su necesidad.

La Constitución sólo alude a la naturaleza del órgano que ha de dar la tutela: los jueces, pero no a si se ha de desarrollar en todos los órdenes jurisdiccionales, aunque esto es lo más favorable para su efectividad real.

Los argumentos de quienes lo ponen en entredicho en este orden jurisdiccional, se centran en lo dudoso de que la protección o tutela de un derecho fundamental pueda articularse a través de un proceso penal, que la satisfacción del actor no depende, en este caso, en la misma medida que en otros órdenes jurisdiccionales, de la rapidez con que concluya el proceso.

Su trascendencia práctica ha sido minusvalorada, en base a limitar su ámbito a los delitos de calumnia e injuria que encuentran mejor encaje dentro de la protección civil.

El anteproyecto de la ley orgánica de Protección de los Derechos Fundamentales que el Consejo General del Poder Judicial informó en el año 1.984, excluía de la garantía jurisdiccional al orden penal.

Como forma posible de protección, tan sólo se ha planteado, o al menos únicamente que conozcamos, el establecimiento de un proceso especial preferente y sumario, con las dificultades que implica en un orden jurisdiccional en el que siempre hay muchos derechos fundamentales en juego.

Otra posible forma de protección, cuando la alegación de la violación de un derecho fundamental o libertad pública pudiese ser constitutiva de delito, sería la que tuviera características similares a la que el «habeas corpus» supone respecto del derecho fundamental a la libertad. No estaríamos en este caso ante un verdadero proceso, sino ante un procedimiento, para la adopción de medidas cautelares que impidiesen la continuación de los efectos del delito.

1. *La protección penal en la Ley 62/78*

En este orden jurisdiccional, la ley no creó un nuevo tipo de proceso, sino que partiendo de los existentes en aquél momento –sumario, de urgencia y juicio de faltas–, estableció el enjuiciamiento de los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona por aquellos cauces, suprimiendo la aplicación del sumario ordinario y optando por el sumario de urgencia cuando por la pena señalada al delito concreto, fuese competente para el enjuiciamiento la Audiencia Provincial, con dos particularidades: el plazo común de calificación para todas las partes acusadoras por un lado, y para todas las acusadas por otro, y la proposición de los artículos de previo pronunciamiento en el escrito de calificación, para ser resueltos en la sentencia definitiva.

El cauce procesal a que se remitía en las causas competencia de la Audiencia Provincial, fue sustituido por el Procedimiento Abreviado que, para toda clase de delitos establece un plazo común de calificación. La especialidad fue así suprimida. En lo que se refiere a los artículos de pre-

vio pronunciamiento, han de ser propuestos, al igual que la alegación de vulneración de derechos fundamentales durante la sustanciación del proceso, en el inicio de las sesiones del juicio.

De lo hasta ahora apuntado, ya se desprende la falta de certeza de la vigencia del primer artículo destinado a regular la garantía constitucional penal. En efecto, la remisión a unas normas procesales derogadas, ha de entenderse hecha a las que las han sustituido. La exclusión del sumario ordinario cuando se trata de este tipo de delitos, plantea serios interrogantes, puesto que el art. 779, redactado por ley 7/88, limita taxativamente el ámbito de aplicación del Abreviado a los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años; o con cualesquiera otras de distinta naturaleza, cualquiera que sea su cuantía o duración. El conflicto es claro: ley especial y anterior, frente a ley general y posterior. A esto ha de añadirse los delitos que entran en el ámbito del jurado.

La especialidad prevista en el art. 3, referida al enjuiciamiento de delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico, estriba en la posibilidad de decretar, como una medida cautelar de carácter judicial, el secuestro de la publicación o la prohibición de difusión. Frente al automatismo del secuestro regulado en el art. 816 LECrim., aquí se contempla la medida con carácter facultativo. En este caso, la norma derogada tácitamente es la contenida en la LECrim., derogación tácita, que no explícita.

Las particularidades establecidas en el art. 4, referentes a los delitos de calumnia e injuria, en unos aspectos se han incorporado al C.P.: perdón del ofendido; en otros se contienen normas de idéntico contenido pero de distinto sentido: particularidad de ser semipúblicos los delitos de calumnia o injuria con publicidad en la ley del 78, frente a la regla general del Código Penal que no admite esta excepción a la configuración de la injuria y la calumnia como delitos privados; por último, en lo que se refiere a la indemnización de perjuicios materiales y morales, también está prevista para todo tipo de delitos en el C.P.

El plazo de duración máximo de cuarenta y cinco días desde el inicio de la causa hasta la sentencia, cuando se trate de delitos cometidos mediante la imprenta, y de sesenta días en los demás, no puede ser tomado sino como un punto de referencia de la agilidad y rapidez con que han de sustanciarse estas causas, pues si bien en el primer caso puede ser posible res-

petar ese plazo, no lo es la generalidad de las veces cuando de los restantes delitos se trata, salvo a riesgo de conllevar su impunidad.

2. *Delitos contra los Derechos Fundamentales*

No hay en el C.P. un título que castigue todas las conductas en las que el bien jurídico lesionado es uno de los derechos reconocidos en los arts. 14 a 28 del texto constitucional.

Tampoco todos los derechos fundamentales son un bien jurídico protegido por el C.P.

La rúbrica «Delitos contra la Constitución» del Título XXI del C.P., y dentro de ése, la de los Capítulos IV y V «De los delitos relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria» y «De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales», son sumamente engañosas, puesto que únicamente tipifican determinadas conductas contra derechos fundamentales, en las que el sujeto activo es funcionario público, pero no todas las conductas que un funcionario público puede cometer contra los derechos fundamentales y las libertades públicas, que se encuentran dispersas por todo el C.P. sin entrar en el delito de genocidio, el más atentatorio contra los derechos humanos, que se encuentra en el Título destinado a los delitos contra la comunidad internacional.

Por otro lado, no todas las conductas aquí recogidas son atentatorias contra un derecho fundamental. El Capítulo IV es un auténtico cajón de sastre: junto a normas de protección de derechos y libertades (principio de igualdad), se han recogido delitos cuyo contenido consiste en el abuso de tales derechos y libertades (de asociación, reunión y manifestación) y otros que ninguna relación guardan con ningún derecho fundamental: incumplimiento de la prestación social sustitutoria. El sujeto activo puede ser cualquier persona.

En el segundo de los capítulos mencionados, son más las figuras delictivas que protegen derechos fundamentales: libertad, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, libertad de expresión y asociación. Pero también hay una excepción: la expropiación fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, y una norma penal en blan-

co: impedir el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las leyes, que tanto puede interpretarse en el sentido de equiparación a los derechos fundamentales, pero que también puede llevar a más amplias interpretaciones. El sujeto activo siempre es un funcionario público.

Aún tratándose de delitos atentatorios contra un derecho fundamental y cometidos por un funcionario público, no están recogidas aquí todas las conductas de esta naturaleza. Vamos a tratar de ver qué ha impulsado al legislador penal a considerar que unas modalidades de detenciones atentan contra el derecho a la libertad y otras contra los derechos fundamentales y las libertades públicas, y por qué hay unos delitos contra la inviolabilidad del domicilio y otros contra las garantías constitucionales, y el motivo por el que las torturas y otros delitos contra la integridad moral se encuentran en un título aparte.

Por lo que se refiere a las detenciones ilegales, el único criterio de distinción se encuentra en que las ubicadas dentro del título de delitos contra la Constitución, la privación de libertad tuvo su origen en una causa por delito. Lo mismo hay que decir del allanamiento de morada: en la sistemática del C.P. es un delito contra las garantías constitucionales, cuando la violación tiene su origen en una causa por delito. La consecuencia en ambos casos, es una pena menos rigurosa.

Una vez hemos puesto de manifiesto que los delitos que atentan contra los derechos fundamentales y las libertades públicas no se limitan a los que el C.P. llama delitos contra la Constitución, hay que reiterar que no todos los delitos que allí se recogen conllevan la violación de éstos derechos.

De lo dicho se desprende que la protección jurisdiccional penal de los derechos fundamentales, no habrá de tener en cuenta la ubicación bajo determinado título del C.P., sino que el bien material menoscabado sea uno de los protegidos constitucionalmente en los arts. 14 a 28 C.E.

Otra de las cuestiones es si la protección se debe limitar a los delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos, o si la garantía jurisdiccional abarca los delitos cometidos por particulares. Originariamente, los derechos fundamentales surgen como garantías frente a los poderes públicos; su posición actual preeminente ha de vincular a todas las perso-

nas. La extensión que se hace en otros órdenes jurisdiccionales es aplicable a la garantía penal.

La persecución de todos los delitos que ataquen un derecho fundamental o una libertad recogida en los arts. 14 a 28, se cometan por autoridades, funcionarios o particulares, ha de estar guiada por los principios reconocidos en el art. 53.2 C.E.

3. *Procedimiento preferente y sumario*

Quizá se este el momento de preguntarnos si lo que la Constitución ha querido decir con el proceso especial y sumario de protección de derechos fundamentales conlleva necesariamente el establecimiento de un proceso penal preferente y más rápido que aquellos que se siguen por atentar contra otros bienes jurídicos exentos de esta protección, como sería el derecho de propiedad.

Anteriormente hemos aludido a las privaciones de libertad; su garantía se encuentra en la Ley de Habeas Corpus –más adelante veremos si de la mejor forma posible–, que establece un procedimiento especial y sumario para restablecer el derecho violado, cesando las consecuencias del quebrantamiento del derecho. ¿No será un procedimiento de estas características, pero referido a todos los derechos fundamentales, lo que el constituyente quiso?. La cuestión enlaza con las medidas de protección a la víctima, entre las que deben estar las tendentes a la cesación de los efectos del delito y su retorno a la situación anterior. Ocurre sin embargo, que a la víctima se le ha prestado muy poca atención en todo el proceso penal. La Ley 35/95, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, es un tímido avance en este sentido, aunque limitada al resarcimiento económico*.

La preferencia de unos procesos sobre otros ha sido objeto de críticas, porque al final no se sabe cuál es preferente sobre cual, y porque no se sabe que sucedería de llevarse a rajatabla, en orden a los que no son preferentes desde el punto de vista legislativo.

* Las medidas de la Secretaría de Estado de Asuntos Sociales para luchar contra la violencia doméstica irían también en la línea de protección de derechos de las víctimas y prevención en la comisión de nuevos delitos de la misma naturaleza.

La sumariedad en el proceso penal, por reminiscencias de otros tiempos, todavía produce cierto escalofno. Ninguna de las interpretaciones posibles que en otros órdenes jurisdiccionales se hacen sobre la sumariedad, son trasladables al proceso penal. Aún cuando en aquellos la postura más favorable a la tutela es que el término sumario utilizado por la Constitución, equivale a celeridad, brevedad y rapidez, en el proceso penal no puede pensarse en una acepción distinta, en una limitación del conocimiento del Juez, ni en una sentencia que no produzca efectos de cosa juzgada. La sumariedad no puede producir disminución de las garantías procesales de las partes, ni la plenitud del conocimiento. El fallo tampoco puede limitarse a lo necesario para preservar o restablecer el derecho violado.

La necesidad de un proceso penal ágil, ha llevado a loar la necesidad de un proceso monitorio destinado al enjuiciamiento de delitos castigados con penas pecuniarias y privativas de derechos distintos a la libertad, basado en una conformidad tácita del acusado con el escrito de calificación de la acusación, de forma que el juicio se abriría únicamente en caso de oposición expresa del acusado. La disponibilidad del derecho de defensa no puede llevar más allá de las conformidades expresas, sin que el ahorro de costes económicos para el Estado justifique la merma de garantías del acusado.

Nos encontramos, en suma, con unas peculiaridades propias y exclusivas del proceso penal.

La difícil aplicación del principio de la sumariedad en el proceso penal, en el que, desde el primer momento han de estar debidamente garantizados los derechos del inculcado. La celeridad, que entendemos que es lo que el texto constitucional preconiza, es una exigencia de todo proceso penal, y que en la práctica se ve incumplida, en muchas ocasiones, por innecesarias e ineficaces diligencias de investigación, como si la fase de instrucción fuese un fin en sí misma y no un mero acto preparatorio del juicio.

La ausencia de trámites innecesarios que debería estar presente en todo el proceso penal, falta más por una práctica viciosa que por un defecto legal. En este sentido, con independencia del bien jurídico lesionado por el posible delito, son sumamente criticables las instrucciones saturadas de diligencias de investigación que para nada sirven, salvo, claro está, para dilatar. De forma muy gráfica se ha dicho que las garantías para la persona y la sociedad aumentan con la rapidez del suma-

rio y la amplitud del juicio; por el contrario, disminuyen con los largos sumarios y juicios cortos.

El paradigma del procedimiento preferente y sumario de protección de derechos fundamentales, lo constituye el habeas corpus, y esto es literalmente lo que prevé el art. 53.2 C.E., si bien extendido a todos los derechos fundamentales.

La preferencia del procedimiento de habeas corpus viene determinada en el texto constitucional por la necesidad de inmediatez en la puesta a disposición judicial del detenido; la sumariedad, por la aceleración y por no producir los efectos de la cosa juzgada, ya que el pronunciamiento estimatorio que recaiga no condiciona el contenido de la posterior sentencia o resolución que ponga fin al proceso penal. La limitación del conocimiento que se da en nuestra regulación del habeas corpus, no es una nota esencial, puesto que también podría haber la posibilidad de que el examen de la privación de libertad alcanzase a condiciones no solicitadas.

La finalidad común, es la cesación de una restricción ilícita. Ambos nacen con ocasión de la violación de un derecho fundamental y pertenecen a lo que se viene denominando «amparo judicial ordinario»;

La diferencia entre la previsión del art. 17.4 y la del art. 53.2 C.E., se encuentra en el derecho tutelado; en el primer caso, es específicamente la libertad que no haya sido menoscabada por un Juez, de ahí que su finalidad sea la puesta a disposición judicial; en el segundo, no hay limitación alguna. El habeas corpus guarda, pues, una similar función con el procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 C.E.

Esta configuración de la protección penal guarda indudable relación con las medidas cautelares y de protección a la víctima, que hasta el momento ninguna regulación han tenido, sin que la Ley de Asistencia y Ayuda a la víctima sea más que un plausible pero tímido intento, limitado al resarcimiento y reparación pecuniarios después de dictada sentencia, en que el perjudicado ha de iniciar su reclamación. Sería conveniente que en todos los supuestos previstos en esta norma se llamase al Estado al proceso como parte.

La similitud con dichas medidas se hace especialmente patente en la posibilidad, contemplada en el art. 20.5 C.E., de secuestro de la publicación, grabación u otros medios de información.

4. *Protección de derechos en el proceso penal*

La violación de un derecho fundamental también puede proceder de un órgano judicial; los establecidos en los arts. 24 y 25 tienen carácter procesal y especial incidencia en el proceso penal.

El procedimiento especial y sumario de protección, exige el establecimiento de recursos ágiles. El mayor problema surge por la necesidad de proteger el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Por su importancia, no vamos a resistirnos a hablar de la prisión provisional y de su regulación en la LECrim., como un medio de acallar a la opinión pública. Es necesario que la ley establezca con toda claridad que en delitos castigados con pena de multa y/o arresto de fin de semana, no es posible la prisión provisional. Las discusiones teóricas sobre si la prisión provisional cabe en delitos castigados con pena de multa y la cita aislada de una frase de una STC (66/89) para justificarla, no hacen sino desconocer toda la doctrina constitucional elaborada en torno a los requisitos de la restricción de los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad debería respetarse, posibilitándose únicamente para los delitos castigados con pena grave; su regulación habría de atender a los únicos fines constitucionalmente legítimos: el peligro concreto de huida, de destrucción de pruebas y de comisión de nuevos hechos de la misma gravedad, quedando excluidos el resarcimiento de la sociedad y la prevención general.

Nos queda por referirnos a las garantías que ha de tener la privación judicial de la libertad, en la que un paso muy importante se ha dado con la exigencia legal de previa petición por una parte acusadora; resta el establecimiento de una tramitación ágil para el recurso de apelación contra los autos de prisión, puesto que las normas de la LECrim., relativa a los recursos de apelación en un solo efecto, tienen trámites innecesarios.

Es necesario que desaparezca la artificial polémica sobre si cabe recurso de apelación contra el auto de prisión en el Procedimiento Abreviado. También es necesaria una agilización de los trámites de este recurso en un efecto. La actual regulación, con el emplazamiento y los sucesivos traslados, resulta excesivamente complicada; el plazo máximo de dos meses, desde la llegada del testimonio a la Audiencia, hasta el señalamiento de la

vista, previsto en la LECrim. es exagerado cuando de la restricción de un derecho fundamental se trata.

La agilización del recurso de apelación contra los autos de prisión, podría conseguirse con la expresión de los motivos del recurso en el escrito de interposición y la designación de particulares cuyo testimonio se hubiera de remitir, el traslado de este escrito a las demás partes, para que en un plazo breve pudiesen efectuar alegaciones y pedir la adición de otros particulares, tras lo que se elevaría a la Audiencia que, con o sin vista, debería resolver en el plazo de cinco días. De esta forma, en no más de diez días desde la interposición del recurso, podría estar resuelto. Así, el recurso cumpliría una finalidad semejante a la del habeas corpus en derecho inglés, en que procede contra cualquier privación de libertad, incluidas las decretadas por un Juez.

Mucho se ha hablado de la necesidad de motivar los autos decretando la prisión; la motivación se tiene que referir al caso concreto, no basta con una motivación genérica favorecida por la apariencia de exclusividad que el uso de la informática le pueda dar; lo mismo habría que predicar de los escritos de interposición de recursos: están abundando los escritos que podrán citar una o varias sentencias del T.C., probablemente la 105/95, aludir a Neumeister, Stogmuller y demás conocidos del TEDH, pero que igual valen para una causa que para otra, sin que la alusión de la falta de motivación del auto que impugnan, con independencia de que lo esté o no, pueda esconder la suya. La interposición del recurso no puede convertirse en un trámite formal ni en un motivo para el devengo de honorarios. No basta con la asunción formal de la defensa, ni se cumple la función con presentar escritos. Es necesario algo más.

El mandato constitucional de determinación del plazo máximo de duración de la prisión provisional, para ser cumplido, necesita una adecuación a la duración de penas establecidas en el Código vigente. Ya nos hemos pronunciado anteriormente por excluir de la prisión los delitos castigados con penas menos graves. La dejadez del legislador en este punto, no ha podido ser mayor. Así, con el sistema de equivalencias de la Disposición Transitoria

Decimoprimera, para una pena de arresto de siete a quince fines de semana, se admitiría un periodo de prisión provisional de tres meses; para la de prisión de seis meses a tres años, un año de provisionalidad, y para

penas de más de tres años, el legislador fija el límite en dos años. No es este el plazo razonable, el cumplimiento del mandato del art. 17.4 C.E. sólo es a nivel formal.

En lo que se refiere a la restricción de derechos fundamentales, con carácter instrumental, a nivel de desarrollo legislativo hay que reiterar la insuficiencia con que lo están las intervenciones telefónicas y la ausencia de regulación de las intervenciones corporales. También en este punto hay dejadez por el prelegislador: han transcurrido dos años desde que el máximo intérprete de la Constitución le advirtiera de las consecuencias de su inactividad.

El procedimiento preferente y sumario de protección, en estos casos, podría ser el recurso de apelación en la forma expuesta para la prisión provisional.

5. Algunas consideraciones en torno a la regulación del habeas corpus

Desde el principio no faltaron voces críticas, por entender que la amplitud de causas de inadmisión podía dar al traste con la institución. Después de catorce años de vigencia de la L.O. 6/84, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus, hay puntos que merecen algún comentario.

El primero es el referente a la legitimación. A primera vista, la legitimación para instar el habeas corpus, está establecida de una forma muy amplia: el privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos, Ministerio Fiscal y Defensor del pueblo. En el plano real, los únicos que van a tener conocimiento de la privación de libertad, son los familiares, que cuando de extranjeros se trata, no es frecuente que los haya. En todos estos supuestos, el único que puede instar el habeas corpus es el privado de libertad, que no es probable que sea sabedor del derecho que, al menos a nivel formal, tiene reconocido. Las demás personas que pueden tener conocimiento de la detención ilegal, comenzando por el Abogado, todo lo más que pueden hacer es, con las dificultades que conlleva, poner los hechos en conocimiento del Fiscal.

En lo relativo a la admisión en la regulación legal hay un amplio margen para interpretar las causas de inadmisión. Por un lado, la relativa a la

falta de concurrencia de los requisitos legales ha llevado, en ocasiones, a entender que en la detención por delito ya había causa legal, lo que implica que, sin entrar a ver si hay indicios reales para la imputación, se denegaría la incoación. Sin embargo, el principal problema ha surgido por la creencia generalizada de que la Constitución establecía un plazo de detención gubernativa de setenta y dos horas, olvidando que éste es el plazo máximo, y el normal es el estrictamente necesario.

La discusión sobre la derogación o abrogación del plazo de veinticuatro horas de detención establecido en el art. 496 LECrim. en nada ha favorecido en la protección de la libertad individual.

La concentración de la atención en el plazo máximo, lleva a considerar legal la detención por delito sin la concurrencia, mientras se desarrolla, de una actividad investigadora; pensemos en los supuestos en que se practica la detención y en las primeras veinticuatro o cuarenta y ocho horas, por exceso de trabajo en la comisaria o cuartel o por otros motivos, no se practica más actuación que la lectura de derechos, y sólo después se comienza a «prestar atención» a ese detenido. A primera vista, la situación parece irreal con una Constitución como la nuestra, pero no ha sido así, sin que el bajo porcentaje de casos en que esto ha ocurrido pueda servirnos como justificación.

Esta situación venía avalada también por el C.P. anterior, que sólo castigaba la detención por exceso de tiempo, mediando causa por delito, cuando excedía de setenta y dos horas. Aún cuando la discusión sobre el plazo de detención sigue abierta, un paso importante para la interpretación más favorable al derecho a la libertad, lo ha dado el C.P. del 1.995, que a diferencia del anterior, ya no habla de las setenta y dos horas, sino de violación de los plazos o demás garantías constitucionales.

En lo que se refiere a la jurisdicción competente para conocer del habeas corpus, sentada la interpretación reiterada del T.C. sobre la constitucionalidad de la atribución a la jurisdicción militar de solicitudes relativas, así como sobre la atribución a la jurisdicción militar de los recursos contra actos administrativos sancionados procedentes de las autoridades militares que afecten a los derechos fundamentales –no olvidemos que determinadas sanciones son privativas de libertad–, no podemos dejar de cuestionar si no sería más conforme con el texto constitucional y con el art. 5.4 del CEDH, la atribución a la jurisdicción ordinaria y si, en suma, el tribunal nacional competente al que según el art. 8 de la Declaración Universal de

los Derechos Humanos toda persona tiene derecho a acudir para obtener el amparo contra actos que violen sus derechos fundamentales, no ha de ser un órgano perteneciente a la jurisdicción ordinaria.

En este sentido, los votos particulares emitidos a la STC 113/95, relativa a la constitucionalidad de las normas que atribuyen a la jurisdicción militar el conocimiento de los recursos que se interpongan contra sanciones disciplinarias que afecten al ejercicio de derechos fundamentales señalados en el art. 53.2 y que versan sobre los siguientes puntos:

- La necesidad de que la pretensión de amparo sea conocida por un auténtico tribunal ordinario, con anterioridad a acceder al Tribunal Constitucional.
- Si los Tribunales ordinarios a que se refiere el art. 53.2 C.E. lo son, no en relación con la jurisdicción constitucional, sino con aquellos que estén integrados en una jurisdicción especial.
- Si el ámbito estrictamente castrense que emplea el art. 117.5 C.E. puede tener por objeto los derechos fundamentales.

Si en contra de estos argumentos ha sido declarado constitucional, los razonamientos de quienes así se pronunciaron no permiten negar que haya ningún impedimento en que fuese la jurisdicción ordinaria la competente.

6. *En relación a la privación de libertad a extranjeros por aplicación del art. 26 de la L.O. 7/85*

Muchas han sido las críticas que ha suscitado la privación de libertad para sustanciar un expediente o para proceder a la expulsión.

La regulación legal del internamiento, que tomada en sus estrictos términos es contraria a la Constitución, y así lo entendió el T.C. al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo, al declarar que sólo si se interpretaba en un determinado sentido, el de entender que el internamiento no era una medida que debiera adoptarse siempre que hubiese un expediente de expulsión abierto o se hubiese dictado esta resolución, era conforme a los principios constitucionales.

La citada sentencia interpretativa del T.C. no ha sido suficiente. Por citar algunos ejemplos, baste decir que señala la Circular de la FGE 1/94, que la experiencia ha puesto de manifiesto, y así lo recoge el Defensor del Pueblo, que se dan situaciones anómalas que es preciso corregir, como:

- Internamiento en centros penitenciarios o comisarias de policía.
- Internamientos sucesivos por plazos de cuarenta días, debido a la falta de coordinación entre las propias autoridades administrativas y las judiciales.
- Internamientos por plazo de cuarenta días, no siendo absolutamente imprescindibles.

En una encuesta llevada a cabo por la Sección de Extranjería del Colegio de Abogados de Valencia, entre internos en el Centro de Extranjeros de dicha ciudad, de veintiuna encuestas valoradas, tan sólo tres detenidos sabían el nombre de su Abogado y se comunicaban fluidamente con él; de éstos, dos eran de oficio. En el resto de los casos –se dice–, los Letrados se limitaron a estar presentes, por lo general, uno distinto en cada trámite (lectura de derechos, declaración principal y declaración judicial), y ni siquiera se habían molestado en dar una tarjeta al detenido. Incluso en un caso, se le dijo que se buscara un abogado de pago. En cuanto a la notificación del auto decretando el internamiento, de dieciocho casos, sólo diez tenían una copia o sabían algo de él; de éstos, los encuestadores indican que tuvieran acceso a nueve, de los que, a su juicio, sólo dos valoraron como suficientemente motivados, siendo cuatro un impreso tipo en el que la motivación no varía según el caso. De estos nueve autos, en seis se autorizaba el internamiento por cuarenta días, y en tres, por un periodo menor, generalmente por diez días prorrogables. La exigencia de comunicación previa a la expulsión, se establecía en seis de éstos autos.

Es de esperar que la Proposición de Ley Orgánica de reforma de la L.O. 7/85, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, admitida por el Congreso de los

Diputados, actualmente en trámite de proposición de enmiendas, culmine en una ley que en éste y otros aspectos sea más favorable a los derechos de los extranjeros.

V. ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

1. *Introducción*

Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo. El art. 24 de la C.E. no impone qué vía jurisdiccional han de marcar las leyes para otorgar la tutela judicial. Esta es una cuestión de legalidad ordinaria y cualquier vía sirve siempre que cumpla los requisitos constitucionales establecidos para la administración de justicia. Lo único relevante es que exista esa tutela judicial, con independencia del órgano que la preste en cada caso, como así ha reconocido el T.C. en sentencia 39/1.983, de 17 de mayo.

El ámbito de protección de los derechos y libertades del art. 53.2 C.E. se circunscribe a una doble vía: la ordinaria y la constitucional; en efecto, la sentencia del T.C. 64/1.988, de 12 de abril, circunscribe la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el art. 14 y en la Sección primera del Capítulo segundo, a cualquier ciudadano. Y a la misma conclusión conduce el art. 41.2 de la L.O. del Tribunal Constitucional, según el cual el recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades originadas por disposiciones, actos jurídicos, o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, siendo la doctrina del T.C. desde sus inicios, la admisión del recurso de amparo a favor de quienes sean titulares de derechos fundamentales y libertades públicas, sin limitarlo a los ciudadanos «*strictu sensu*», de suerte que el problema de la titularidad o capacidad de derechos fundamentales y el de la titularidad de la acción de amparo constitucional, aunque teóricamente diferentes, termina desde este punto de vista por confundirse.

2. *El recurso de amparo y el desarrollo insuficiente del art. 53.2 de la C.E.*

El insuficiente desarrollo del art. 53.2 C.E. ha convertido al recurso de amparo en subsidiario pero común y general de última instancia; en efecto, como reconoce el T.C. en sentencias 185/1.990, de 15 de noviembre, 10/1.984, 15/1.986, 110 y 148/1.988 y 22/1.989, la cuestión que origina

este recurso se sitúa en el ámbito de la preocupación ocasionada por la prohibición de que los jueces ordinarios remedien sumariamente indefensiones patentes en el proceso si ya ha recaído sentencia. Y cabe a este respecto señalar que la insuficiencia del desarrollo legislativo del art. 53.2 C.E., al no posibilitar mediante un recurso jurisdiccional previo y sumario, ni mediante la adecuación a la Constitución de las normas procesales, la corrección de esas vulneraciones, convierte al amparo constitucional en un recurso subsidiario pero también común y general de última instancia respecto de todas las vulneraciones en procesos ordinarios que causen indefensión cuando haya recaído sentencia firme.

La falta de un amparo que sea realmente previo y sumario ante los tribunales ordinarios, puede en definitiva repercutir en perjuicio de los particulares afectados. Lo que hace preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable, para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales. En efecto, resulta patente, como ha señalado el T.C. en sentencia 113/1.995, de 6 de julio, que los derechos y libertades constitucionales vinculan a los poderes públicos de toda índole y naturaleza, y que tratándose de órganos jurisdiccionales, esa vinculación significa no sólo un deber de respeto hacia esos derechos y libertades, sino también un deber de tutela. Es decir, un deber de proteger dichos derechos y libertades frente a todo tipo de ataques, pues son los órganos jurisdiccionales, todos los órganos jurisdiccionales, los primeramente encargados de la tutela de dichos derechos y libertades. Por lo que, al disponer el art. 53.2 C.E. que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, lo que el citado precepto impone es un mandato al legislador de regular una vía procesal rápida para la protección de derechos y libertades, y no la de atribuir tal protección a una u otra Jurisdicción.

El art. 53.2 C.E. es garantía de la existencia de ese procedimiento basado en la celeridad de la tutela, pues dada la especial posición que los derechos y libertades fundamentales ocupan en nuestro ordenamiento, en cuanto traducción normativa de la dignidad humana y elemento legitimador de todo poder político, el tiempo de prestación de la tutela judicial, siempre fundamental, como lo demuestra la constitucionalización del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se revela como factor capital del efectivo goce y disfrute de dichos derechos fundamentales. Por tanto, la lectura del art. 53.2 de la C.E. permite entender que la contraposición que en el mismo

se realiza, es entre los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional, pues a los primeros se les encomienda con carácter general la tutela de los derechos y libertades fundamentales, y especialmente a través de un procedimiento caracterizado por la preferencia y la sumariedad, lo que se ha dado en llamar el «amparo judicial ordinario» de los derechos fundamentales, mientras que al Tribunal Constitucional se le otorga a través del recurso de amparo «el amparo constitucional» de dichos derechos y libertades.

En efecto, dada la trascendencia de las libertades y derechos fundamentales consagrados por la C.E., se prevé en el art. 53.2, para su protección, un doble mecanismo jurisdiccional escalonado, principal y general, uno que se atribuye a los tribunales ordinarios, y extraordinario y subsidiario otro, que corresponde al Tribunal Constitucional. El precepto se refiere pues a dos jurisdicciones diferentes: una la del Poder Judicial, que de forma exclusiva y excluyente tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y es por tanto la común y ordinaria, y otra, la del Tribunal Constitucional, cuyo ámbito de actuación o jurisdicción se limita a las garantías constitucionales a través de los procesos que se expresan en el art. 161 de la C.E., y entre ellos, el recurso de amparo, utilizable en su caso para la protección de aquellos derechos cuando entienda el justiciable que no han sido reparados por la jurisdicción ordinaria.

Este desarrollo insuficiente del Art. 53.2 de la CE no se ve realizado por el remedio del Art. 240 de la LOPJ que admite con carácter excepcional el incidente de nulidad de actuaciones fundado en defectos de forma que hubieren causado indefensión o en la incongruencia del fallo siempre que la nulidad por defecto de forma no hubiera sido posible denunciarla antes de recaer la resolución o sentencia que ponga fin al proceso, y en ambos supuestos que no sea susceptible de recurso donde se pueda reparar la indefensión causada. Siendo el Juzgado o Tribunal competente para conocer el incidente el que dictó la sentencia o resolución firme.

3. *Las garantías procesales del art. 53.2 de la Constitución*

Las garantías procesales especiales que establece el art. 53.2 C.E., constituyen un plus de protección judicial en materia de libertades públicas y derechos fundamentales, como así ha recogido la sentencia del T.C. 34/1.989, de 14 de febrero. Ello significa que, sin daño de las exigencias derivadas de los principios de preferencia y sumariedad que según el refe-

rído precepto constitucional caracterizan estos procedimientos especiales, las reglas legales sobre su admisión y tramitación deben interpretarse siempre conforme a aquella finalidad de garantía suplementaria o reforzada, de donde se deduce que una interpretación instintiva o rigorista de las mismas que dificulte más allá de lo razonable el ejercicio de la acción en tales casos, carece de justificación y no puede considerarse conforme a la Constitución.

4. *La tutela de los derechos de la libertad sindical y otros derechos fundamentales en el ámbito laboral.*

4.1. Reflexión previa

La Ley procesal laboral regula esta modalidad procesal como cauce para la protección de los derechos de la libertad sindical y para la tutela de los demás derechos fundamentales y libertades públicas. En efecto, a pesar de la equívoca dicción del Capítulo XI del Título II, del que pudiera extraerse que sólo la libertad sindical está bajo la tutela de dichas normas, lo cierto es que según se desprende del art. 180, se extiende la protección a todos los derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de no discriminación, siempre que tales vulneraciones se den en el ámbito de las relaciones laborales, y cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción social, según se desprende de lo dispuesto en el art. 180 de la Ley rituarial laboral, viniendo así a cumplir dicha norma con las exigencias del art. 53.2 C.E., al establecerse a través de las mismas un procedimiento especial de amparo ordinario, cubriéndose las lagunas existentes tras la promulgación de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales.

Este proceso va a tener por objeto la obtención inmediata del cese y reparación de las conductas lesivas de los derechos fundamentales, impidiendo su utilización cuando se invoque dicha lesión en el ejercicio de acciones de reclamación por despido y por las demás causas de la extinción del contrato de trabajo, las de disfrute de vacaciones, las de materia electoral, las de impugnación de estatutos de los sindicatos o de su modificación y las de impugnación de convenios colectivos, en los que la invocación de la lesión de la libertad sindical u otro derecho fundamental se tramitará con arreglo a las modalidades procesales correspondientes.

4.2. Derecho de opción de procedimientos

Del tenor literal de la normativa y de la interpretación que se ha dado a la misma por el Tribunal Supremo y las diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, se desprende la posibilidad que tiene la parte actora de utilizar el proceso ordinario que regulan los artículos 80 y siguientes de la Ley procesal laboral, o utilizar el proceso especialmente previsto en los arts. 175 y sig. de dicha ley en aquellos supuestos en que se diriman cuestiones que afecten a los derechos fundamentales. Es perfectamente viable que el demandante, a través del proceso ordinario, alegue vulneraciones de derechos constitucionales o inicie la modalidad del proceso especial de tutela de los derechos de la libertad sindical, siempre que la pretensión sea atribuida por la ley a la jurisdicción social.

Únicamente en los casos del art. 182, cuales son las demandas por despido o por otras causas de extinción del contrato de trabajo, las que tengan por objeto pretensiones acerca de disfrute de vacaciones, las de materia electoral y las de impugnación de los estatutos de los sindicatos, así como las de impugnación de un convenio colectivo, se acogerán a la excepción procesal de inadecuación de procedimiento, ya que es voluntad del legislador que dichos litigios se tramiten inexcusablemente por sus respectivas modalidades procesales.

4.3. La finalidad del proceso

El objeto de este procedimiento especial sirve para ver si se dañó de una manera concreta un derecho fundamental o una libertad pública determinada, es decir, a conocer y contrastar exclusivamente la lesión del derecho fundamental invocado, lo que prohíbe la acumulación al mismo de acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión que se basen en fundamentos, en alegaciones diversas distintas a la tutela de los derechos fundamentales, como así ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en sentencia del 18 de noviembre de 1991.

La finalidad del proceso se desprende también del análisis del art. 177.3 y 181 de la ley rituarial, al exigir que las demandas rectoras de este tipo procesal deben reunir además de los requisitos ordinarios, la expresión clara de los hechos que conforman, constituyen o dibujan la vulneración del derecho fundamental alegado, sin que quepan alegaciones o infracciones de otro tipo.

En esta misma línea, el art. 180 de la ley de ritos, fija cual ha de ser el contenido de la sentencia a la que circunscribe a dos posibilidades: una, que se declare la existencia de la vulneración del derecho fundamental alegado, en cuyo caso ordenará el cese inmediato de la conducta del empleador, asociación patronal, administración pública o cualquier otra persona, y la reposición de la situación al momento anterior, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto; y otra, que declare su inexistencia, por entender que no concurren en la conducta del demandado las circunstancias lesivas del derecho fundamental invocado, en cuyo caso se acordará, en su caso, el levantamiento de la suspensión de la decisión o medidas que pudieran haberse acordado.

La sentencia estimatoria de la demanda que declare la vulneración del derecho fundamental, debe contener la correspondiente indemnización, sin que sea necesario probar la existencia de un perjuicio, sino que una vez acreditada la vulneración se presume la existencia del daño.

4.4. Prescripción y caducidad de las acciones

Uno de los problemas técnicos que suscita la regulación de este proceso de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas, es el referente al plazo de interposición de la demanda, donde la declaración contenida en el art. 177.2 remite al general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se declare la lesión, sin solucionar las dudas que al respecto la regulación de la legislación anterior contenía.

La jurisprudencia del T.C. tampoco ha adoptado una solución clarificadora, si bien presenta dos premisas al respecto: una, los derechos fundamentales reconocidos como tales en la Constitución son permanentes e imprescriptibles, sentencia 7/1.983, de 14 de febrero; y otra, que la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales como derechos de la persona, no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica, como para asegurar la protección de los derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos, sentencia 13/1.983, de 23 de febrero.

La falta de una solución clarificadora por parte del T.C. ha conseguido que esta materia no reine de forma pacífica y se adopten posturas divergentes, por lo que a falta de una norma expresa y en aras de evitar que la tutela

pretendida en este proceso quede sin respuesta por el juego de la caducidad y la prescripción, la regla aplicable debe ser la del art. 59 del E.T.

5. *Preferencia, sumariidad y control judicial tardío de los derechos-fundamentales laborales*

La regulación llevada a efecto en la norma procesal laboral de la tutela de los derechos de la libertad sindical y otros derechos fundamentales de esta materia, no es plausible, toda vez que en algunos supuestos desaparecen las garantías procesales que constituyen un plus de protección judicial, en otros casos se deja al margen del orden jurisdiccional social materias propias del mismo, cuyo conocimiento se encomienda a la jurisdicción contencioso-administrativa, y en otros, se vacía los contenidos esenciales de los derechos fundamentales. Aspectos estos a los que me voy a referir.

5.1. El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales. La dualidad jurisdicción

El art. 28.2 de la C.E., que goza por tanto de las garantías previstas por el art. 53.1 y 53.2 C.E., está pendiente de que una ley orgánica lo desarrolle, por lo que el poder público a través de las competencias que le otorga el art. 10.2 del DLRT realiza actos restrictivos de este derecho fundamental, tanto de funcionarios como de trabajadores, siendo por tanto una actividad intervencionista de los poderes públicos en el conflicto de trabajo, lo que al ser convalidado dicho precepto preconstitucional por el T.C. conlleva un control «a posteriori» del marco general y de los límites que han de fijar la intervención administrativa; en definitiva, esta intervención administrativa es sometida al control jurisdiccional posterior de la jurisdicción contencioso-administrativa, que fija los límites del ejercicio del derecho de huelga afectando a la regulación de las relaciones laborales y desvirtuando su desarrollo normal.

No va a ser el parlamento el que determine que actividades o servicios van a ser esenciales para la comunidad, sino la actividad gubernativa a través de un acto político, la que restrinja el derecho fundamental declarando que actividad, empresa o sector es un servicio esencial para a continuación imponer las restricciones al derecho de huelga desarrollando aquél al determinar el nivel de actividad productiva, mediante los decretos de servicios mínimos; situación esta que ha sido permitida por el T.C. por su sentencia 27/1989 de 3 de febrero, lo que ha llevado a permitir un sin fin

de sectores que son reputados como esenciales, extensión de celo ésta que ha llevado a algún gobierno de las Comunidades Autónomas a considerar como esenciales las actividades prestadas por una piscina municipal.

Sin proceder en esta ponencia a un exhaustivo análisis, desde el punto de vista sustantivo del ejercicio de este derecho y de las lesiones que los decretos de servicios mínimos producen en su contenido esencial, diremos que la existencia de estos servicios mínimos impuestos gubernativamente, produce una dualidad jurisdiccional y una lesión de las garantías procesales que el art. 53.2 C.E. impone, al ser la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca sobre las decisiones de imposición de servicios mínimos a través de un procedimiento ordinario, con lo que se vulnera el art. 53.2 citado, al llevarse a efecto un control judicial que se realiza dos años después del desarrollo de la huelga, y que carece de efectos prácticos sobre la misma, con total vulneración de los principios de preferencia y sumariedad que deben tener las normas procesales.

Se hace necesario pues que sea la jurisdicción social la que conozca sobre la impugnación de las normas en la fijación de servicios esenciales, en los supuestos del ejercicio del derecho de huelga, a través de un procedimiento sumario y urgente.

Al atribuir al orden social la competencia sobre esta materia, se garantizaría el contenido esencial del derecho fundamental citado y se evitaría una dualidad jurisdiccional que tal cual esta la regulación actual, atribuye a la jurisdicción social las consecuencias del incumplimiento de los servicios mínimos, al poder el empleador sancionar al trabajador como consecuencia del incumplimiento de dichos servicios con despido, en base a que su conducta constituye un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo. Situación ésta derivada del cauce procesal que se utiliza para tutelar el derecho fundamental de huelga, originando dicho reparto competencial toda una serie de incertidumbres e inconvenientes. En efecto, al margen de otras consideraciones, ya se aceptara o no la existencia de litispendencia, de forma que no cabría revisión del acto de despido en el orden social hasta que no hubiera sentencia firme sobre la legalidad de la impugnación de los decretos de servicios mínimos. E igual situación se produciría si la jurisdicción social conociera el despido bajo la presunción de validez del acto administrativo. O lo que es peor todavía, si una vez firme la sentencia del orden social que declara la procedencia del despido, la jurisdicción contencioso-administrativa declara nula la fijación de servicios mínimos por vaciar de contenido el derecho de huelga.

Esta anómala situación atentatoria del derecho fundamental y de la seguridad jurídica, requiere una regulación en los términos indicados, lo que implica que el orden jurisdiccional social debe valorar tanto la validez del acto de la imposición de mínimos por el poder político, como la decisión empresarial sancionadora, siendo el cauce procesal adecuado el de la tutela de la libertad sindical y de los demás derechos fundamentales.

5.2. Servicios de seguridad y mantenimiento. Problemas procesales

En caso de desacuerdo entre el empleador y el comité de huelga respecto de los servicios de seguridad y mantenimiento y la designación de los trabajadores que tienen que realizar dichos servicios, legitima a ambas partes a pedir la tutela jurisdiccional y a tramitar un proceso laboral con las soluciones de celeridad y urgencia adecuadas a un planteamiento inaplazable que se deduce ante el órgano judicial laboral.

Este carácter preferente y sumario del referido procedimiento judicial choca con la ausencia de su reconocimiento en las normas de procedimiento laboral, lo que impide su operatividad y, en consecuencia, una lesión al contenido esencial del derecho de la huelga y una falta de desarrollo del art. 53.2 C.E.

Falta de desarrollo del art. 53.2 C.E. que no se suple con la utilización del procedimiento del conflicto colectivo, toda vez que a la vista de los plazos de preaviso para el ejercicio del derecho de huelga fijados en el RDLRT, puestos en conexión con los plazos del procedimiento del conflicto colectivo, máximo cuando se hace necesaria la previa conciliación y mediación o la vía administrativa previa, surgen dificultades que desechan su uso ya que la sentencia que se dicte sobre el desacuerdo de los servicios mínimos, se pronunciaría una vez comenzada o incluso terminada la huelga, siendo necesaria que la misma fuera con anterioridad, y no siendo posible la competencia jurisdiccional para resolver desacuerdos en la designación de los servicios respecto de una huelga futura, al no existir el conflicto real en el momento de plantearse la demanda.

6. *Restricción de la tutela judicial efectiva en el derecho a los recursos laborales.*

La efectividad y desarrollo de la tutela judicial efectiva en el Derecho Laboral, exige una modificación de las actuales estructuras y competencias

de las Salas de lo Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional, para convertirlas en una segunda instancia real y efectiva, ya que de no hacerlo así, estamos limitando la tutela judicial y el derecho a los recursos, con la correspondiente lesión del art. 24 C.E. En efecto, dado el carácter cuasi casacional del actual recurso de suplicación y el riesgo de que el mismo se convierta definitivamente en casacional, implica en la práctica que la jurisdicción social sea un orden de una sola instancia, por lo que procede llevar a efecto las reformas legales necesarias para que la segunda instancia laboral se convierta en un proceso de apelación plenario con todas las garantías.

Como es sabido, es doctrina reiterada de nuestros Tribunales el carácter limitativo del recurso de suplicación en cuanto a la modificación de hechos probados, con fundamento en que el Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medio de prueba– para establecer la verdad procesal, intentando su máxima aproximación a la verdad real, y valorando en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba practicada, conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 632 y 659 de la LEC, así como el art. 97.2 del Texto Refundido de la LPL, de manera tal que el recurso de suplicación, dado su carácter extraordinario, el Tribunal Superior de Justicia no puede efectuar una nueva ponderación de la prueba, sino realizar un control de la legalidad de la sentencia recurrida, en la medida que le sea pedido, y sólo de manera excepcional puede hacer uso de la facultad de revisar las conclusiones fácticas, facultad reservada para el caso de que los documentos o pericias citados por el recurrente-art. 191.b) y 193.3 del TRLPL- pongan de manifiesto de manera patente e incuestionable el error en el que el Juzgado «a quo» hubiera podido incurrir, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables. Igualmente resulta inoperante a los efectos de obtener la revisión de hechos probados, la alegación de falta de prueba, que constituye lo que la doctrina ha denominado obstrucción negativa, lo que hará necesario determinar en su momento, a la hora de regular la apelación laboral plena, qué materias puedan ser objeto de la misma, sin que en dicha regulación queden excluidos temas tan importantes como los referentes a movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como en la actualidad sucede con las materias objeto de recurso de suplicación.