

Derechos y libertades

Marc Carrillo López
Víctor Ferreres i Comella

Revisión a cargo de
Jordi Jaria i Manzano

PID_00192104



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

Introducción	7
Objetivos	9
1. La caracterización general del sistema de derechos y libertades	11
1.1. La evolución histórica y la positivización	11
1.2. La sistemática constitucional	14
1.3. La naturaleza jurídica	18
2. El régimen jurídico de los derechos y las libertades	20
2.1. La titularidad de los derechos fundamentales	20
2.1.1. Los extranjeros	20
2.1.2. Las personas jurídicas	27
2.2. La eficacia de los derechos fundamentales	29
2.3. Los criterios de interpretación, la reserva de ley y el límite del contenido esencial	33
3. Las garantías jurisdiccionales (I): la tutela ordinaria de derechos y libertades	38
3.1. Los antecedentes del procedimiento preferente y sumario	38
3.2. La naturaleza jurídica	39
3.2.1. El carácter preferente y sumario	40
3.2.2. El carácter especial	40
3.2.3. La desaparición del requisito de la división entre los vicios de constitucionalidad y de legalidad como condición para accionar el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales	41
3.2.4. La condición de vía judicial previa del recurso preferente y sumario	42
3.3. El ámbito material	42
3.4. Los requisitos procesales	43
3.4.1. El carácter potestativo de los recursos administrativos	43
3.4.2. La competencia jurisdiccional y las cuestiones de legitimación procesal	43
3.4.3. El trámite de admisión previa del recurso, no previsto por la LPJ pero aplicado sobradamente por los Tribunales ordinarios	45
3.4.4. Los elementos objetivos del procedimiento	46
3.5. Las medidas cautelares	48

3.6.	El régimen de los recursos y los efectos de la sentencia	51
4.	Las garantías jurisdiccionales (II): el recurso de amparo.....	52
4.1.	El concepto y la naturaleza del recurso de amparo	52
4.2.	El ámbito material y el objeto del recurso de amparo	54
4.3.	El procedimiento del recurso de amparo	57
4.3.1.	Los actos de los poderes públicos que pueden ser objeto de recurso	57
4.3.2.	La legitimación del recurso de amparo	58
4.3.3.	Los criterios de admisión del recurso de amparo	59
4.4.	Las medidas cautelares	61
4.5.	El efecto de la sentencia constitucional de amparo	62
5.	Las garantías jurisdiccionales (III) y no jurisdiccionales.....	64
5.1.	La protección internacional de los derechos: referencia especial al Convenio Europeo de los Derechos humanos y libertades fundamentales de 1950	64
5.2.	El Defensor del Pueblo	71
6.	La suspensión de derechos y libertades.....	75
6.1.	El Estado de Derecho y la suspensión de garantías	75
6.2.	La suspensión general: los estados excepcionales	77
6.2.1.	Los antecedentes	77
6.2.2.	Las disposiciones comunes a los tres estados excepcionales	78
6.2.3.	El estado de alarma	79
6.2.4.	El estado de excepción	81
6.2.5.	El estado de sitio	85
6.3.	La suspensión individual: el ámbito material y las garantías	88
7.	El principio de igualdad.....	92
7.1.	La caracterización general	92
7.2.	La igualdad en la aplicación de la ley	94
7.3.	La igualdad en la ley	97
7.4.	La igualdad entre hombres y mujeres. La Ley Orgánica 3/2007	103
8.	El derecho a la tutela judicial.....	104
8.1.	El concepto de tutela como derecho y como garantía	104
8.2.	El derecho a la jurisdicción	105
8.3.	El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley	108
8.4.	Las garantías sobre el proceso	110
8.4.1.	El derecho a la defensa y a la asistencia jurídica	111
8.4.2.	El derecho a estar informado de la acusación formulada	112
8.4.3.	El derecho a un proceso público	112
8.4.4.	El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	113

8.4.5.	El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa	114
8.4.6.	Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia	115
8.4.7.	La exclusión del deber de declarar	115
9.	Los derechos del ámbito individual y privado.....	117
9.1.	El derecho a la vida y a la integridad física y moral	117
9.1.1.	La pena de muerte	117
9.1.2.	El aborto	118
9.1.3.	La huelga de hambre	121
9.2.	El derecho a la libertad ideológica y religiosa	122
9.3.	Los derechos a la libertad y a la seguridad (consideración especial al derecho de <i>habeas corpus</i>)	126
9.3.1.	Los supuestos de privación de libertad	127
9.3.2.	Las garantías del detenido	129
9.3.3.	El procedimiento de <i>habeas corpus</i>	131
9.4.	Los derechos de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen	132
9.4.1.	La dignidad de la persona como fundamento del contenido esencial de los derechos de la personalidad	133
9.4.2.	El derecho al honor	134
9.4.3.	El derecho a la intimidad	135
9.4.4.	El derecho a la propia imagen	136
9.5.	Inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y autodeterminación informativa	138
10.	Los derechos de ámbito político y de participación.....	141
10.1.	La libertad de expresión y el derecho a la información	141
10.2.	Los derechos de reunión y de manifestación	146
10.2.1.	Cuestiones previas	146
10.2.2.	El concepto y los tipos de reunión	147
10.2.3.	El régimen jurídico del derecho de reunión	147
10.3.	El derecho de asociación	150
10.4.	El derecho de sufragio	156
10.5.	El derecho de petición	163
11.	Los derechos sociales.....	165
11.1.	La función social del derecho a la propiedad privada	165
11.1.1.	Consideraciones generales	165
11.1.2.	El régimen del derecho a la propiedad	166
11.2.	El derecho a la educación	168
Resumen.....		175
Actividades.....		177

Ejercicios de autoevaluación	177
Solucionario	180
Glosario	181
Bibliografía	183

Introducción

Uno de los elementos más significativos de la Constitución española de 1978 es su catálogo de derechos fundamentales. En este módulo didáctico estudiamos diversos aspectos relacionados con estos derechos.

Los derechos fundamentales son los derechos civiles, políticos y sociales recogidos en la Constitución, protegidos particularmente con respecto a la jurisdicción, y que vinculan a todos los poderes públicos, incluyendo el legislador.

Pero ¿cuando surgieron los derechos fundamentales? ¿Han tenido siempre el mismo contenido material? La Constitución española de 1978 contiene un catálogo amplio y heterogéneo de derechos, de características diversas. ¿Cómo podemos clasificar los derechos? ¿Qué diferencias hay entre unos tipos y otros, y qué consecuencias prácticas se derivan?

¿Quién puede ser titular de derechos fundamentales? ¿Lo son los extranjeros? ¿Y las personas jurídicas? ¿Los derechos tienen eficacia frente a los particulares, o sólo tienen eficacia frente a los poderes públicos? ¿Qué límites definen los diferentes derechos? ¿Cómo pueden identificarse estos límites? ¿Pueden restringirse los derechos? ¿Quién puede hacerlo, y con qué condiciones?

¿Qué vías hay de protección jurisdiccional de los derechos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional? ¿Hay otras instituciones no jurisdiccionales encargadas de velar por los derechos fundamentales de las personas?

¿Pueden ser suspendidos temporalmente los derechos fundamentales? ¿Qué derechos, y en qué condiciones?

Aparte de estas cuestiones de tipo general, que tienen incidencia en todos los derechos, examinamos diferentes derechos en particular. No es posible estudiar todos los derechos que la Constitución protege, ya que eso requiere mucho más espacio del que disponemos en este módulo. Nos limitamos a hacer una selección de los derechos que pueden ser más interesantes.

Hay dos derechos fundamentales que tienen unas características peculiares, que justifican un estudio previo y particularizado:

- el **derecho a la tutela judicial efectiva**,
- el **derecho a la igualdad**.

Lectura recomendada

M. Artola (1986). *Los derechos del hombre*. Madrid: Alianza Editorial.

Los otros derechos que protege la Constitución los dividimos, a efectos clasificadores, en los tres grupos siguientes:

- 1) **Derechos de ámbito individual y privado.**
- 2) **Derechos de ámbito político y de participación.**
- 3) **Derechos sociales.**

De cada ámbito de derechos, estudiamos unos cuantos ejemplos, intentando explorar los problemas centrales que plantean su interpretación y su aplicación.

Objetivos

Los objetivos que se pretende que los estudiantes alcancen con este módulo didáctico son los siguientes:

1. Dominar los elementos de la teoría general de los derechos fundamentales, que son los siguientes:
 - Concepto de derecho fundamental.
 - Origen y evolución histórica de los derechos fundamentales.
 - Clasificación de los derechos fundamentales a partir de la Constitución española de 1978.
 - Titularidad, eficacia y límites de los derechos fundamentales.
 - Garantías jurisdiccionales de los derechos en el ámbito nacional (procedimiento preferente y sumario, procedimiento de amparo constitucional) y en el internacional.
 - Garantías no jurisdiccionales de los derechos, particularmente el Defensor del Pueblo.
 - Suspensión de los derechos fundamentales.
2. Conocer la problemática que presentan diferentes derechos en concreto:
 - Derecho o principio de igualdad.
 - Derecho a la tutela judicial efectiva.
 - Características (ilustradas a través de diferentes derechos en particular) de los derechos de ámbito privado, los derechos de ámbito público y de participación política, y los derechos sociales.

1. La caracterización general del sistema de derechos y libertades

1.1. La evolución histórica y la positivización

El título I de la Constitución española (CE) cumple con uno de los dos **requisitos paradigmáticos** que permiten identificar la existencia de la Constitución en sentido moderno: obviamente, nos referimos a una declaración de derechos y libertades de la persona, que se complementa con un sistema de garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

Observación

El significado de las abreviaturas y las siglas utilizadas en este módulo didáctico se encuentra en el glosario.

El otro requisito es la **división de poderes**, que se plantea en otro módulo de la asignatura.

Ved también

Podéis consultar el módulo "Los órganos constitucionales del Estado" de esta asignatura.

Los derechos y las libertades, tal como han sido reconocidos por los textos constitucionales posteriores a 1945, obedecen, con matices, a la **confluencia de dos tradiciones** que se complementan:

- la del liberalismo, que se concretó en los primeros textos constitucionales modernos y que se desarrolló durante el siglo XIX;
- la del socialismo reformista, que dejó su impronta en el constitucionalismo social y democrático del periodo de entreguerras.

Ved también

Conectándose a la biblioteca de la UOC, podréis consultar directamente los textos de la Constitución española.

En este sentido, la Constitución de 1978 no es una excepción, porque ha incorporado en su texto un conjunto de derechos que pertenecen a generaciones diferentes, pero complementarias.

No puede olvidarse que la Constitución, como norma, no permite diferenciar la exigibilidad jurídica de los derechos en función de su origen histórico.

Los referentes de la CE de 1978

El constitucionalismo americano de los Estados Unidos, el constitucionalismo francés que se inicia en 1789 y la aportación del constitucionalismo alemán de la República de Weimar son los referentes imprescindibles para entender el presente que informa la Constitución española de 1978.

No hay duda de que la Constitución, con sus particularidades y, sobre todo, sus antecedentes históricos, es tributaria de una serie de tradiciones. Aunque los antecedentes más lejanos están vinculados a la historia constitucional británica (*Bill of Rights*, de 13 de febrero de 1689), en realidad la historia constitucional contemporánea de los derechos y las libertades empezó en el momento fundacional de Estados Unidos, con la Declaración de Derechos de Virginia, del 12 de junio de 1776, a la que siguieron la Declaración de Derechos de Massachusetts de 1780 y la propia Declaración de Derechos de la Constitución de la Unión de 1787, consistente en las diez primeras enmiendas al texto, introducidas en 1791.

Paralelamente, en Europa en el marco de la Revolución Francesa, se promulgó la célebre Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 y la posterior, de 24 de junio de 1793. En España, bajo la influencia de los procesos revolucionarios de Francia, se aprobó la Constitución de Cádiz de 1812, que, de una manera muy asistemática, reconoció algunos de los derechos del liberalismo de la primera época.

En esta primera fase de formas de gobierno liberal representativo, el reconocimiento de los derechos respondía a un planteamiento cargado de iusnaturalismo. Los derechos se formulaban como **derechos naturales** y previos a la vida del hombre en sociedad.

El título I de la Constitución francesa de 1791 era lo suficientemente explícito con respecto a eso:

El poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que atente u obstaculice el ejercicio de los derechos naturales y civiles.

El problema en la tradición constitucional de matriz francesa fue que este objetivo nunca se tradujo en normas efectivas porque la Constitución no previó instrumentos para hacer frente a la vulneración de los derechos por parte del legislador.

Al otro lado del Atlántico, el proceso fue esencialmente diferente. Los derechos reconocidos por la Constitución de Estados Unidos, así como el resto del contenido de la norma suprema, pronto fueron objeto de control judicial por parte de los Tribunales ordinarios; el *judicial review* incorporado después de la famosa Sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Marbury contra Madison*, de 1803, permitió la tutela de los derechos y las libertades frente a los excesos del legislador¹.

Por el contrario, en Europa, y especialmente en Francia y su área de influencia, en el siglo XIX, que conoció la **transformación del Estado liberal en Estado democrático** a través del reconocimiento del derecho al sufragio universal y el derecho de asociación, la norma suprema no era la Constitución, sino la ley.



La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 promovida por Francia, a diferencia de la declaración americana, intentó ser universal.

La Constitución francesa

En Francia no estaba previsto el control de constitucionalidad de las leyes.

⁽¹⁾ Los derechos podían ser defendidos ante la jurisdicción.

La positivización de los derechos, es decir, su incorporación al ordenamiento jurídico, no se hacía mediante la Constitución, que entonces aún no era norma directamente aplicable por los Tribunales, sino por la vía del reconocimiento legal, es decir, por una ley del Parlamento. Cuando esta ley no era promulgada, los derechos reconocidos formalmente por la Constitución carecían de eficacia jurídica, es decir, no eran aplicados por los Tribunales.

La República de Weimar

El régimen republicano alemán del periodo comprendido entre noviembre de 1918 y enero de 1933 surgió de la Asamblea Constituyente alemana reunida por primera vez en la ciudad de Weimar. Esta asamblea aprobó una constitución (2 de agosto de 1919), que instauró la República de Weimar, federal, parlamentaria y democrática.

En España la realidad obedecía a este planteamiento, aunque, en ocasiones, fueran vigentes textos constitucionales como la Constitución democrática de 1869, que reconocía un catálogo amplio de derechos. Aunque de hecho, aquí, la fuente principal de derecho era el reglamento administrativo, y esto en materia de derechos suponía la limitación de derechos y libertades más que su reconocimiento.

El constitucionalismo alemán dominó el periodo de entreguerras. La Constitución de Weimar (1919) fue el texto jurídico que incorporó los elementos característicos del concepto de estado social: por un lado, la constitucionalización de los derechos sociales, económicos y culturales, y, por otro, la positivización de los mecanismos jurídicos de intervención del Estado en la economía y la propiedad privada (nacionalizaciones, expropiaciones, etc.) para procurar aunar la libertad con la igualdad. Es evidente que Weimar fue la respuesta al estallido revolucionario soviético de 1917.

En España, años después, la Constitución de 1931 de la Segunda República recogió el espíritu de este constitucionalismo, incorporando todo un sistema de garantías constitucionales de los derechos y las libertades a través del recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Fue entonces cuando la Constitución se convirtió en norma suprema exigible jurídicamente.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las constituciones europeas recogieron la síntesis de estas tradiciones históricas sobre los derechos fundamentales, fortaleciendo los sistemas de garantías en la vía judicial ordinaria.

En algunos casos –como Alemania, España, etc.–, también mediante el recurso especial de amparo ante al Tribunal Constitucional.



La plaza de la Democracia en la ciudad de Weimar, con la estatua ecuestre del gran duque Carlos Augusto de Sajonia-Weimar-Eisenach.

La legislación internacional también ha incorporado garantías procesales para la protección de los derechos fundamentales

A modo de ejemplo, no puede dejar de resaltarse la importancia política de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, aprobada el 10 de diciembre de 1948, y, sobre todo, la importancia jurídica de la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos del Hombre (Roma, 1950).



Sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo.

1.2. La sistemática constitucional

1) Los derechos y los deberes fundamentales

Las Cortes Constituyentes de 1977 en España, optaron por recoger explícitamente en el texto de la Constitución un catálogo amplio de derechos y libertades que representara la **expresión del cambio radical** que la nueva Constitución significaba con respecto al pasado dictatorial anterior.

En este sentido, se rechazó una opción previa promovida por la UCD y por AP, consistente en el hecho de que un único precepto de la Constitución hiciera una remisión general en los textos internacionales en materia de derechos y libertades y, por lo tanto, que la carta de derechos de los españoles estuviera integrada por las normas de derecho internacional aplicadas mediante recepción en España.

La otra opción, avalada por la izquierda parlamentaria (PSOE, PCE-PSUC) y los nacionalistas (PNV y Pacte Democràtic per Catalunya), pretendía dar relevancia especial, teniendo en cuenta el pasado no democrático, a la **existencia de una declaración propia de derechos y libertades** incorporada en la Constitución normativa.

Esta declaración de derechos figura en el largo título I de la Constitución española, elaborado bajo la influencia de referentes comparados, simplemente, como los de las constituciones siguientes:

- La italiana de 1947.
- La ley fundamental alemana de 1949, especialmente en materia de configuración del sistema de garantías jurisdiccionales.
- La portuguesa de 1976, para regular algunos derechos de la persona (por ejemplo, el derecho a la intimidad) o para configurar los límites del uso abusivo de la informática.
- La parte vigente de la Constitución de 1946 de la Cuarta República Francesa en materia de derechos sociales.

Derechos y libertades fundamentales

El título I de la CE es tributario de las diferentes tradiciones jurídicas expuestas en el apartado anterior.

Lectura recomendada

P. Cruz Villalón (1989). "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista española de Derecho Constitucional* (núm. 25).

La sistemática del título I de la CE no ofrece unos criterios indiscutibles de clasificación de los derechos y las libertades en razón de su naturaleza. Sobre los cinco capítulos que integran este título, hay que hacer las precisiones siguientes:

- El capítulo "Derechos y libertades" es la parte más relevante.
- El capítulo primero, "De los españoles y extranjeros", regula las condiciones de ejercicio y reconoce algunos derechos de los extranjeros.
- El capítulo tercero, "De los principios rectores de la política social y económica", no recoge derechos que impliquen la exigibilidad directa ante los tribunales de prestaciones por parte de los poderes públicos.
- El capítulo cuarto regula el sistema de garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales (Defensor del Pueblo).
- El capítulo quinto regula los supuestos de suspensión de los derechos en caso de aplicación del derecho de excepción.



Los derechos fundamentales que recoge la Constitución son los individuales, políticos y sociales.

Los derechos fundamentales recogidos en el capítulo segundo constituyen el eje más importante de los derechos y las libertades del estado democrático.

Son la suma de los derechos de libertad que conforman:

- los **derechos individuales** y del ámbito privado de las personas (derecho a la vida, libertad religiosa, derecho a la intimidad, etc.),
- los **derechos políticos** y de participación (la libertad de expresión, el derecho de sufragio, etc.),
- los **derechos sociales** (libertad sindical y derecho de huelga).

Sin embargo, hay discrepancia entre la doctrina y la jurisprudencia para determinar el alcance de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha considerado que la condición de derechos fundamentales afecta a los reconocidos en el artículo 14 de la Constitución y en la sección 1.^a del capítulo segundo²; para llegar a esta conclusión el Alto Tribunal se ha fundamentado en una interpretación literal y sistemática de la Constitución.

Por el contrario, algunos sectores de la doctrina (P Cruz Villalón, entre otros) han considerado que no hay razones suficientes para excluir de la condición de fundamentales algunos derechos³ de la sección 2.^a del capítulo segundo.

⁽²⁾ Art. 15 a 29 CE, más art. 30 CE, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia.

⁽³⁾ Por ejemplo, el derecho al matrimonio.

En cualquier caso, e independientemente de cuál sea la sección en la que estén recogidos, no hay duda de que todos los derechos del capítulo segundo son exigibles directamente ante la jurisdicción ordinaria.

2) Criterios de clasificación de los derechos

Los criterios de clasificación de los derechos pueden ser de orden diverso, de entre los cuales señalamos los tres siguientes:

a) Seguramente el más operativo es el fundamentado en el **grado de garantías**⁴ de que disfrutaran los derechos y las libertades.

⁽⁴⁾Reguladas en el capítulo cuarto de la CE.

En lo que concierne a este grado de garantías, hay que resaltar que todos los derechos del título I de la Constitución disfrutaban del amparo de la tutela judicial; todos, incluso los que derivan del desarrollo de los principios rectores de la política social y económica, están sometidos a un nivel **determinado de garantías jurisdiccionales**.

Lectura recomendada

J.M. Baño León (1988). "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española". *REDC* (núm. 24). Madrid.

Así, el principio de igualdad del artículo 14 de la CE y los derechos fundamentales y las libertades públicas de la sección 1.^a del capítulo segundo⁵ son los que disponen del grado máximo, en la medida en que, además de la tutela que les proporcionan los Tribunales ordinarios mediante el recurso preferente y sumario, pueden ser objeto –subsidiariamente– del **recurso de amparo** ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso también cubre la objeción de conciencia al servicio militar, recogida en el artículo 30.2 CE).

⁽⁵⁾Art. 15 al 29 CE; art. 30 CE, de la sección 2.^a.

Los de la sección 2.^a del capítulo segundo⁶ disponen de la garantía judicial ordinaria ante los Tribunales. El mismo criterio opera con respecto a los **derechos de los extranjeros** recogidos en el capítulo primero.

⁽⁶⁾Art. 31 a 38 CE.

Solamente los principios del capítulo tercero están sometidos en este sentido a un grado de **garantía mediata**, porque los derechos subjetivos que puedan derivar de los principios rectores de la política social y económica únicamente podrán ser exigibles ante los Tribunales según lo que dispongan las leyes que los desarrollen; es decir, será preciso esperar a la *interpositio legislatoris* para que, si procede, la tutela judicial se haga efectiva⁷.

⁽⁷⁾Por ejemplo, los derechos derivados de la protección del medio ambiente (art. 45.1 CE).

Principios del capítulo tercero

Hay que señalar que de todos modos, si bien no se pueden derivar prestaciones directamente previstas en la Constitución de los derechos incluidos en el capítulo tercero, eso no obsta para que se puedan utilizar en los procesos de control de constitucionalidad de la actividad de los poderes públicos.

b) Un segundo criterio responde a la naturaleza de los derechos, es decir, se fundamenta en la **distinción entre derechos de libertad y de prestación**, muy tradicional y a veces equívoca.

Los **derechos de libertad** son los derechos del primer liberalismo⁸ y los que se reconocen en el estado democrático⁹; la mayoría se encuentran en la sección 1.^a del capítulo segundo de la Constitución.

Por lo que respecta a los **derechos de prestación**, aparecen también en esta sección 1.^{a10}, en la sección 2.^{a11} y, principalmente, en el capítulo 3.^o. Ahora bien, este criterio de clasificación es equívoco, porque separa los derechos y las libertades en un tipo de compartimentos estancos que su naturaleza no admite.

Se trata de un criterio muy esquemático, de hecho **más descriptivo que real**, porque en el marco del estado social y democrático de derecho, la **dimensión social** afecta a todos los derechos en la medida en que, de una manera más o menos directa, con más o menos beligerancia, los poderes públicos promueven acciones prestacionales¹² que pueden ser de naturaleza diversa.

La noción de derecho de prestación va más allá de los derechos calificados tradicionalmente como sociales.

c) El tercer criterio se construye en función del **ámbito de actuación de la persona** y clasifica los derechos de acuerdo con la posición que el individuo tiene con respecto al Estado, que en su tiempo fue teorizada por Jellinek. Esta clasificación es la siguiente:

- **Derechos de ámbito individual y privado de las personas:** derecho a la vida, derechos de la personalidad, derecho a la tutela judicial, derecho a la inviolabilidad del domicilio, etc.
- **Derechos de ámbito político y de participación:** el derecho a la información, el derecho de reunión, el derecho de sufragio, etc.
- **Derechos de ámbito social y económico:** la libertad sindical, el derecho de huelga, los derechos derivados de los principios rectores, etc.

⁽⁸⁾ Libertad de expresión, libertad religiosa, derechos de libertad y seguridad...

⁽⁹⁾ Derecho de asociación, sufragio universal, libertad sindical...

⁽¹⁰⁾ Por ejemplo, el derecho a la enseñanza.

⁽¹¹⁾ Por ejemplo, el derecho a la propiedad privada, el derecho al trabajo, etc.

⁽¹²⁾ Mediante la actividad de fomento, la aprobación de normativa de tutela específica, etc.

1.3. La naturaleza jurídica

Los derechos y las libertades son uno **elemento constitutivo del Estado de Derecho**: una constitución sin una declaración de derechos no es una constitución. Así lo establece el artículo XVI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, todavía vigente en Francia por imperativo del preámbulo de la Constitución de 1958:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a point de constitution¹³.

(13)'Cualquier sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada y en la cual no se haya determinado la separación de poderes, no tiene constitución.'

La Constitución española recoge en el título I el resultado de la **síntesis de la tradición liberal y la tradición socialista** del periodo de entreguerras. Este referente histórico y dogmático cristaliza en la configuración normativa del sistema de derechos y libertades diseñado por este título.

Por lo tanto, estos antecedentes permiten sostener que el reconocimiento de los derechos no supone establecer un simple límite a la actividad de los poderes públicos, que es la concepción que caracterizaba al planteamiento clásico del primer liberalismo.

En el marco de un modelo de estado social y democrático de derecho, los derechos ocupan una posición institucional que supera las visiones reduccionistas del liberalismo de las primeras épocas, en la que los derechos eran vistos únicamente como derechos de libertad con respecto al Estado.

La **evolución** de los derechos se fundamenta en una línea interventora del papel del Estado en los diversos ámbitos individuales y colectivos de la vida de la persona, la **consolidación** de la constitución democrática como norma jurídica suprema y el **aumento de la democracia** en la vida social han ocasionado que los derechos y las libertades, además de mantener su condición de derechos públicos subjetivos, fruto de la tradición liberal heredada, también presenten una **dimensión objetiva e institucional**.

Esta función no opera solamente como limitadora del poder del Estado y de los particulares con el fin de tutelar el estatuto de libertad de la persona, sino también como promotora de los valores constitucionales, razón por la cual el Tribunal Constitucional la ha definido al entender los derechos como:

"Elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, porque ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el estado social de derecho o el estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución"

STC 25/1981.

La faceta subjetiva de los derechos fundamentales los hace exigibles ante los poderes públicos y también con respecto a las relaciones entre particulares. El poder de reacción del que dispone el titular de un derecho no se produce solamente cuando la presunta lesión tiene el origen en un poder público, sino también cuando la autoría de un acto lesivo corresponde a un particular.

La condición de **elementos esenciales de un ordenamiento objetivo** presenta una determinación más difícil. Sin embargo, esta característica plantea la necesidad de entender los derechos fundamentales como un concepto polivalente, porque justamente expresa una realidad de los derechos que supera la concepción liberal clásica.

Por esta razón, como ha expresado J.M. Baño León, los derechos fundamentales no son solamente derechos públicos subjetivos, sino también **instituciones de garantía**¹⁴ o elementos objetivos a los cuales se refiere la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mencionada antes y, finalmente, constituyen un mandato para el legislador que éste tiene que concretar respetando su contenido esencial.

⁽¹⁴⁾Art. 53.1 CE.

La faceta objetiva de los derechos fundamentales se concreta en su condición de fundamento de la legitimación del orden constitucional, lo cual condiciona la actividad de los poderes públicos sometidos a la Constitución.

Los derechos, en su faceta objetiva, se convierten en el límite último para el legislador en el sistema constitucional y, en este sentido, se configuran, particularmente en relación con su contenido esencial, como garantías institucionales en el sentido de Carl Schmitt, es decir, delimitan la actividad legislativa imponiéndose frente al legislador como instituciones inviolables e intangibles.

2. El régimen jurídico de los derechos y las libertades

A continuación tratamos diversos aspectos del régimen jurídico de los derechos fundamentales protegidos en la Constitución española de 1978. Analizaremos quién son los titulares de estos derechos (en particular si lo son los extranjeros y las personas jurídicas), si tienen eficacia frente a los particulares, o sólo frente a los poderes públicos, y qué restricciones pueden imponerse a estos derechos y con qué garantías.

2.1. La titularidad de los derechos fundamentales

2.1.1. Los extranjeros

En las democracias modernas hay una tendencia a que la titularidad de los derechos fundamentales trascienda la distinción en razón de nacionalidad: tanto los nacionales como los extranjeros son reconocidos como titulares de derechos fundamentales. En la medida en que muchos de estos derechos son la expresión constitucional de los denominados **derechos humanos**, es lógico que la distinción entre las personas en razón de nacionalidad pierda importancia cuando se trata de los derechos fundamentales. La universalización de los derechos fundamentales, sin embargo, es limitada en el constitucionalismo comparado, particularmente, en lo que hace referencia al derecho político, que se suele reservar, de alguna manera, a los ciudadanos.

La Constitución establece con carácter general el **régimen de los derechos fundamentales de los extranjeros** y dispone que:

Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la Ley.

Artículo 13.1 CE.

A la regla general establecida por el artículo 13.1, se añade la excepción siguiente:

Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Artículo 13.2 CE.

Lectura recomendada

F. J. Bastida Freijedo; I. Villaverde Menéndez; P. Requejo Rodríguez; M. Á. Presno Linera; B. Aláez Corral; I. Fernández Sarasola (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.

Los derechos fundamentales

En las democracias modernas se tiende a equiparar a los nacionales con los extranjeros a la hora de disfrutar de los derechos fundamentales.

Derechos de los extranjeros

El Estatuto de los extranjeros en materia de derechos y libertades en España se expresa, fundamentalmente, en el artículo 13 de la CE y en LO 4/2000.

Este segundo apartado es el resultado de la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992: antes de esta reforma sólo se preveía la posibilidad de extender a los extranjeros el derecho de **sufragio activo** –el derecho a votar– en las elecciones municipales, pero no el derecho de **sufragio pasivo** –el derecho a ser votado.

El estatuto jurídico de los extranjeros se concreta en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre "derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social" (que deroga la ley anterior en esta materia, la Ley Orgánica 7/1985).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre algunas cuestiones constitucionales relativas a los extranjeros. Con el fin de entender mejor su jurisprudencia, debemos plantear las principales cuestiones controvertidas:

a) De qué libertades y derechos son titulares los extranjeros

En primer lugar, el artículo 13 de la Constitución establece como regla general que los extranjeros disfrutarán en España de las **libertades públicas** que garantiza el título I en los términos que definan los tratados y la ley.

¿Quiere decir esto que los extranjeros sólo son titulares de las libertades públicas (y los derechos fundamentales) que la ley o los tratados decidan reconocer? Según el Tribunal Constitucional, la respuesta es negativa, porque los extranjeros disfrutan de todos los derechos vinculados directamente a la dignidad de la persona (como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica o a la tutela judicial efectiva) en las mismas condiciones de los españoles, mientras que, en los otros, el legislador puede introducir un régimen jurídico específico, siempre que no desnaturalice el derecho.

Libertades de los extranjeros

Según el Tribunal Constitucional el artículo 13 de la CE no tiene que interpretarse en el sentido de que los extranjeros sólo son titulares de los derechos fundamentales que les reconoce la ley (podéis consultar la STC 107/1984).

Con respecto a los derechos no vinculados directamente a la dignidad de la persona, en el caso de los extranjeros, se produce una atribución diferida de un derecho constitucional en unos términos particulares. Por lo tanto, una vez se les reconoce un derecho constitucional en la legislación, los extranjeros también disfrutan de las garantías procedimentales asignadas al derecho en cuestión, particularmente, si es el caso, el procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

b) Excepciones en la regulación diferente o más restrictiva del ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros

El Tribunal Constitucional afirma que hay derechos cuya regulación no puede introducir distinciones entre españoles y extranjeros, porque se trata de derechos tan vinculados directamente a la dignidad humana que no se justifica la introducción de distinciones en razón de la nacionalidad.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional ha distinguido tres grupos de derechos fundamentales:

1) **Derechos de los que gozarán los extranjeros en los mismos términos que los nacionales**¹⁵, ya que están vinculados a la dignidad humana: derechos a la vida, integridad física, intimidad y libertad religiosa.

2) **Derechos que la Constitución reserva exclusivamente a los nacionales**: los derechos de sufragio activo y pasivo, y el derecho de acceso a los cargos públicos del artículo 23, con la única excepción referida a las elecciones municipales.

3) **Derechos de los que tienen que poder disfrutar los extranjeros**, pero no necesariamente en los mismos términos que los nacionales.

c) El límite de las distinciones de los derechos entre españoles y extranjeros

En lo que concierne a los derechos que pueden disfrutar los extranjeros, pero no necesariamente en los mismos términos que los españoles, se plantea el problema de si el legislador es libre de establecer las distinciones que crea convenientes.

Según el Tribunal Constitucional, hay un límite, que es la **necesidad de respetar el contenido esencial del derecho**¹⁶, porque la ley no puede regular el ejercicio del derecho fundamental por parte de los extranjeros en unos términos tan restrictivos que el derecho se desnaturalice.

Ejemplo

No puede castigarse con una pena más leve el asesinato de un extranjero que el asesinato de un español, ya que el derecho a la vida no puede protegerse de una manera diferente en función de la nacionalidad.

⁽¹⁵⁾STC 107/1984.

⁽¹⁶⁾El artículo 53.1 de la CE establece que las leyes que regulen el ejercicio de los derechos y las libertades del capítulo segundo del título I tienen que respetar el contenido esencial.

⁽¹⁷⁾Art. 7 LO 7/1985.

⁽¹⁸⁾Art. 8 LO 7/1985.

Ejemplos de resoluciones del TC en cuanto a limitación de derechos

En la STC 115/1987, el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional, entre otros, un precepto¹⁷ de la Ley Orgánica 7/1985 que sujetaba el derecho de reunión pública de los extranjeros al régimen de autorización administrativa previa, así como otro precepto¹⁸ que permitía al Consejo de Ministros decidir la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas o integradas mayoritariamente por extranjeros, en determinadas condiciones.

El Tribunal Constitucional argumentó que la inexistencia de un deber de pedir autorización previa a la autoridad administrativa forma parte del **contenido esencial del derecho de reunión**¹⁹. De la misma manera consideró que la regla que establece que sólo los Tribunales pueden suspender las actividades de una asociación pertenece al **contenido esencial del derecho de asociación**²⁰.

En consecuencia, los preceptos mencionados de la Ley Orgánica 7/1985 fueron declarados inconstitucionales por establecer una regulación de los derechos de reunión y de asociación que desconocía el contenido esencial de estos derechos.

Por lo tanto, pueden haber **distinciones entre españoles y extranjeros** en lo que concierne a las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales del tercer grupo, pero en ningún caso puede la ley negar a los extranjeros las facultades que integran el contenido esencial del derecho en cuestión.

⁽¹⁹⁾ Como se desprende claramente del artículo 21.1 de la CE.

⁽²⁰⁾ Como evidencia el artículo 22.4 de la CE.

Es importante señalar que la actual Ley Orgánica 4/2000 establece una regulación de los derechos y libertades de los extranjeros que, al menos en el caso de los que residen legalmente en España, los equipara a los españoles en un grado mucho más alto que la antigua ley (la Ley Orgánica 7/1985) a pesar de la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000. Podéis consultar los artículos 3 a 15 de la actual ley (relativos a los derechos sustantivos), así como los artículos 20 a 22 (relativos a las garantías procesales de los derechos), con el fin de comprobar este punto²¹.

⁽²¹⁾ Ved la STC 236/2007, de 7 de noviembre, especialmente las consideraciones sobre los derechos de los extranjeros sin residencia legal en España.

d) El derecho a la igualdad

Un cuarto problema que se plantea es el de si los extranjeros son titulares del derecho a la igualdad²².

⁽²²⁾ Art. 14 de la CE.

El Tribunal Constitucional, en la STC 107/1984, parece negarlo:

"Cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros."

Fundamento jurídico 3.

De todas maneras, la posición del Tribunal Constitucional en este punto no es clara, ya que esta afirmación la hizo en un contexto donde se trataba de decir que el régimen de los derechos y libertades de los extranjeros se encuentra en el artículo 13 de la Constitución, y no en el 14.

A favor de la tesis de que los extranjeros son titulares del derecho a la igualdad, pueden aducirse los argumentos siguientes:

1) El artículo 13 de la Constitución establece de qué derechos fundamentales disfrutaran los extranjeros. Según este artículo, disfrutaran de todos los derechos del título I; la única excepción son los derechos del artículo 23. En consecuencia, el derecho a la igualdad del artículo 14²³ es un derecho que, por imperativo del artículo 13, tiene que reconocerse a los extranjeros.

(23) Art. 14 CE.

Es cierto que el artículo 14 reconoce el **derecho a la igualdad de los españoles**, pero esto no puede interpretarse como una exclusión de los extranjeros en la titularidad del derecho a la igualdad, ya que, si hiciéramos esta interpretación, estaríamos ampliando la lista de excepciones más allá de la única excepción que prevé el artículo 13, es decir, la de los derechos del artículo 23 de la Constitución.

De hecho, éste fue el argumento que utilizó el Tribunal Constitucional para declarar que los extranjeros son titulares del derecho a la libertad de residencia y de circulación, aunque el artículo 19²⁴ de la Constitución, donde se encuentra recogido este derecho, sólo hace referencia a los españoles.

(24) STC 94/1993.

Si este argumento es válido en relación con el derecho del artículo 19, también tiene que serlo con respecto al derecho a la igualdad del artículo 14.

2) Negar que los extranjeros son titulares del derecho a la igualdad y a la no-discriminación, reconocido en el artículo 14 de la Constitución, puede conducir a resultados absurdos como en los supuestos siguientes:

- ¿Puede sostenerse, realmente, que los extranjeros pueden ser discriminados en razón de sexo?
- Si un conjunto de trabajadoras están discriminadas en el trabajo, ¿dirá el Tribunal Constitucional que sólo las que sean españolas pueden alegar **violación del derecho a no sufrir discriminaciones en razón de sexo**, pero que las extranjeras no pueden hacerlo, con el argumento de que estas últimas no son titulares del derecho reconocido en el artículo 14²⁵ de la Constitución?

(25) Art. 14 CE.

Negar que una extranjera tenga derecho a no ser discriminada en razón de sexo aparece como un resultado absurdo valorativamente, pero éste es el efecto de negar que los extranjeros son titulares del derecho a la igualdad.

En la **preocupación legítima** por asegurar que las distinciones legislativas entre españoles y extranjeros sean consideradas como constitucionalmente permitidas, se comete a menudo el error de afirmar que los extranjeros no son titulares del derecho a la igualdad. Se trata de un error por exceso.

Con el fin de asegurar la permisibilidad de las distinciones entre españoles y extranjeros, no hay que afirmar que los extranjeros están excluidos de la protección del artículo 14 de la Constitución. Basta con invocar el artículo 13, que da cobertura para establecer un régimen diferente entre españoles y extranjeros en el ejercicio de los derechos fundamentales²⁶. Pero, no se puede afirmar que los extranjeros no disfrutaran de la protección del artículo 14 de la Constitución. Esto último no es necesario y, además, lleva a resultados absurdos como los que hemos visto.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha reconocido que los extranjeros tienen derecho a la igualdad a la hora de aplicar la ley, que es una de las manifestaciones del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución; pero este reconocimiento sólo es posible si la mención que hace de los españoles no se interpreta en sentido exclusivo.

3) De hecho, podríamos llegar más lejos y sostener que los extranjeros tienen derecho a no ser discriminados, no solamente en razón de sexo, raza, religión, etc., sino también en razón de nacionalidad. Como veremos más adelante, el **derecho a la igualdad** no es el derecho a que no haya distinciones entre las personas, sino el derecho a que las distinciones que se hagan sean razonables.

Por lo tanto, decir que los extranjeros no tienen que ser discriminados en relación con los españoles quiere decir simplemente que las distinciones entre españoles y extranjeros tienen que estar justificadas por razones objetivas.

Existen buenas razones que justifican en muchos casos que los españoles sean tratados de manera diferente a los extranjeros. El derecho a la igualdad garantiza que el legislador se base en estas razones y las explicita si se impugna la ley. Negar a los extranjeros el derecho a no ser discriminados en relación con los españoles equivale a afirmar que la Constitución admite distinciones entre españoles y extranjeros, aunque no sean razonables. Esto no parece una posición aceptable. Que en muchos casos las distinciones sean razonables no quiere decir que lo sean siempre.

(26) *a fortiori* en el ejercicio de derechos no fundamentales.

Ved también

Podéis consultar las STC 150/1994 y 130/1995.

Ejemplo de distinción no razonable

¿Podría la ley establecer, por ejemplo, una velocidad de circulación máxima diferente en las autopistas según que el conductor del vehículo fuera español o extranjero? Aquí no se discute el contenido esencial del derecho de circulación, simplemente se está introduciendo una distinción que no se justifica por razones objetivas.

Ahora bien, una ley como ésta sólo podría considerarse inconstitucional si los extranjeros tuvieran derecho a no ser discriminados en razón de nacionalidad.

4) Finalmente, a los argumentos que acabamos de exponer hay que añadir lo que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a la igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 26.

Teniendo en cuenta la **importancia interpretativa de los Tratados Internacionales** en materia de derechos humanos ratificados por España²⁷, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos constituye un argumento a favor de la tesis según la cual el artículo 14 de la Constitución también protege a los extranjeros de la discriminación.

Actividad

Considerad estos cuatro argumentos y decid qué pensáis al respecto.

Hasta ahora nos hemos preguntado si la Constitución reconoce en los extranjeros el derecho a no ser discriminados. Hemos visto cuatro argumentos para decir que sí. Pues bien, ¿qué establece la Ley Orgánica 4/2000 en materia de igualdad?

Esta ley incluye un importantísimo artículo, el artículo 23, que define en un primer apartado los "actos discriminatorios". Dice así:

"A los efectos de esta Ley, representa discriminación cualquier acto que, directamente o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural"

Después, este artículo enumera un conjunto de supuestos de discriminación, con el fin de ejemplarizar este concepto general (podéis consultar el apartado 2 del artículo 23, letras a) a e). Tiene que tenerse en cuenta que la ley considera la realización de alguno de estos actos discriminatorios como infracción muy grave (54, 1, c) y los castiga con una multa de 6.001 a 60.000 euros (art. 55).

Es conveniente fijarse en dos cosas: en primer lugar, la víctima de la discriminación prevista en el artículo 23 es un extranjero (no un español). En segundo lugar, el motivo por el cual se le discrimina puede ser tanto su condición de



El artículo 26 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconoce a toda persona el derecho a no ser discriminada y prohíbe cualquier tipo de discriminación, sea cual sea la razón

⁽²⁷⁾Art. 10.2 CE.

extranjero (ejemplo: un francés es discriminado porque es francés), como su raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, o convicciones y prácticas religiosas (ejemplo: un extranjero es discriminado porque es de religión musulmana). Este artículo, por lo tanto, no se aplica a aquellos españoles que sean discriminados por su raza, color, etc. (Ejemplo: un español de raza gitana que sea discriminado en razón de su raza no se beneficia del artículo 23). Hasta cierto punto, esto es lógico: se trata de una ley sobre los derechos y libertades de los extranjeros, y es coherente que las normas que esta ley incluye tengan por finalidad proteger a los extranjeros.

El problema, sin embargo, es el siguiente: tenemos que suponer que este artículo 23 no es redundante. Es decir: que incluye una norma, que añade algo nuevo en el ordenamiento jurídico. Y, en efecto, así es: la legislación penal y la legislación administrativa sancionan determinados actos de discriminación, pero no todos los actos. El nuevo artículo 23 tiene un alcance más amplio, gracias a la cláusula general del apartado 1. Ahora bien, ¿puede este alcance más amplio proteger a sólo las víctimas extranjeras? En la medida en que la norma del artículo 23 no "se repite", por decirlo así, en otra ley sancionadora que proteja a los españoles –o a las personas en general– contra la discriminación en razón de raza, religión, etc., parece que hay una discriminación.

A modo de reflexión, podéis preguntaros lo siguiente: ¿no habría sido mejor, con el fin de reaccionar frente el racismo y la xenofobia, haber aprobado, como se ha hecho en otros países, una ley general que definiera los actos discriminatorios contra las personas (sean nacionales o extranjeras) y establecer sanciones y medidas de protección? ¿Os parece correcto que el Derecho antidiscriminatorio se monte sobre la ley de extranjería? ¿Tendría sentido en Estados Unidos, por ejemplo, decir que el problema del racismo es un problema que tiene que tratarse a través de una ley de extranjería (cuando la mayoría de negros son norteamericanos)? ¿No nos tendríamos que acostumbrar a pensar que también nuestros conciudadanos (y no sólo los extranjeros) pueden ser "diferentes" a la mayoría de nosotros y, por lo tanto, pueden ser víctimas de discriminación por su raza, religión, etnia, etc.?

2.1.2. Las personas jurídicas

La Constitución española no incorpora ningún artículo que de una manera explícita resuelva si las personas jurídicas son titulares de los derechos fundamentales con carácter general. El hecho de que las personas jurídicas puedan ser titulares de determinados derechos se desprende fácilmente del mismo texto constitucional en algunos casos.

Así, por ejemplo, se reconocen los **derechos** siguientes:

- Derecho de **libertad de culto**²⁸ de las comunidades religiosas.

⁽²⁸⁾Art. 15.1 CE.

- Derecho de las asociaciones a la **disolución o suspensión**²⁹ de sus actividades sólo por resolución judicial motivada.
- Derecho de las personas jurídicas a la **libertad de creación**³⁰ de centros docentes.
- Derecho de los sindicatos a **formar a confederaciones**³¹.

(29)Art. 22.4 CE.

(30)Art. 27.6 CE.

(31)Art. 28.1 CE.

Todas las personas mencionadas son personas jurídicas.

Ahora bien, en otros casos, la referencia a las personas jurídicas no es explícita, con lo que tendremos que examinar si el derecho en cuestión es de una naturaleza tal que puede reconocerse la titularidad a las personas jurídicas.

En efecto, la Constitución española no contiene un precepto similar al artículo 19.3 de la Ley fundamental alemana, que establece que los derechos fundamentales también rigen para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha considerado que este mismo criterio es válido para España³².

(32)STC 137/1985.

Así, las personas jurídicas pueden ser titulares, entre otros, de los **derechos** siguientes:

- derecho a la **igualdad**³³,
- derecho a la **tutela judicial efectiva**³⁴,
- derecho al **principio de legalidad**³⁵ en materia sancionadora,
- derecho de **propiedad**³⁶.

(33)Art. 14 CE.

(34)Art. 24 CE.

(35)Art. 25 CE.

(36)Art. 33 CE.

En cambio, no tienen los derechos siguientes:

- derecho a la **vida** y a la **integridad física**³⁷,
- derecho a la **seguridad personal**³⁸,
- derecho a recibir **enseñanza básica gratuita**³⁹.

(37)Art. 15 CE.

(38)Art. 17 CE.

(39)Art. 27.4 CE.

Ahora bien, hay otros casos más controvertidos, como los dos siguientes:

- Por lo que respecta al **derecho a la intimidad** de las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional⁴⁰ parece decir que, si bien son titulares del de-

(40)STC 137/1985.

recho a la inviolabilidad del domicilio⁴¹, no lo son del derecho a la intimidad⁴².

⁽⁴¹⁾Art. 18.2 CE.

⁽⁴²⁾Art. 18.1 CE.

- En cuanto al **derecho al honor**, el Tribunal Constitucional⁴³ dice que las personas jurídicas son titulares de este derecho.

⁽⁴³⁾STC 139/1995.

Las **personas jurídicas** no son titulares de todos los derechos fundamentales, sino sólo de los que, por su naturaleza, les resulten aplicables.

2.2. La eficacia de los derechos fundamentales

Uno de los problemas más importantes que la teoría de los derechos fundamentales ha examinado durante las últimas décadas es la eficacia de estos derechos en relación con los particulares. En la génesis histórica de los derechos fundamentales, la pretensión de protección se dirigía hacia el poder público: los individuos eran los titulares de los derechos y el Estado era el sujeto pasivo que estaba obligado a respetarlos. La garantía constitucional de los derechos operaba como un límite de la actuación del Estado.

En relación con la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, hay que tratar tres cuestiones separadamente.

1) Si examinamos la Constitución española, encontramos argumentos para sostener que los derechos fundamentales pueden tener eficacia en las relaciones entre particulares, pero, a la hora de plantear esta cuestión, hay que partir de dos consideraciones previas. Por una parte, la faceta objetiva de los derechos fundamentales, que se proyecta en el conjunto del ordenamiento jurídico y que también afecta, por lo tanto, a la interpretación que hay que dar al alcance de la autonomía de la voluntad. En segundo lugar, hay que notar que los particulares son sujetos de derechos, no como los poderes públicos, de manera que, en realidad, en las relaciones entre particulares, lo que hay es un conflicto entre derechos constitucionales que delimitan mutuamente el contenido constitucional respectivo. A partir de aquí, se tiene que entender la naturaleza de la vinculación de los ciudadanos en la Constitución que establece el artículo 9.1, diferente de la que se predica de los poderes públicos, y el respeto a los derechos de los otros que postula el artículo 10.1. Los derechos fundamentales de los otros operan, en definitiva, como límite al ejercicio de los propios.

Es evidente, pues, que un particular puede violar un derecho fundamental, en la medida en que actúa más allá de los límites previstos por el sistema constitucional, incidiendo en los derechos de otro. Un ejemplo paradigmático de esto es el derecho a la vida⁴⁴. De hecho, la Constitución establece específicamente

Lectura recomendada

Sobre este tema, el libro más completo es de **Juan María Bilbao Ubillos (1997)**. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Reflexión

En el sistema constitucional español, los derechos fundamentales son eficaces en las relaciones entre particulares, como sucede en Alemania, donde se predica la *Drittwirkung der Grundrechte*.

⁽⁴⁴⁾Art. 15 CE.

la función de límite para el ejercicio de los derechos fundamentales que ejercen los derechos de los otros, como es el caso de las libertades de expresión y de información que, de acuerdo con la propia Constitución, tienen por límite:

Los derechos reconocidos en este Título [...], especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la imagen propia y a la protección de la juventud y de la infancia.

Artículo 20.4 CE.

Esto comporta que, según la Constitución, un **ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión por parte de un particular** puede tener como consecuencia la lesión de un derecho fundamental de otro particular, lo que quiere decir que los derechos fundamentales operan como límites de la actuación de los particulares, y no solamente de la de los poderes públicos.

Ahora bien, hay derechos que, por su propia naturaleza, no pueden tener eficacia frente a los particulares. Entre estos **derechos** están los siguientes:

- El derecho a **no ser expropiado**⁴⁵ sin determinadas garantías sólo puede vincular al Estado, porque sólo el Estado puede expropiar.
- El derecho al **principio de legalidad penal**⁴⁶ sólo puede ser violado por un poder público, porque sólo el poder público puede llevar a cabo actos que signifiquen una condena o una sanción de las que habla la Constitución.
- El derecho a la **enseñanza básica gratuita**⁴⁷ sólo tiene por destinatarios a los poderes públicos, porque la escuela privada, que hace pagar a quien quiera recibir sus servicios docentes, no viola la Constitución.

⁽⁴⁵⁾Art. 33.3 CE

⁽⁴⁶⁾Art. 25.1 CE.

⁽⁴⁷⁾Art. 27.4 CE.

En definitiva, la pregunta relativa a si los derechos fundamentales vinculan a los particulares tiene que ser respondida de manera afirmativa, siempre que el derecho de que se trate, por su naturaleza, no implique una contraprestación o una prohibición que sólo pueda ser satisfecha por los poderes públicos. En cualquier caso, la vinculación de los particulares se articulará como un límite al ejercicio de sus propios derechos fundamentales, lo cual modulará el contenido en relación con aquel que se predica de los poderes públicos.

2) Para ver el grado de vinculación de los derechos fundamentales, plantearemos acto seguido dos grupos de casos, en los cuales se encuentra involucrado el **derecho a no ser discriminado** (art. 14 CE).

Reflexión

¿Tienen los derechos fundamentales la misma fuerza en las relaciones entre particulares que en las relaciones entre particular y poder público?

Primer grupo de casos

1. Una pareja formada por un hombre y una mujer quieren alquilar un piso en Barcelona. La propietaria les pregunta si están casados formalmente, y ellos contestan que no⁴⁸. Ante esto, la señora les dice que no puede alquilarles el piso porque considera inmoral que dos personas vivan juntas sin casarse formalmente y no quiere contribuir a un acto inmoral.

¿Puede la pareja acudir a un Juez alegando violación del derecho a no ser discriminado y pedirle que obligue a la señora propietaria a alquilarles su piso?

2. Un hombre solicita ser miembro de un determinado club, pero es rechazado: el club es sólo para mujeres divorciadas⁴⁹.

¿Puede este hombre acudir al Juez y pedirle que obligue al club a admitirlo, ya que la negativa constituye una lesión de su derecho a no ser discriminado en razón de sexo?

3. Dentro de la Iglesia católica, las mujeres no pueden ser sacerdotisas.

¿Podría una mujer católica acudir al Juez y exigir que se suprima esta regla de organización interna de la Iglesia, por ser contraria al artículo 14 de la CE?

(48) Son una pareja de hecho.

(49) La actividad principal del club consiste en organizar discusiones sobre los diferentes problemas de estas mujeres en la sociedad contemporánea.

Seguramente, la mayoría de lectores estará de acuerdo que en ninguno de estos tres casos podría prosperar la pretensión judicial de la persona que alega haber sido discriminada. Pero, ¿por qué llegamos a esta conclusión? Alguien podría decir que si llegamos a esta conclusión es porque el derecho a no ser discriminado no vincula a los particulares. Pero éste sería un razonamiento precipitado.

En efecto, imaginémonos los casos siguientes:

Segundo grupo de casos

4. Un empresario paga salarios más altos por el mismo trabajo a los hombres que a las mujeres.

¿Pueden las mujeres afectadas acudir al Juez invocando su derecho a no ser discriminadas?

5. Un empresario impone en sus contratos de trabajo una cláusula en virtud de la cual si la trabajadora queda embarazada, la relación laboral se extingue.

¿Puede considerarse válida esta cláusula?

En este segundo grupo de casos, está claro que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, hay discriminación por parte del empresario, cuya actuación no es lícita. El **derecho a no ser discriminado en razón de sexo**⁵⁰ vincula al empresario.

(50) Art.14 CE.

Por tanto, no podemos afirmar que la razón por la que negamos fundamento a las pretensiones judiciales del primer grupo de casos (1, 2 y 3) es que el derecho a no ser discriminado no vincula a los particulares. Acabamos de ver dos casos (4 y 5) donde se manifiesta que esta vinculación existe. Entonces, ¿como puede explicarse la diferencia entre un grupo de casos y el otro?

Seguramente la manera más acertada de afrontar esta cuestión exige tener en cuenta que, muy a menudo, el particular (A) que es titular de un derecho fundamental que vincula a otro particular (B) se encuentra en la circunstancia de que este último (B) también puede esgrimir un derecho fundamental para con el primero (A).

En los casos examinados, por ejemplo, el derecho a no ser discriminado entra en conflicto con:

- En el caso 1, el **derecho de propiedad**⁵¹ y la **libertad de conciencia**⁵² de la señora que se niega a alquilar.
- En el caso 2, el **derecho de asociación**⁵³ de las mujeres miembros del club.
- En el caso 3, el **derecho de libertad religiosa**⁵⁴ de los individuos y de las comunidades, que puede aducir la Iglesia católica.
- En los casos 4 y 5, la **libertad de empresa**⁵⁵ que puede esgrimir el empresario que establece salarios diferentes y condiciones especiales que afectan desfavorablemente a las mujeres.

⁽⁵¹⁾Art. 33 CE.

⁽⁵²⁾Art. 16 CE.

⁽⁵³⁾Art. 22 CE.

⁽⁵⁴⁾Art. 16 CE.

⁽⁵⁵⁾Art. 38 CE.

Si en el primer grupo de casos no triunfa la pretensión judicial de quien se siente discriminado, no es porque el derecho del artículo 14 de la CE no vincule a los particulares en estos casos, sino porque en las circunstancias de estos tres casos el derecho de este artículo tiene que ceder ante los contraderechos que los particulares alegan. Se produce una **colisión entre derechos** que se resuelve en contra del derecho a no ser discriminado y a favor de los contraderechos de las otras partes.

En los casos del segundo grupo también se produce una colisión entre derechos fundamentales, pero se resuelve en una dirección opuesta: a favor del derecho a no ser discriminado en razón de sexo y en contra de la libertad de empresa.

Si esto es así, el problema teórico que tenemos que afrontar es la **identificación de los criterios** que permiten justificar la manera como se resuelven los conflictos entre los derechos y los contraderechos de los particulares.

En los casos mencionados, ¿con qué criterios justificaríais la conclusión de que el derecho del artículo 14 de la CE tiene que ceder en el primer grupo de casos pero no en el segundo? Hay una respuesta muy directa en la Constitución⁵⁶ que prohíbe expresamente la discriminación en razón de sexo en el trabajo.

⁽⁵⁶⁾Art. 35.1 CE.

En cualquier caso, se trata de un problema de delimitación mutua entre los derechos fundamentales. En este sentido, el mandato de optimización que supone su reconocimiento constitucional implica que un derecho no puede comportar la desnaturalización de otro, de manera que eso operará como límite para determinar el alcance de un determinado derecho fundamental en las relaciones entre particulares.

Así, en caso de que una asociación esté obligada a aceptar a cualquier miembro que quiera ingresar en ella, esto desnaturalizaría el mismo derecho de asociación, pues las personas no se podrían asociar para determinados fines en la medida en que estarían obligadas a admitir en la asociación a personas que son contrarias a ello o que, sencillamente, se muestran indiferentes. De la misma manera, si la libertad de empresa y la libertad ideológica permitieran un tratamiento diferente en razón de sexo en el mundo laboral, eso implicaría la consagración de la discriminación por este motivo y el vaciamiento de contenido del principio de igualdad en este aspecto.

3) Finalmente, se plantea un problema procedimental. El artículo 41.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) configura el **recurso de amparo** como un mecanismo de protección frente a las violaciones de derechos fundamentales originadas por los poderes públicos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha aceptado que, si un Juez ordinario no da tutela al particular que reclama contra otro particular por la violación de un derecho fundamental, es entonces el mismo Juez, que es poder público, quien viola el derecho, porque los poderes públicos están constitucionalmente obligados a "dar efectividad a los derechos en cuanto a su vigencia en la vida social", con lo que queda abierta la puerta del recurso de amparo⁵⁷.

2.3. Los criterios de interpretación, la reserva de ley y el límite del contenido esencial

Los derechos fundamentales aparecen expresados en disposiciones constitucionales que utilizan **conceptos abstractos** y esencialmente controvertidos: *libertad de expresión, vida, tratos degradantes, intimidad*, etc.

En algunos casos no es fácil determinar qué actos están cubiertos por el concepto abstracto previsto por la disposición constitucional, y cuáles quedan fuera. Los **límites** que definen el tipo de acto protegido o prohibido por la norma constitucional no son siempre claros. Debéis fijaros en estas cuestiones: ¿hasta dónde llega la expresión de ideas? El acto de quemar una bandera nacional en público, ¿constituye un ejemplo de ejercicio de la libertad de expresión? ¿Lo es la publicación de pornografía? ¿El acto de dar dinero a un partido político con el fin de promover una causa determinada?

Reflexión

Cómo puede acudirse en amparo al Tribunal Constitucional cuando se alega violación de derechos fundamentales originada en actos de un particular?

⁽⁵⁷⁾STC 18/1984, de 7 de febrero.

Lesiones de los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional ha permitido que accedan a este tribunal casos en los que la lesión originaria de un derecho fundamental provenga de un particular.

Dejando de lado la dificultad de fijar los límites de los derechos fundamentales, aparece otra: la de determinar cuándo son legítimas las restricciones de estos derechos.

Los derechos fundamentales pueden **entrar en conflicto** con otros derechos fundamentales o con bienes de importancia constitucional, y, ante estos conflictos, tendrán que ponderarse los diferentes derechos y bienes en juego con el fin de encontrar una solución de equilibrio. La solución puede comportar **tener que restringir un derecho fundamental**.

Según el Tribunal Constitucional, la restricción de un derecho fundamental es legítima, ya que los derechos no son absolutos, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

- La restricción tiene que ser adecuada y necesaria con el fin de proteger otro derecho fundamental o un bien de importancia constitucional.

Ejemplo

A la hora de interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales, se presenta el problema de determinar los límites de los derechos y las condiciones que tienen que cumplirse para poder justificar restricciones determinadas de estos derechos.

- Tiene que existir una relación de proporcionalidad entre el grado de restricción del derecho restringido y el peso del derecho o del bien que se trata de proteger con la restricción.

El **juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad** es un juicio controvertido. A veces es el mismo poder constituyente quien ha hecho este juicio y lo ha expresado explícitamente en el texto constitucional.

Así, por ejemplo, cuando la Constitución establece que en caso de **delito flagrante** puede entrarse en el domicilio de una persona sin su consentimiento y sin autorización judicial, el contenido del derecho a la inviolabilidad del domicilio queda delimitado, de manera que el supuesto mencionado está fuera del ámbito constitucionalmente protegido, ante la preferencia del orden público, la seguridad y la protección de los derechos de los demás⁵⁸.

Pero no es frecuente que la Constitución establezca reglas específicas de este tipo. Frente a los **conflictos entre derechos y otros bienes de importancia constitucional**, el intérprete se ve obligado a emitir el juicio de necesidad, adecuación y proporcionalidad.

A causa del carácter abstracto de los conceptos utilizados por la Constitución y de la frecuencia de colisiones entre los diversos derechos y bienes constitucionales, no es extraño que la Constitución apele al legislador democrático para

Lectura recomendada

M. Medina Guerrero (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.

⁽⁵⁸⁾Art. 18.2 CE.

⁽⁵⁹⁾Art. 53.1 CE.

que sea él quien, en principio, se encargue de concretar con reglas más específicas el **contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales y las restricciones** que tengan que imponerse a estos derechos⁵⁹.

La Constitución, en efecto, establece, en relación a los derechos del capítulo II del título I, que:

Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de estos derechos fundamentales (los derechos del capítulo segundo del título I).

Artículo 53.1 CE.

Esta reserva a la ley se justifica porque en un régimen de democracia representativa tiene que ser el legislador elegido por sufragio universal quien establezca la **normativa reguladora**⁶⁰ de una materia de tanta importancia como los derechos fundamentales. El reglamento sólo puede incidir en la regulación del ejercicio de estos derechos en la medida en que sirva como complemento indispensable de la ley por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades de ésta.

⁽⁶⁰⁾STC 83/1984.

Por otro lado, la reserva de ley prevista en el artículo 53.1 de la CE no es una reserva en favor únicamente de la **ley estatal**, sino que también las **Comunidades Autónomas** que tengan competencia legislativa sobre una materia, cuya regulación suponga necesariamente una regulación del ejercicio de los derechos fundamentales, podrán **ejercer esta competencia**, y la reserva de ley se entenderá satisfecha.

El único límite en el ejercicio de la potestad legislativa autonómica, en relación con el desarrollo de los derechos fundamentales en el ámbito de sus competencias materiales, es que no pueden afectar a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales, cuya regulación es competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149.1.1a de la Constitución.

Ved también

Podéis consultar la STC 37/1981 y STC 173/1998.

Además, cuando se trata de los derechos y las libertades reconocidos en la sección 1.ª del capítulo segundo del título I⁶¹, el artículo 81 de la Constitución refuerza la reserva de ley y exige que sea una **Ley Orgánica**⁶² la que regule los aspectos básicos del derecho.

⁽⁶¹⁾Es decir, los derechos reconocidos en los artículos 15 a 29 de la CE.

⁽⁶²⁾Aprobada por mayoría absoluta por el Congreso de los Diputados en una votación final sobre el conjunto del texto.

Según el Tribunal Constitucional⁶³ sólo están reservados en la Ley Orgánica los derechos mencionados (y no todos los del capítulo segundo), y se reserva el desarrollo directo de las normas constitucionales que consagran estos derechos, sin que, por lo tanto, sea necesario que las leyes, que meramente incidan o afecten a los derechos sean leyes orgánicas⁶⁴.

⁽⁶³⁾STC 76/1983.

⁽⁶⁴⁾STC 6/1982.

El artículo 53.1 de la Constitución reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales del capítulo segundo del título I. Además, el artículo 81.1 de la CE reserva a la Ley Orgánica la materia relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que el Tribunal Constitucional ha entendido que son los derechos de la sección 1.ª del capítulo segundo del título I.

La existencia de esta reserva de Ley (y de Ley Orgánica en determinados casos) no quiere decir que los derechos sólo vinculen en la medida en que el legislador haya dictado la correspondiente ley. Pero, para que el derecho pueda ser ejercido con plena normalidad, si es necesario que el legislador haya concretado en una determinada regulación la norma constitucional, la cual es susceptible de concreciones diferentes según cuáles sean las opciones políticas dominantes y las circunstancias históricas vigentes.

Esta intervención concretizadora de la ley no está exenta del control jurisdiccional: el Tribunal Constitucional puede examinar la ley y determinar si es o no constitucional el desarrollo realizado por el legislador.

El contenido esencial del derecho fundamental⁶⁵ es el límite (o uno de los límites) que restringe la autonomía política del legislador a la hora de regular el ejercicio de los derechos fundamentales, y el Tribunal Constitucional tiene que garantizar el respeto a este límite. Ahora bien, la identificación del contenido esencial de los derechos constituye una de las cuestiones más complejas y debatidas.

Eficacia directa de la constitución

La Constitución tiene eficacia directa especialmente en materia de derechos fundamentales, los cuales vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE y STC 15/1982).

⁽⁶⁵⁾Art. 53.1

Según el Tribunal Constitucional, el contenido esencial de un derecho es:

"El conjunto de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por así decirlo"

STC 11/1981.

Contenido esencial de los derechos

Son dos criterios complementarios uno vinculado a la **jurisprudencia de conceptos** (Savigny), y otro, a la **jurisprudencia de intereses** (Ihering).

El Tribunal Constitucional añade:

"Se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección."

STC 11/1981.

La ley puede restringir un derecho si es adecuado y necesario con el fin de garantizar otro derecho u otro bien de suficiente importancia, y siempre que haya proporcionalidad entre el grado de la restricción y la importancia del derecho o el bien que hay que proteger.

En todo caso, sin embargo, no es aceptable una restricción del derecho que haga que la comunidad jurídica relevante (en cada momento histórico) ya no pueda reconocer el derecho que queda después de la restricción como aquello que hasta entonces se consideraba un ejemplo de un derecho determinado.

El **criterio del interés** está vinculado más directamente al criterio de la proporcionalidad: establece que, en todo caso, el interés al servicio del cual está cada derecho fundamental tiene que poder satisfacerse pero toda restricción dificulta la satisfacción de este interés.

Ejemplo

La ley puede restringir el derecho de libertad de expresión, pero si establece un sistema de censura previa, el derecho que resulta ya no puede reconocerse como libertad de expresión.

Criterio de proporcionalidad

Se pretende que las dificultades de satisfacción sean razonables, y eso nos lleva otra vez al criterio de la proporcionalidad.

3. Las garantías jurisdiccionales (I): la tutela ordinaria de derechos y libertades

3.1. Los antecedentes del procedimiento preferente y sumario

La configuración de un régimen democrático en España planteó, desde el inicio, la necesidad de incorporar a la futura Constitución un reconocimiento amplio de derechos y libertades dotados de garantías jurídicas, que aseguraran la tutela ante los órganos que integraban el Poder Judicial.

La referencia inmediata del régimen franquista, caracterizado por la negación sistemática de las libertades, hizo necesario articular **instrumentos jurisdiccionales** que proporcionaran en la ciudadanía vías directas de recurso ante violaciones eventuales de los derechos por parte de los poderes públicos.

El carácter normativo de la Constitución asegurado por la jurisdicción constitucional, dotada de **competencia para entender de los recursos de amparo**,⁶⁶ para proteger extraordinariamente los derechos fundamentales, puso de relieve la importancia que a partir de entonces tuvieron los órganos judiciales ordinarios como sede natural o habitual para garantizar jurídicamente los derechos reconocidos al título I.

La protección por parte de la jurisdicción ordinaria de los derechos y las libertades está regulada en general por las leyes procesales comunes.

Sin embargo, desde el inicio del proceso constituyente se creyó que hacía falta introducir un procedimiento más rápido que permitiera a la ciudadanía obtener la tutela judicial sobre sus derechos lesionados en un periodo de tiempo más corto que el que supone el acceso a la jurisdicción por las vías procesales ordinarias⁶⁷.

Con esta finalidad y como resultado de los acuerdos en materia jurídica establecidos en los Pactos de la Moncloa (otoño de 1977), se aprobó, con carácter de norma provisional, la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (LPJ).

Esta ley era coetánea a la Constitución y, a pesar de la provisionalidad inicial, ha sido norma vigente en lo que concierne a la garantía contencioso-administrativa hasta la promulgación de la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, Regula-

⁽⁶⁶⁾Art. 9.1 y 53.1 CE y la DD.

Lectura recomendada

M. Carrillo (1995). *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

⁽⁶⁷⁾Leyes de enjuiciamiento civil, Ley de la jurisdicción contenciosa administrativa, etc.

dora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA), para cubrir la previsión del artículo 53.2 de la CE a propósito de la vía judicial previa al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional:

Cualquier ciudadano podrá pedir la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección 1.ª del capítulo segundo frente a los Tribunales ordinarios para un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad [...].

El procedimiento de garantía en el ámbito civil previsto por la LPJ ha sido sustituido por un nuevo procedimiento mediante la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, mientras que el procedimiento previsto en el ámbito penal ha sido suprimido por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el campo laboral, el procedimiento preferente y sumario previsto en el artículo 53.2 de la CE se regula en el Real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba la Ley de Procedimiento Laboral.

Los antecedentes de este precepto en el derecho público español pueden encontrarse en el artículo 105 de la Constitución de la Segunda República, donde se hacía remisión a una ley⁶⁸ de organización de "Tribunales de urgencia para hacer efectivo el derecho de amparo de las garantías individuales".

⁽⁶⁸⁾Finalmente no promulgada.

En derecho comparado, el punto de referencia del legislador constituyente ha sido el modelo alemán previsto en la Ley del Tribunal Constitucional Federal, de 3 de febrero de 1971:

Quando la lesión [de un derecho reconocido en la Ley Fundamental de Bonn] pueda ser reparada por la vía jurídica normal, el recurso de amparo no puede ser interpuesto mientras no se haya agotado esta vía jurídica.

Actualmente, hay procedimientos específicos de defensa de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria en los ámbitos contencioso-administrativo, laboral y civil. Por la preeminencia en esta materia, así como por las características procesales específicas que tienen, hay que fijarse especialmente en la LJCA.

En las dos primeras garantías la novedad más importante era la reducción de los plazos que las leyes procesales comunes establecían, mientras que la contencioso-administrativa fue la que aportó las novedades más importantes. Por esta razón, el análisis del régimen jurídico del procedimiento previo de amparo judicial de los derechos y las libertades se centra en esta última garantía.

Lectura recomendada

M. Carrillo (2000). "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: la nueva regulación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". *Cuadernos de Derecho Público* (núm. 7).

3.2. La naturaleza jurídica

Del contenido del artículo 53.2 de la Constitución se deduce que el procedimiento judicial de protección ordinaria de los derechos tiene que ser presidido por los **principios de preferencia y sumariedad**.

Pero, asimismo, si se pretende abordar en su integridad la naturaleza jurídica del recurso de la LJCA, habrá que añadir a estos caracteres la calidad de **recurso especial**, además de su compatibilidad con el recurso contencioso-administrativo ordinario y la posición de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, con respecto al recurso preferente y sumario que se configura como vía judicial previa.

3.2.1. El carácter preferente y sumario

El carácter preferente⁶⁹ del procedimiento establecido en el LJCA supone asignar una posición procesal ventajosa a todas las causas que tengan por objeto la presunta violación de un derecho fundamental. Esta **noción procesal de preferencia** significa que la tramitación del recurso planteado de acuerdo con este procedimiento será siempre anterior a cualquier otro, incluso en el caso de que éste haya sido instado con anterioridad.

⁽⁶⁹⁾Art. 114.3 LJCA.

La sumariedad supone un conocimiento limitado de lo que constituye el objeto del recurso: la protección de los derechos fundamentales ante presuntas violaciones. Asimismo, cabe precisar que la doctrina (Salas y González Pérez, entre otros) coincide en remarcar que la regulación efectiva del procedimiento preferente y sumario en la legislación no da lugar a un verdadero procedimiento sumarial, sino, más bien, a un procedimiento plenario abreviado.

Sumariedad y celeridad

Parece evidente que el legislador ha equiparado la sumariedad con la celeridad cuando en realidad los dos conceptos no son la misma cosa.

3.2.2. El carácter especial

Aunque no es una imposición que se derive de la CE, la LJCA ha mantenido la opción procesal de crear un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, aunque ya existen otros procedimientos especiales en razón del contenido de algunos derechos fundamentales como es el caso del derecho de reunión, el derecho de *habeas corpus*, el derecho de rectificación, el derecho de sufragio.

La singularidad de este procedimiento especial se justifica por la **atribución de un plus de garantía jurisdiccional** que se fundamenta en tres razones básicas:

- 1) Su utilización queda limitada a un **ámbito material definido**, la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas.
- 2) Este procedimiento únicamente puede accionarse cuando se ha producido una **lesión de los derechos fundamentales**.

3) Las innovaciones procedimentales que aportaba la LPJ y que se concretan en las siguientes:

- El carácter optativo de la vía administrativa previa (art. 115.1 LJCA).
- La pasividad de la Administración en ningún caso suspende el procedimiento emprendido por el recurrente (116.4 LJCA).
- La posibilidad de adoptar, en cualquier fase del proceso, las medidas cautelares que sean necesarias (por tanto, tanto las negativas como la suspensión, como las positivas de hacer y de no hacer) para asegurar la efectividad de la sentencia (art. 129.1 LJCA), aunque, a diferencia de lo que preveía la LPJ, ahora no se establece ningún criterio sobre la suspensión del acto administrativo y queda en manos del órgano judicial la plena potestad de valorar de forma circunstancial los intereses en conflicto (art.130.1 LJCA).

3.2.3. La desaparición del requisito de la división entre los vicios de constitucionalidad y de legalidad como condición para accionar el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales

Antes de la entrada en vigor del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales del título V de la LJCA, la relación de compatibilidad y simultaneidad entre el antiguo procedimiento especial de la Ley 62/78 (LPJ) y el procedimiento ordinario de la antigua Ley Jurisdiccional de 1956 (LJCA) era una consecuencia lógica. Es decir, la lesión producida sobre un derecho fundamental a menudo exigía una duplicidad de procedimientos.

La razón de la separación entre los dos procedimientos se fundamentaba en que la vía rápida prevista en la LPJ solamente podía ser invocada cuando el vicio del acto impugnado era de constitucionalidad, mientras que si el recurrente decidía accionar la vía lenta de la LJCA, podía fundamentar el *petitum* de su demanda en cuestiones de constitucionalidad, pero también de legalidad ordinaria. En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS) consideraron que la especificidad del procedimiento de la LPJ se fundamenta en la naturaleza constitucional de su objeto; dicho de otra manera, la línea divisoria que permitía instrumentar este procedimiento pasaba porque el acto o disposición impugnada incidiera sobre aspectos de constitucionalidad y no de simple legalidad ordinaria (SSTC 37/82 y 34/89). Hay que precisar, sin embargo, que la distinción entre una cosa y otra no era siempre sencilla y que en muchas ocasiones la verificación de una acción lesiva sobre aspectos de constitucionalidad obligaba, forzosamente, a analizar también los factores de legalidad ordinaria (por ejemplo, en el caso de los derechos y libertades de los extranjeros).

Lectura recomendada

J.F. López Aguilar (1989). "Problemas en la garantía y protección judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas". *Anuario de Derecho Público de la Universidad de Granada* (núm. 2).

Pues bien, en la nueva regulación del procedimiento especial se han puesto las bases para que la mencionada duplicidad ya no tenga forzosamente que producirse. El recurso contencioso-administrativo es admisible con relación a actos, disposiciones o también frente a presuntos actos (art. 25 LJCA), siempre que tenga como finalidad restablecer o preservar los derechos fundamentales (art. 114.2 LJCA), y la sentencia que se dicte estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto puedan incurrir en cualquier **infracción del ordenamiento jurídico**, incluyendo la desviación de poder (art. 121. 2 LJCA). En la medida en que el parámetro normativo de referencia ya no es únicamente la Constitución sino un concepto más amplio, como es el de ordenamiento jurídico (que incluye lógicamente la ley o cualquier otra disposición general), el recurso en defensa de los derechos fundamentales podrá ser fundamentado de manera simultánea, tanto en razones en vicios de constitucionalidad como también, y si procede, en vicios de legalidad. En el mismo sentido, podemos considerar que avala también este planteamiento lo que prevé el artículo 2.a de la LJCA, según el cual las cuestiones que se susciten sobre la protección de los derechos fundamentales versará –entre otros elementos– sobre actos de carácter reglado de los poderes públicos.

3.2.4. La condición de vía judicial previa del recurso preferente y sumario

La **relación de subsidiariedad** del recurso de amparo constitucional con respecto a la tutela ordinaria o recurso de amparo ordinario atribuye al primero la condición de recurso extraordinario y especialísimo. Esta condición impide que pueda ser considerado una especie de tercera instancia judicial.

Al recurso de amparo constitucional no le corresponde, por lo tanto, la revisión con carácter general de los hechos declarados probados ni el derecho aplicado en la resolución judicial impugnada. La vía previa, el recurso de amparo ordinario, impide acceder directamente al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo constitucional.

La única excepción a esta regla general se produce cuando la presunta violación del derecho fundamental es imputable a órganos legislativos.

Ved también

Podéis consultar el apartado 4 de este módulo.

3.3. El ámbito material

El ámbito material del recurso preferente y sumario lo determina, en principio, el mismo artículo 53.2 de la Constitución. Sin embargo, se plantea la cuestión de saber si esta relación de derechos es excluyente, o bien es susceptible de incluir otros derechos que no tengan el carácter de derechos fundamentales.

Parece evidente que la **naturaleza especial y sumaria del recurso de amparo ordinario** no puede admitir una generalización de su aplicación a todos los derechos y las libertades, porque, de hecho, neutralizaría los efectos de celeridad que el procedimiento quiere asegurar. De una manera limitada, el legislador ordinario ha decidido ampliar la aplicación de este procedimiento al ejercicio del derecho de asilo, los derechos del refugiado, el derecho a la objeción de conciencia, y los derechos y deberes militares.



Manifestación de objetores de conciencia

En relación con otros derechos fundamentales, el procedimiento presenta algunas peculiaridades. Por ejemplo, el *habeas corpus*, como derecho fundamental de libertad, puede ser considerado simultáneamente un procedimiento preferente y sumario por su carácter abreviado, con el fin de permitir la libertad de una persona en caso de detención ilegal.

Este procedimiento también se aplica en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales, de acuerdo con los criterios fijados por el Real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, según el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que permite la tutela, por una vía preferente y sumaria similar, de los derechos de libertad sindical y de las situaciones de discriminación, siempre que en este último supuesto no estén sometidas a la jurisdicción de un procedimiento laboral especial⁷⁰. En el ámbito militar, el procedimiento se aplica por medio de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (art. 518 y 453.3).

Derecho de reunión y derecho de sufragio

Un criterio parecido puede aplicarse a los procedimientos de tutela del derecho de reunión y el derecho de sufragio (en este caso, tanto en lo que concierne a los recursos contra la proclamación de candidatos como a la proclamación de resultados).

⁽⁷⁰⁾ Despidos, prestaciones de la Seguridad Social, etc.

3.4. Los requisitos procesales

A continuación veremos los cuatro aspectos que integran el elemento formal del recurso preferente y sumario.

3.4.1. El carácter potestativo de los recursos administrativos

El procedimiento ordinario contencioso administrativo está precedido obligatoriamente por la necesidad del recurrente de agotar la vía administrativa previa. Por el contrario, como hemos visto anteriormente, la LJCA suprime la obligatoriedad mencionada.

El recurrente puede obviar la presentación de los recursos administrativos de reposición y de alzada⁷¹, y acceder directamente al **recurso jurisdiccional ante los Tribunales**.

⁽⁷¹⁾ Previstos por la Ley 4/1999 de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 107.1)

3.4.2. La competencia jurisdiccional y las cuestiones de legitimación procesal

La **competencia jurisdiccional** de este procedimiento corresponde a los juzgados contencioso-administrativo (art. 8 LJCA), a los juzgados centrales de lo contencioso (art. 9 LJCA) y a las salas de lo contencioso-administrativo de los

Tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas. La atribución competencial sobre los derechos fundamentales no se establece de manera concreta en un órgano judicial (con la excepción de derechos específicos como el derecho de reunión y el derecho de sufragio), sino que el criterio para determinar cuál es el órgano judicial competente ha sido material y también en función del ámbito territorial del acto o disposición objeto del recurso.



El Palacio de Justicia de Barcelona es la sede del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Así, por ejemplo, el artículo 8.b) de la LJCA establece que los juzgados de lo contencioso-administrativo "conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales cuando tengan por objeto la gestión, inspección y recaudación de los tributos y demás ingresos de Derecho Público regulados en la Ley de Haciendas Locales"; mientras que, sobre la misma materia, los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo conocerán sobre "los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado" (art.9.b, LICA); y las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales superiores de justicia de las CC.AA. "conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos de las entidades locales y de las administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los juzgados de lo contencioso-administrativo" (art. 101. a) LJCA).

En consecuencia, y de acuerdo con la nueva configuración del objeto del procedimiento (en el cual pueden ser invocados de manera simultánea vicios de constitucionalidad y de legalidad), es evidente que en los recursos pueden ser sustanciadas cuestiones referidas a la lesión de los derechos fundamentales, sin que la nueva LJCA atribuya a un órgano judicial único la competencia en primera instancia para entender de este recurso.

La **legitimación** o capacidad de llevar a cabo actos procesales con efectos jurídicos es otro de los aspectos del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales que suscita más interés teórico y práctico. El criterio que introduce la LJCA amplía la condición de sujetos legitimados no solamente en los que tengan un interés directo en la causa, sino también en los que puedan manifestar un interés legítimo.

En el primer caso, los titulares del derecho son los únicos que están legitimados, mientras que en el segundo, la legitimación puede extenderse a otras personas que demuestren una relación de causalidad del acto o la disposición impugnados con intereses vinculados al derecho lesionado.

Continuando con los aspectos relacionados con la legitimación procesal, es importante atender a la función del Ministerio Fiscal en este procedimiento. De entrada, hay que subrayar que la Constitución introdujo una concepción que supera el papel tradicional de **acusador público en el proceso penal** para ampliando su ámbito de actuación a la defensa objetiva de la legalidad (art. 126.1 CE).

De acuerdo con este planteamiento, su posición en el procedimiento especial no puede adscribirse *a priori* como parte activa o pasiva; bien al contrario, en función de las características específicas de cada causa, el Ministerio Fiscal tendrá que decidir lo siguiente:

- Si él mismo inicia el procedimiento presentando el recurso, aunque esta posibilidad no puede ser una regla general, porque la LJCA (art. 119) únicamente le atribuye habilitación, una vez formalizada la demanda, a fin de que presente las alegaciones oportunas.
- Si colabora a sostener la pretensión que contiene la demanda presentada por el recurrente afectado por la lesión del derecho.
- Si, por contra, se decide a oponerse a la pretensión del recurrente.

En todo caso, no hay duda de que, del conjunto del ordenamiento jurídico, deriva una posición más beligerante por parte del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos y las libertades, y la Constitución lo reconoce de hecho como una de sus funciones más relevantes. De esta manera se configura como un **órgano ultra partes** que es garante de la legalidad.

El abogado del estado

A su vez, el abogado del Estado queda como letrado de la parte pública.

3.4.3. El trámite de admisión previa del recurso, no previsto por la LPJ pero aplicado sobradamente por los Tribunales ordinarios

La LJCA excluye que la interposición del recurso especial pueda sustanciarse con una simple y genérica invocación al derecho fundamental eventualmente lesionado. En este sentido, el artículo 115.2 de la LJCA establece que:

"En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso".

Sobre la procedencia y la funcionalidad de la admisión previa del recurso, el Tribunal Constitucional ha recordado que prever un procedimiento especial para proteger los derechos y las libertades no comporta la disponibilidad libre e indiscriminada de usarlo. Por esta razón, es condición necesaria que se fundamente jurídicamente en una cesión sobre un derecho fundamental.

En este sentido, si como consecuencia de la ausencia de cimentación o por su insuficiencia, el Tribunal no admite un recurso, el derecho a la tutela judicial no puede considerarse vulnerado automáticamente si la decisión del órgano judicial es razonada en términos de derecho.

Pues bien, a partir de este presupuesto, la experiencia que aporta la jurisprudencia de los Tribunales ordinarios permite establecer una serie de **criterios de relevancia notable** sobre los requisitos para admitir el recurso.

Estos criterios de la doctrina jurisprudencial pueden sintetizarse de la manera siguiente:

a) Es necesario que el **acto o la disposición impugnados** produzcan una lesión sobre un derecho fundamental.

b) Las **cuestiones referidas únicamente a problemas de legalidad ordinaria** quedan excluidas de este procedimiento.

c) La **resolución de inadmisión**⁷² no supone una vulneración del derecho a la tutela judicial ni tampoco una sanción al recurrente. Igualmente el Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que una decisión de inadmisión podrá ser lesiva del derecho a la tutela cuando sea arbitraria.

⁽⁷²⁾STC 11/1982, 68/1983 y 126/1984, entre otros.

Ejemplos de lesión del derecho de tutela a causa de la arbitrariedad de la inadmisión

- Cuando se estime inaplicable un procedimiento que sí que lo era.
- Cuando se haya producido un error patente.
- Cuando la normativa procesal no se haya interpretado en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental.

d) La **argumentación jurídica del recurso** no puede quedar reducida a la simple invocación formal del derecho lesionado.

e) La **inadmisión del recurso** no puede ser consecuencia de rigideces formales por parte del órgano juzgador; así, por ejemplo, en caso de duda sobre la admisión del recurso conviene, que el Tribunal ordinario opte siempre por una resolución favorable, ya que siempre habrá tiempo para que pueda verificarse posteriormente.

f) Finalmente, el hecho de que un Tribunal se declare incompetente sobre el recurso planteado no significa que este último haya sido inadmitido.

3.4.4. Los elementos objetivos del procedimiento

El artículo 53.2 de la Constitución no determina cuál tiene que ser el objeto del recurso. A su vez, el artículo 43.1 de la LOTC, que regula el procedimiento del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en caso de violación de derechos fundamentales por parte de órganos ejecutivos, establece que el recurso podrá interponerse:

- contra disposiciones normativas,
- contra actos jurídicos,

Lectura recomendada

J. García Morillo (1993). *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- o simple vía de hecho (inacción u omisión) de los poderes públicos.

Una vez más, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷³ ha definido el criterio a aplicar considerando, acertadamente, que lo que es posible plantear mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional también tiene que serlo para recurrir, en la medida en que es una vía previa, a los Tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas en demanda de tutela de los derechos fundamentales.

(73)STC 31/1984.

En el ámbito contencioso administrativo, el artículo 2.a) de la LJCA establece que esta jurisdicción conocerá de las cuestiones que le sean suscitadas con relación a "la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes (...)". Asimismo, cuando en el artículo 25 define la actividad administrativa impugnada, el objeto del recurso descrito se expresa en cuatro modalidades:

1) Contra las disposiciones de carácter general.

2) Contra los actos expesos y presuntos que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite; en este último supuesto, el recurso procederá plantearse si se da alguno de estos requisitos:

- Si el acto de trámite decide directa o indirectamente el fondo del asunto.
- Si determina la no continuación del procedimiento.
- Si produce indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

3) Contra la inactividad de la Administración.

4) Contra las actuaciones administrativas materiales que constituyan vía de hecho.

Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, el artículo 26 del LJCA establece que también será admisible el recurso planteado contra actos que se produzcan en aplicación de estas disposiciones, argumentando que éstas no son conformes a derecho; y en el caso de que la impugnación directa no se hubiera producido o hubiera sido desestimada, esta circunstancia no será obstáculo para impugnar los actos de aplicación, porque la disposición general es contraria a derecho.

La *vis expansiva* del recurso preferente y sumario, también sobre la denominada **vía de hecho de los poderes públicos**, resulta necesaria y lógica en un marco como el del estado social y democrático de derecho, caracterizado por la penetración constante de los poderes públicos, especialmente los órganos administrativos, en los diversos ámbitos del tejido social.

La omnipresencia de este nuevo *Leviatán* que es la Administración ha supuesto multiplicar órganos públicos y, como consecuencia, también disposiciones y actos administrativos reguladores de materias de naturaleza diversa, entre los cuales destacan actos materiales e inacciones administrativas que pueden resultar lesivas sobre los derechos fundamentales de las personas.

No debemos olvidar, en este sentido, que la Administración se ha vuelto gestora y responsable de un abanico amplio de servicios públicos atribuidos al estado social. Esta circunstancia ha aumentado la actividad de los poderes públicos con trascendencia jurídica y, por lo tanto, ha hecho más necesario **controlar su actividad**, no sólo cuando actúan de una manera expresa sino también cuando, teniendo la obligación de hacerlo, no lo hacen.

Con esta misma lógica la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha defendido mayoritariamente que los **actos administrativos** objeto de recurso no solamente sean los que, obviamente, son definitivos, sino que no excluye que también puedan serlo los **actos de trámite**, siempre que de su contenido pueda derivar la lesión de un derecho fundamental⁷⁴.

(74) STS 29/7/1983 y 9/2/1988.

3.5. Las medidas cautelares

El establecimiento de la suspensión del acto administrativo impugnado como regla general de aplicación, y no como excepción, fue la innovación más relevante que la Ley 62/78 introdujo con respecto a la regulación de esta medida cautelar. Este criterio ha desaparecido en la nueva LJCA, ya que las medidas cautelares que pueda tomar el órgano judicial para asegurar la efectividad de la sentencia tendrán que decidirse: "previa valoración de todos los intereses en conflicto... únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso" (art. 130.1).

Es decir, ahora ya no existe una regla general –en principio– favorable a la suspensión cautelar, sino que se atribuye al Juez un margen de decisión más amplio para decidir al respecto, tanto para suspender el acto impugnado como también –y ésta es una novedad importante– para tomar otros tipos de medidas que la LJCA no concreta en su modalidad:

"Los interesados podrán solicitar a cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia" (art. 129.1)

La suspensión es una medida cautelar para garantizar la efectividad de la decisión final del órgano jurisdiccional. Se trata de un procedimiento que tiene carácter jurisdiccional, urgente y perentorio, provisional e instrumental, y la decisión de aplicarlo corresponde a la ponderación pertinente que los órganos jurisdiccionales ordinarios tienen que hacer sobre la procedencia de la suspensión del acto o la disposición impugnados para proteger mejor los derechos y los intereses en juego.

Las reglas de interpretación que los órganos jurisdiccionales ordinarios acostumbran a utilizar para resolver el contenido del auto de suspensión giran en torno a la adecuada ponderación entre los **criterios** siguientes:

- a) El *periculum in mora*, que obliga a verificar si existe peligro de una lesión irreversible de los derechos afectados por el objeto de la impugnación, como consecuencia del transcurso del tiempo, desde que se presenta el recurso hasta que se resuelve.
- b) El *fumus boni iuris*, que, asimismo, obliga a verificar si el contenido del recurso presenta indicios o apariencia de buen derecho, es decir, que el recurso presentado no contiene una pretensión temeraria.
- c) La **cláusula de interés público**, que siempre tiene que ser evaluada por el órgano juzgador con el objetivo de preservar los intereses generales que, como consecuencia de la suspensión acordada, pudieran resultar afectados negativamente de una manera desproporcionada en relación con el derecho que se pretende tutelar.

La adopción *ad cautelam* de la suspensión del acto o disposición administrativa impugnados ha sido –históricamente– la única modalidad específica que el contencioso administrativo ha previsto. Sin embargo, con la nueva Ley 29/1998, parece que se abre una esperanza favorable a las medidas positivas de hacer y de no hacer. En otros ordenamientos jurídicos extranjeros también se prevén medidas cautelares de carácter positivo, que permiten afrontar las lesiones de derechos fundamentales producidas por la **vía de la omisión o de la inactividad de los poderes públicos**. Éste es el caso, entre otros, del *referé* y el *constat d'urgence* en Francia, o las órdenes provisionales de carácter judicial en Alemania.

El *referé* tiene la finalidad de garantizar bienes jurídicos objeto de litigio frente al retraso procesal; el *constat d'urgence* es un procedimiento simple y limitado, puesto en marcha por razones de urgencia con la finalidad de impedir que, a causa del transcurso del tiempo, una parte pueda resultar perjudicada.

Por su parte, las órdenes provisionales persiguen una finalidad similar, consistente en asegurar cautelarmente derechos fundamentales, incluso creando un vínculo jurídico provisional.

En conjunto, este tipo de soluciones reciben la denominación de **medidas cautelares positivas**, que, por incitación de la autoridad judicial, obligan a la Administración Pública a actuar en un sentido determinado cuando de su inacción deriva una situación lesiva sobre determinados derechos fundamentales. Además de ser previstos por las leyes procesales, estos tipos de cautela han estado utilizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) –Sentencia de 19 de junio de 1990, caso Factortame–, por el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre (TEDH) –Sentencia de 7 de julio de 1989, caso Soering– y también por algunos Tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas.

Una vez vigente el nuevo procedimiento regulador de la tutela de los derechos fundamentales de la LJCA, hay que precisar que, sea cual sea la interpretación judicial sobre la aplicación de medidas cautelares, con relación a la suspensión parece necesario que ni el recurrente ni la Administración queden liberados de justificar la razonabilidad de su recurso o la oposición al mismo. Es más adecuado afirmar que con la nueva LJCA se ha producido una redistribución de la carga de la prueba, en la cual recurrente y Administración asumen un grado mayor de responsabilidad para demostrar que la razón les asiste.

Para decidir la procedencia de la suspensión de la disposición o el acto administrativo impugnados, es decir, para resolver el conflicto entre el derecho invocado y los intereses colectivos afectados, la ponderación se ha convertido en el método de interpretación jurídica más adecuada, aunque no esté excluido el peligro del subjetivismo judicial.

En todo caso, la ponderación o balance de intereses tiene que tener en cuenta lo siguiente:

1) Que la **protección de los derechos fundamentales** es un elemento prevalente; esta condición tiene que permitir resolver, en casos dudosos, en favor de la concesión de la suspensión.

2) Que la **protección del interés general** es una excepción al principio general favorable en la medida cautelar de la suspensión; la denegación de esta última, como consecuencia de la prevalencia del interés general, tiene que demostrar de una manera objetiva que la concesión de la medida cautelar produciría efectos negativos irreversibles.



El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se creó en el año 1958 y tiene la sede en Kirchberg, Luxemburgo.

Ejemplos de supuestos en los que la jurisprudencia ordinaria considera procedente denegar la medida cautelar

A modo de ejemplo, enumeramos los dos supuestos siguientes:

- Cuando el auto decida la suspensión, y la Administración no tenga instrumentos alternativos para resolver el conflicto producido.
- Cuando la suspensión ocasione un aumento notorio del gasto público, o también cuando el recurrente sea funcionario adscrito a las fuerzas y los cuerpos de seguridad, en la medida en que se trate de un servicio público de interés general.

3.6. El régimen de los recursos y los efectos de la sentencia

La nueva LJCA ha reintroducido el recurso de apelación en el procedimiento contencioso-administrativo. Este recurso puede plantearse contra las resoluciones de los juzgados frente a las salas de los Tribunales superiores de justicia (art. 10.2); contra las resoluciones de los juzgados centrales frente a la Sala de la Audiencia Nacional (art. 11.2). Y, asimismo, el Tribunal Supremo será competente en los recursos de casación contra las resoluciones dictadas en apelación por los Tribunales anteriores (art. 12.2).

En lo que concierne a los efectos económicos del procedimiento, la Ley 62/78 introdujo el **criterio del vencimiento** sobre la condena costas, que permite la imposición a la parte procesal cuyas pretensiones hayan sido totalmente desestimadas. La LJCA ha variado el criterio introduciendo una fórmula mixta que aúna el criterio de la temeridad con el del vencimiento en las diversas instancias procesales.

4. Las garantías jurisdiccionales (II): el recurso de amparo

4.1. El concepto y la naturaleza del recurso de amparo

a) Concepto

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es un procedimiento especial de carácter jurisdiccional y extraordinario, previsto para proteger los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y concebido con la finalidad de procurar restablecer inmediatamente su ejercicio.

Lectura recomendada

J.L. Cascajo; V. Gimeno Sendra (1988). *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos.

El recurso de amparo no es un recurso propiamente, sino un procedimiento diferenciado que está destinado exclusivamente a depurar la violación de los derechos fundamentales cometido por parte de los poderes públicos. En este sentido, presenta un carácter revisor de actos, disposiciones e, incluso, omisiones que hayan producido una lesión de los derechos de la persona.

El recurso de amparo de la Constitución mexicana

Los antecedentes de esta modalidad de garantía jurisdiccional se encuentran probablemente en el recurso de amparo previsto por la Constitución mexicana de 1917, aunque su naturaleza no es exactamente la misma, especialmente a causa del carácter amplio de su objeto.

En el derecho público español el referente anterior a la regulación actual se encuentra en el recurso de amparo previsto en la Constitución de 1931 de la Segunda República; es evidente, pues, que en España no es una institución de nueva planta.

Actualmente, el recurso de amparo está previsto en una parte de los ordenamientos constitucionales europeos⁷⁵; pero también hay estados cuyas jurisdicciones constitucionales no disponen de esta competencia, lo que no es un obstáculo insuperable para que los derechos fundamentales puedan encontrar en otros procedimientos constitucionales, como el caso de la cuestión de inconstitucionalidad, una vía subsidiaria de garantía⁷⁶.

⁽⁷⁵⁾ Como el caso de las constituciones española, alemana o austríaca, entre otras.

⁽⁷⁶⁾ Por ejemplo en Italia.

b) Naturaleza

El recurso de amparo presenta una dimensión doble:

- Sin duda, en primer lugar, es una **garantía jurisdiccional especial** para tutelar los derechos fundamentales de la persona; en este sentido, el efecto primero de una sentencia estimativa de amparo constitucional es la declaración de nulidad del acto o la disposición impugnados, el reconocimiento del derecho violado y, si procede, el restablecimiento del recurrente en el ejercicio del derecho invocado. Es decir, en principio, el efecto de la sentencia vincula únicamente las partes litigantes: el poder público y la persona que ha accionado esta vía jurisdiccional.
- Sin embargo, simultáneamente, en muchas ocasiones el recurso de amparo también tiene una **función de carácter general** en la medida en que el Tribunal Constitucional establece en la sentencia de amparo los criterios que, sin excepción, debe tener en cuenta la jurisdicción ordinaria para resolver casos parecidos que se produzcan en el futuro.

No debemos olvidar, en este sentido, que el Tribunal Constitucional tiene la condición de intérprete supremo de la Constitución⁷⁷ y que, de acuerdo con el artículo 5.1 de la LOPJ:

La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y los Tribunales [...] que interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos de acuerdo con los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de las normas que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Esta función del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo también permite atribuir a esta garantía jurisdiccional una dimensión general que condiciona y prefigura la jurisprudencia de los Jueces y los Tribunales ordinarios en materia de derechos fundamentales.

Por tanto, además del **carácter subjetivo del recurso** como instrumento de defensa de los derechos de la persona, el amparo constitucional presenta una **dimensión objetiva** de gran relevancia para configurar la jurisdicción constitucional como garantía de la Constitución a todos los niveles.

Otro aspecto característico es el **carácter extraordinario del recurso**, que se justifica por la misma naturaleza especial de la jurisdicción constitucional. El acceso al Tribunal Constitucional en demanda de tutela de los derechos fundamentales se fundamenta únicamente en la existencia de una violación de derecho fundamental, pero no en problemas de legalidad ordinaria, que, en principio, siempre pertenecen a los tribunales ordinarios y que la jurisdicción constitucional no puede resolver.

Lectura recomendada

P. Pérez Tremps (1994). "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal". *Revista Vasca de Administración Pública* (núm. 39).

⁽⁷⁷⁾Art. 1 LOTC.

Sin embargo, la cuestión no es sencilla, teniendo en cuenta la dificultad notable que a veces se plantea para establecer la línea divisoria entre el ámbito de los aspectos propios de la constitucionalidad y aquellos otros de la simple legalidad, especialmente cuando se trata de los denominados *derechos de configuración legal*⁷⁸.

Finalmente, el recurso de amparo también presenta un **carácter de subsidiariedad** con respecto al recurso sustanciado ante los Tribunales ordinarios. Este carácter subsidiario es pleno cuando la violación del derecho fundamental procede de un órgano público de naturaleza ejecutiva o judicial; no es así cuando la acción lesiva es imputable a un órgano legislativo, ya que en este supuesto –que es el único en este sentido– el acceso al Tribunal Constitucional mediante el amparo es directo.

Sin embargo, conviene subrayar que la subsidiariedad no es una consecuencia absoluta e indudable de la Constitución (Rubio Llorente), porque la literalidad del precepto constitucional no excluye la posibilidad de que el amparo constitucional pueda no existir en la medida en que la tutela de los derechos fundamentales se formaliza

[...] por un procedimiento preferente y sumario y, si procede, mediante el recurso de amparo [...].

Artículo 53.2 CE.

Hay que decir, sin embargo, que, de acuerdo con la regulación actual que establece la LOTC, la subsidiariedad es una característica plenamente vigente.

4.2. El ámbito material y el objeto del recurso de amparo

a) El **ámbito material de aplicación** del recurso de amparo está establecido de una manera precisa y limitada por el artículo 53.2 de la Constitución.

El recurso de amparo es una garantía jurisdiccional para los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14, y en la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución, y también el derecho a la objeción de conciencia, reconocido en el artículo 30 de la Constitución.

b) El **objeto** del recurso de amparo está delimitado con un criterio amplio en el artículo 41.2 de la LOTC.

El recurso es procedente frente a las **violaciones de los derechos y las libertades cometidas por los poderes públicos** en actos, disposiciones o, también, mediante la simple vía de hecho.

⁽⁷⁸⁾ Por ejemplo, el derecho a la tutela judicial, los derechos de participación política o los de los extranjeros.

Acceso directo al Tribunal federal alemán

En Alemania, el acceso directo al Tribunal Federal es posible en los casos en los que el transcurso del tiempo derivado del agotamiento de las vías judiciales previas ocasione un daño irreparable.

Lectura recomendada

F. Rubio Llorente (1995). "El recurso de amparo". En: *La jurisdicción constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994)*. Madrid: Tribunal Constitucional / Centro de Estudios Constitucionales.

El amparo constitucional

Se trata, pues, de un ámbito material acotado y no susceptible de ampliación por una decisión del legislador.



La violación de los derechos y las libertades por parte de los poderes públicos por la vía de hecho es objeto del recurso de amparo.

Esta previsión normativa permite accionar el recurso de amparo no solamente contra los actos administrativos de los poderes públicos, que son la vía más habitual y más numerosa para expresar la actividad administrativa, sino contra las disposiciones administrativas, es decir, los reglamentos administrativos⁷⁹ que innovan el ordenamiento jurídico, y también contra la vía de hecho⁸⁰. Se trata, pues, de un objeto material que permite accionar el recurso de amparo contra todas las actividades posibles del aparato administrativo del Estado que puedan suponer una lesión del estatuto de libertad de la persona, concretado en los derechos fundamentales.

(79) Por ejemplo decretos, órdenes, etc.

(80) Las omisiones o la falta de actuaciones de los poderes públicos.

Desde un punto de vista subjetivo, el **concepto de poderes públicos** no abarca solamente, como es obvio, los órganos integrados en la Administración central y periférica del Estado (por ej. las delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas) sino que también incorpora:

- 1) Los órganos de la Administración autonómica y local.
- 2) Los órganos de los entes públicos de carácter corporativo⁸¹ y de carácter institucional⁸².
- 3) Otros órganos de naturaleza administrativa integrados en el aparato del Estado⁸³.
- 4) Finalmente, también se incluyen los poderes públicos de carácter legislativo⁸⁴ y judicial⁸⁵.

(81) Por ejemplo un colegio profesional.

(82) Por ejemplo una universidad.

(83) Por ejemplo las decisiones (fallo) del Consejo General del Poder Judicial.

(84) Las Cortes Generales, los parlamentos de las Comunidades Autónomas.

(85) Un juzgado o un tribunal.

El recurso de amparo está previsto, por tanto, como garantía frente a las decisiones y las disposiciones de rango inferior a la ley de los poderes públicos que vulneren la Constitución, pero no es así con respecto a los actos de los particulares. Naturalmente, esto no significa que los entes privados y las personas físicas queden al margen de la eficacia de la norma suprema: las vías establecidas por las leyes procesales ante la jurisdicción ordinaria son el instrumento habitual para obtener la tutela de los derechos fundamentales que hayan sido violados para la acción de un particular.

Ahora bien, constatado este marco jurídico sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, hay que precisar que, mediante el procedimiento del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional puede llegar a entender de una lesión de derecho fundamental que haya tenido su inicio en la actuación de un ente privado.

Lectura recomendada

G. Fernández Farreres (1994). *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Sobre este aspecto el Tribunal Constitucional ha construido una doctrina razonablemente restrictiva pero que le permite ejercer su competencia jurisdiccional en determinados supuestos⁸⁶: se trata del supuesto que, una vez planteada la violación de un derecho fundamental ante la jurisdicción ordinaria, el Tribunal competente aplique de una manera lesiva el derecho a la tutela judicial⁸⁷, ya sea porque ignora en su resolución el derecho fundamental invocado por el particular y, por lo tanto, produce indefensión, o porque aplica incorrectamente alguna de las garantías procesales previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, cosa que impide una defensa adecuada del derecho fundamental invocado.

⁽⁸⁶⁾Podéis consultar la STC 47/1985, caso Pilar Sala.

⁽⁸⁷⁾Art. 24 CE.

Es entonces cuando el Tribunal Constitucional puede considerar procedente admitir un recurso de amparo planteado por el mismo particular que había sido parte en la vía judicial ordinaria contra otro particular, pero fundamentando ahora su recurso *–prima facie–* en la violación del derecho a la tutela judicial, violación que, como es obvio, únicamente puede proceder de una resolución judicial.

Ésta es la circunstancia que, al fin y al cabo, permite el acceso de un particular mediante recurso de amparo al Tribunal Constitucional, aunque la lesión inicial del derecho fundamental proceda del acto de otro sujeto privado.

Sea como sea, esta doctrina de la eficacia de los derechos con respecto a terceros⁸⁸ no permite una aplicación automática o indiscriminada basada en la invocación sistemática del artículo 24 de la Constitución como argumento para sostener el acceso a la jurisdicción constitucional; así lo ha recordado a menudo el Tribunal Constitucional en sus resoluciones.

⁽⁸⁸⁾La denominada *Drittwirkung* por la doctrina alemana.

Otra cuestión de relevancia es el **impedimento constitucional para plantear el recurso de amparo contra leyes**. En efecto, los particulares no pueden acudir directamente al Tribunal Constitucional para impugnar una ley que lesiona sus derechos fundamentales.

La potestad para impugnar una ley que pueda lesionar derechos fundamentales, pues, queda reducida a los órganos públicos⁸⁹.

⁽⁸⁹⁾Presidente del Gobierno, Congreso, Senado, Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, etc.

⁽⁹⁰⁾Art. 55.2 LOTC.

Ahora bien, hay una posibilidad indirecta prevista por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁹⁰: se trata del supuesto en el que, si durante la tramitación de un recurso de amparo, el órgano correspondiente del Tribunal Constitucional considera que el origen de la posible violación del derecho fundamental en cuestión no es por causa directa imputable a un órgano judicial o administrativo, sino que se encuentra en la ley habilitante aplicable al caso, entonces tiene que remitir la cuestión al Pleno del Tribunal Constitucional, que puede declarar la inconstitucionalidad de la ley mencionada en una sentencia con los efectos *erga omnes* de toda declaración de inconstitucionalidad.

Vemos de esta manera que, indirectamente, el recurso de amparo accionado por un recurrente puede servir para expulsar del ordenamiento jurídico una ley contraria a la Constitución.

Ved también

Pueden consultar el STC 45/1989, caso del IRPF.

4.3. El procedimiento del recurso de amparo

4.3.1. Los actos de los poderes públicos que pueden ser objeto de recurso

Los artículos 42 y siguientes de la LOTC establecen las diversas modalidades de procedimiento a seguir según cuál sea la naturaleza del órgano a quien haya sido imputada la lesión del derecho:

1) **Órganos legislativos**⁹¹. Las decisiones o los actos sin valor de ley derivados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, que violen los derechos susceptibles de amparo constitucional podrán ser recurridos en el plazo de tres meses desde que sean firmes, de acuerdo con las normas internas de los órganos parlamentarios⁹². Como se ha señalado antes, éste es el supuesto en que el recurso de amparo se presenta directamente ante el Tribunal Constitucional.

⁽⁹¹⁾Art. 42 LOTC.

⁽⁹²⁾Es decir, sus reglamentos respectivos.

2) **Órganos ejecutivos**⁹³. Cuando la violación de los derechos y las libertades están originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o la simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades y funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades, funcionarios o agentes, puede interponerse recurso de amparo una vez agotada la vía judicial precedente.

⁽⁹³⁾Art. 43 LOTC.

Debemos precisar que, aunque la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no menciona específicamente otras administraciones públicas, como la local y la institucional, no hay duda de que los actos y las disposiciones de ambas quedan afectados por las previsiones de esta ley.

3) Órganos judiciales. Finalmente, si la violación de los derechos y las libertades procede de un acto o una omisión de un órgano judicial, podrá interponerse recurso de amparo siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que hayan sido agotados todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria, de acuerdo con las previsiones que establecen en este sentido las diferentes leyes procesales.

b) Que la violación del derecho invocado en amparo sea imputable de una manera inmediata y directa a una acción u omisión del órgano judicial, independientemente de los hechos que dieron lugar al proceso y sobre los cuales el Tribunal Constitucional no podrá dictaminar.

c) Que el derecho fundamental lesionado haya sido invocado formalmente en el proceso desarrollado ante la jurisdicción ordinaria.

Probablemente, el segundo requisito es el que ha suscitado más controversia y también el que en ocasiones ha suscitado un conflicto de atribuciones entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria⁹⁴. Ahora bien, la interdicción establecida en este requisito no impide que el Tribunal Constitucional tenga que verificar si el estudio de los elementos fácticos elaborado por la jurisdicción ordinaria ha sido llevado a cabo respetando las previsiones procesales del artículo 24 de la CE, con el fin de evitar una práctica incorrecta de la fase de prueba por parte de la jurisdicción ordinaria.

⁽⁹⁴⁾ La doctrina italiana denomina "guerra de cortes" a este conflicto.

4.3.2. La legitimación del recurso de amparo

El acceso al recurso de amparo está previsto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con criterios razonablemente amplios. No tanto, sin embargo, como en la época de la Segunda República, en la que el ordenamiento no atribuía solamente legitimación activa a las personas directamente afectadas, sino también a cualquier otra que hubiera depositado una fianza determinada.

Por el contrario, en Alemania, que ha sido un referente habitual de la legislación española, el ámbito de la legitimación activa personal se reduce a los titulares del derecho lesionado, excluyendo siempre a los órganos del Estado.

En el ordenamiento jurídico español hay que distinguir entre una legitimación pública y una legitimación privada para ejercer el recurso de amparo:

1) Legitimación pública. La Constitución reconoce legitimación activa para interponer el recurso en dos instituciones de naturaleza diferente pero con el mismo objetivo: la defensa y la protección de los derechos y las libertades de la persona. Estas instituciones son:

Carácter restrictivo de la legislación alemana

La preocupación para evitar el alud de recursos y el consiguiente peligro de colapso del Tribunal ha dado lugar a este planteamiento restrictivo del legislador alemán.

- El Defensor del Pueblo.
- El Ministerio Fiscal.

La naturaleza propia de estos dos órganos hace que sea diferente el momento procesal en que tienen que intervenir para defender los derechos y las libertades, pero de su complementariedad y respeto de sus respectivos ámbitos de actuación respectivos depende la funcionalidad del control que ejercen.

La **legitimación otorgada al Defensor del Pueblo** implica una forma activa de fomentar su función de protección de los derechos en los diversos ámbitos de la Administración pública. Ahora bien, tiene que entenderse siempre como una atribución a ejercer de una manera restrictiva, que tiene que evitar el peligro de suplantación de la iniciativa de los titulares de los derechos o los intereses legítimos.

2) Legitimación privada. La Constitución restringe el ámbito de legitimación a las personas físicas o jurídicas que invoquen un interés legítimo. Es evidente, por tanto, que están incluidos tanto los nacionales como los extranjeros; pero en este último caso, teniendo en cuenta que se trata de derechos de configuración legal, la legitimación se ajusta a los criterios establecidos por la ley.

La LOTC concreta la **legitimación procesal** de la manera siguiente:

a) Cuando la violación de los derechos y las libertades proceda de órganos legislativos⁹⁵, la legitimación corresponderá a la persona afectada directamente.

⁽⁹⁵⁾Art. 46.a LOTC.

b) Cuando la violación proceda de órganos ejecutivos o judiciales⁹⁶, estarán legitimadas las personas que hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, lo que supone introducir un criterio que amplía el abanico de sujetos que pueden acceder en amparo al Tribunal Constitucional.

⁽⁹⁶⁾Art. 46.b LOTC.

4.3.3. Los criterios de admisión del recurso de amparo

La experiencia que ofrece el derecho comparado sobre los criterios de admisión del recurso de amparo (Alemania, Austria, etc.) y las cifras porcentuales del número de los que superan este trámite procesal permiten afirmar que las restricciones que aplica el Tribunal Constitucional español se encuentran en la línea del resto de Tribunales constitucionales que tienen competencia en materia de amparo. No hay duda de que éste es el procedimiento constitucional que genera más casos ante el Tribunal Constitucional.

El legislador orgánico ha ido limitando el acceso al recurso de amparo, dado que el uso masivo de este procedimiento es un elemento determinante en la sobrecarga del Tribunal Constitucional; además, los tribunales ordinarios han ido desarrollando, progresivamente, el papel de defensores de los derechos fundamentales. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, es un buen ejemplo de las reformas que se han producido en este sentido.

La **competencia para decidir la admisión del recurso** corresponde a las secciones del Tribunal Constitucional, órganos integrados por tres magistrados. La sección puede decidir por unanimidad o por mayoría.

En principio, la **inadmisión del recurso** puede acordarse por providencia⁹⁷ cuando concurra alguno de los supuestos siguientes:

- 1) Que la demanda incumpla de una manera manifiesta e irreparable algunos de los requisitos procesales establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁹⁸.
- 2) Que la demanda se invoque con respecto a derechos o libertades no susceptibles de amparo constitucional.
- 3) Que el contenido del recurso no justifique una decisión sobre el fondo por causa de su trascendencia constitucional.

De todos estos supuestos, seguramente lo que suscita más controversia sobre el alcance de su interpretación es el tercero. Este supuesto, de hecho, se formulaba de manera mucho menos restrictiva antes de la reforma del 2007. En cualquier caso, tanto en la formulación anterior como en la actual, se concibe como un instrumento que permite al Tribunal Constitucional filtrar los casos que tiene que decidir. Después de la última reforma, la idea es que, en este momento, el recurso de amparo sólo se tiene que utilizar para que el Tribunal se pronuncie sobre aspectos nuevos y continúe construyendo una doctrina en materia de derechos fundamentales, difiriendo la defensa ordinaria de los derechos fundamentales al Poder Judicial, de acuerdo con la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional va desarrollando en esta materia.

Ejemplo de inadmisión de un recurso de amparo

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha llegado a inadmitir un recurso de amparo⁹⁹, aunque no rechazó por las razones que tenía la persona recurrente, sino porque la cuantía económica de lo que invocaba era muy insignificante. Sin embargo, hay que precisar que éste es un criterio hasta ahora aislado, ya que no se ha consolidado en resoluciones posteriores de la misma línea argumental.

Lectura recomendada

P. Cruz Villalón (1994). "Sobre el amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 41). Madrid.

⁽⁹⁷⁾Resolución judicial que no exige motivación.

⁽⁹⁸⁾Art. 41 a 46 LOTC.

⁽⁹⁹⁾Auto del Tribunal Constitucional de 9/9/1994.

La admisión a trámite tiene que ser decidida por la sección por unanimidad. En caso de que no haya, hay que trasladar la resolución a la sala correspondiente. En cualquier caso, la providencia de inadmisión es recurrible por el ministerio fiscal en un recurso de súplica.

Así, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional intenta fortalecer la capacidad de decisión de esta institución para que, de la manera más ágil y breve posible, pueda resolver los recursos que por razón de su contenido no son merecedores de un pronunciamiento de fondo por su parte.

4.4. Las medidas cautelares

En el procedimiento del recurso de amparo la LOTC también prevé, igual que la LPJ en la vía judicial previa, la posibilidad de adoptar medidas cautelares con el objetivo de preservar provisionalmente la integridad del derecho fundamental que ha sido objeto del recurso. Esta medida cautelar consiste en la suspensión del acto, la disposición o la resolución impugnados.

Según el artículo 56 de la LOTC, la Sala o Sección del Tribunal Constitucional puede acordar la suspensión mencionada del acto de los poderes públicos, de oficio o a instancia de parte. La **causa de esta decisión incidental** dentro del proceso constitucional se produce cuando su ejecución tenga que ocasionar un perjuicio que haga perder al recurso de amparo su finalidad¹⁰⁰.

⁽¹⁰⁰⁾Por ejemplo la privación de libertad de un periodista como consecuencia de unas expresiones supuestamente injuriosas.

Sin embargo, puede negarse la suspensión cuando de ésta pudiera derivar una perturbación grave de los intereses generales, o de los derechos fundamentales y las libertades públicas de un tercero.

La **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** ha establecido algunos criterios diferenciadores de la suspensión entendida como medida cautelar, según que opere en el ámbito de la jurisdicción ordinaria o bien haya sido decidida en el procedimiento constitucional de amparo:

a) En la jurisdicción ordinaria la suspensión del acto del poder público objeto de impugnación es esencialmente preceptiva, salvo que se justifique un perjuicio grave para el interés general.

Por esta razón la medida cautelar constituye la regla y no la excepción de la decisión judicial.

b) Por el contrario, en el procedimiento de amparo la suspensión es una decisión jurisdiccional sobre la cual la Sala o Sección del Tribunal Constitucional dispone de más poder decisorio para valorar su procedencia, en función del hecho de que la decisión del acto impugnado tenga como efecto que el amparo pierda su finalidad.

De acuerdo con el auto del Tribunal Constitucional 529/1983, de 8 de noviembre, la diferencia entre ambos criterios se explica porque:

"[...] el acto recurrido en amparo ha tenido que ser normalmente revisado y confirmado por los Tribunales de justicia, por lo que goza de la presunción de la constitucionalidad propia de las resoluciones judiciales, lo que no ocurre cuando el acto objeto de debate es sometido inicialmente a la jurisdicción de aquellos Tribunales."

4.5. El efecto de la sentencia constitucional de amparo

La competencia para resolver los recursos de amparo corresponde a las Salas o Secciones del Tribunal Constitucional, integradas cada una por seis magistrados.

La Sala o Sección, cuando ha analizado el fondo del asunto, puede pronunciar en su sentencia cualquiera de las **resoluciones** siguientes:

- Estimar el amparo.
- Denegar el amparo.

En el **primer supuesto**, cuando el amparo ha sido estimado por el Tribunal Constitucional, los pronunciamientos de este último pueden ser alguno o algunos de los siguientes:

- a) Declaración de nulidad de la decisión, el acto o la resolución objeto del recurso, determinando, si procede, la extensión de sus efectos.
- b) Reconocimiento de derecho o libertad pública.
- c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o su libertad, adoptando las medidas cautelares que atribuyan eficacia plena a la resolución judicial.

Cuando la Sala o Sección conozca de un recurso de amparo planteado con respecto a decisiones de los Jueces y Tribunales (la posibilidad más habitual), limitará su función a concretar si han sido violados los derechos o las libertades objeto del proceso, pero tendrá que abstenerse de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales¹⁰¹.

⁽¹⁰¹⁾Art. 54 LOTC.

La **finalidad de este precepto** es evitar interferencias entre una jurisdicción y la otra. La libertad y la independencia, que corresponden a la función genuina de juzgar las diferencias de criterio interpretativo, no pueden ser causa de advertencias o recomendaciones; ahora bien, dicho esto, no hay ningún tipo de duda en afirmar también que este precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no tutela ni la arbitrariedad, ni la negligencia flagrante, ni el abuso, etc. por parte de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

En consecuencia, las limitaciones establecidas por este precepto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, fundamentadas en el hecho de evitar la denominada *guerra de Tribunales*, no prohíben que el Tribunal Constitucional lleve a cabo, si lo cree oportuno, los razonamientos y las consideraciones que procedan para establecer con criterios de objetividad jurídica las consecuencias que han motivado su resolución.

5. Las garantías jurisdiccionales (III) y no jurisdiccionales

5.1. La protección internacional de los derechos: referencia especial al Convenio Europeo de los Derechos humanos y libertades fundamentales de 1950

1) En el ámbito internacional hay una protección de muchos los derechos que también se encuentran constitucionalmente garantizados en los ordenamientos jurídicos internos. Existe una cierta coincidencia material entre los derechos fundamentales¹⁰² y los derechos humanos que se protegen en el ámbito internacional.

Especialmente desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, se ha ido extendiendo una cultura de los derechos que ha sido expresada tanto en constituciones nacionales como en instrumentos internacionales. Así, hay que destacar:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Ejemplo

Los tratados o convenios internacionales que protegen los derechos humanos refuerzan la garantía de derechos fundamentales reconocidos en las constituciones nacionales.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la misma fecha.

Dentro del ámbito europeo, es importante mencionar el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, suscitó en Roma el 4 de noviembre de 1950, a la cual nos referimos de una manera especial.

2) Los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos tienen una incidencia doble en el ordenamiento jurídico español:

a) En primer lugar, estos tratados forman parte del ordenamiento interno, una vez ratificados por el Estado español y publicado oficialmente en España. Por lo tanto, el Estado tiene que respetar las exigencias de estos tratados, que los particulares pueden alegar delante de los Tribunales como derecho aplicable¹⁰³.

⁽¹⁰²⁾ Derechos que están reconocidos en la Constitución nacional y dotados de garantía jurisdiccional frente al legislador.



Lectura recomendada

A. Sainz Arnaiz (1999). "La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española". Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

⁽¹⁰³⁾ Art. 96 CE.

b) En segundo lugar, en virtud del artículo 10.2 de la CE, estos tratados tienen incidencia en la interpretación del texto constitucional español:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 10.2 CE.

En consecuencia, tanto los Jueces ordinarios como el Tribunal Constitucional tienen que tener en cuenta estos tratados a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones constitucionales que protegen los derechos y las libertades. Esto no quiere decir que el Tribunal Constitucional tenga competencia para controlar que los actos de los poderes públicos españoles (incluyendo las leyes) respeten los tratados. La impugnación ante el Tribunal Constitucional de una ley o un acto de un poder público sólo puede apelar a los tratados como fuente interpretativa de las disposiciones constitucionales, que el Tribunal Constitucional está llamado a proteger¹⁰⁴.

(104) STC 64/1991.

Convenios internacionales de los derechos humanos

El artículo 10.2 de la Constitución obliga a interpretar las disposiciones constitucionales de derechos y libertades de acuerdo con los convenios internacionales en materia de derechos humanos.

La Convención de Roma

Tenemos que hacer una referencia especial a la Convención de Roma de 1950. Esta convención, que fue redactada en el seno del Consejo de Europa, fue ratificada por España el 26 de septiembre de 1979.

El contenido de este Convenio ha sido modificado en virtud del Protocolo número 11, de 11 de mayo de 1994, ratificado por España el 28 de noviembre de 1996, y que ha entrado en vigor el día 1 de noviembre de 1998. Como veremos, la principal modificación introducida por este Protocolo es que suprime la Comisión Europea de Derechos Humanos y amplía las competencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Derechos protegidos por la Convención de Roma

- Derecho a la vida (art. 2).
- Derecho a no ser torturado (art. 3).
- Derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados (art. 4).
- Derecho a la libertad y seguridad (art. 5).
- Derecho a la resolución equitativa de las causas por un Tribunal independiente e imparcial (art. 6).
- Derecho al principio de legalidad penal (art. 7).
- Derecho a la vida privada y familiar (art. 8).
- Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9).
- Derecho a la libertad de expresión (art. 10).
- Derecho a la libertad de reunión, asociación y sindicación (art. 11).
- Derecho a contraer matrimonio (art. 12).
- Toda persona a quien se haya violado alguno de estos derechos tiene derecho a recurrir en contra ante una instancia nacional (art. 13).
- El disfrute de estos derechos debe estar asegurado por los estados, sin discriminación (art. 14).

Ejemplo

Según el artículo 9, la libertad de manifestación de creencias religiosas sólo puede restringirse cuando sea necesario "en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

La Convención prevé la posibilidad de que algunos de estos derechos estén restringidos. Pero se exige que las **restricciones** estén justificadas en la necesidad de satisfacer unos derechos y unos intereses generales que la Convención enumera en cada caso. También se impone la exigencia de que las restricciones sólo sean aplicadas con la finalidad para la cual han sido previstas¹⁰⁵.

(105) Art. 18.

Diferente de la restricción de los derechos es el **supuesto de las medidas derogatorias** previstas en el artículo 15. En caso de guerra u otros peligros públicos que amenacen a la vida de la nación, el Estado:

Supuesto de las medidas derogatorias

Se trata de un supuesto similar al de la suspensión general de derechos prevista en el artículo 55.1 de la Constitución.

[...] podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación.

Hay, sin embargo, una excepción y una carga:

a) La **excepción**¹⁰⁶ es que no pueden suspenderse en ningún caso los derechos a la vida (exceptuando el caso de muertes que resulten de actos lícitos de guerra), a no ser torturado, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre y al principio de legalidad penal.

(106) Artículo 15.2 de la Convención.

b) La **carga**¹⁰⁷ es que el Estado tiene que tener plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas adoptadas, sus motivos y la fecha en la que dejen de estar en vigor.

(107) Artículo 15.3 de la Convención.

La Convención contiene una cláusula importante:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

Artículo 53.

En consecuencia, la apertura de la Constitución española a la Convención de Roma no puede llevar a interpretar de una manera más restrictiva el catálogo de derechos¹⁰⁸ y libertades que la misma Constitución protege.

⁽¹⁰⁸⁾Por la vía del artículo 10.2 de la CE.

Con la finalidad de asegurar que los Estados signatarios del Convenio respetan las obligaciones que derivan del mismo, el Convenio establece un Tribunal. Se trata del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.

Antes de que entrara en vigor el Protocolo 11, el Convenio establecía una segunda institución: la Comisión Europea de Derechos Humanos. Ésta conocía, en primera instancia, de las denuncias y demandas por violación de los derechos, e intentaba obtener de las partes involucradas una solución amistosa de la controversia. En caso de que este intento fracasara, la Comisión redactaba un informe, que enviaba al Comité de Ministros del Consejo de Europa. El Tribunal sólo intervenía al final, si la Comisión o uno de los estados afectados acudía.

A partir del Protocolo 11, el sistema de protección es diferente. La Comisión desaparece, y el Tribunal pasa a actuar desde el primer momento. Por otra parte, el individuo que considera violado uno de sus derechos puede acudir al Tribunal, cosa que no era posible antes, cuando sólo podían hacerlo los Estados o la Comisión.

Veamos, con un cierto detalle, el sistema vigente:

El Tribunal se compone de un número de Jueces igual al de Estados que han ratificado el Convenio. Cada Estado presenta una lista de tres candidatos, y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa escoge a uno (artículo 22). La idea subyacente es que la composición de este Tribunal internacional tiene que reflejar la diversidad de Estados.

Los Jueces son elegidos por un periodo de seis años, pero son reelegibles. Se establece un sistema que trata de asegurar que cada tres años se renueven la mitad de los Jueces (artículo 23).

El Tribunal tiene una estructura interna bastante compleja. Se divide en Comités (de tres Jueces), Salas (de siete Jueces) y una Gran Sala (de diecisiete Jueces). En general, son las Salas las que deciden sobre la admisión y sobre el fondo de las demandas que se presentan. Ahora bien, si el asunto presenta una cuestión

grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus protocolos o si la solución dada pudiera ser contradictoria con una sentencia anterior del Tribunal, entonces la Sala puede inhibirse en favor de la Gran Sala. Hay una excepción, ya que no puede inhibirse si una de las partes se opone (artículos 29 y 30).

Hay dos tipos de demandas de las cuales conoce el Tribunal:

a) Demandas que un Estado presenta contra otro Estado, por incumplimiento del Convenio (artículo 33).

b) Demandas que presenta una persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación de los derechos por parte de un Estado (artículo 34).

En ningún caso puede acudir al Tribunal si previamente no se han agotado todas las posibilidades procesales internas. La demanda tiene que presentarse en el plazo de seis meses desde la fecha de la resolución interna definitiva (artículo 35).

Curiosamente, el Tribunal (una vez admitida la demanda) no pasa directamente a juzgar el caso. Intentará una solución amistosa a las partes (artículos 38 y 39). Por lo tanto, si antes de la entrada en vigor del Protocolo 11, la Comisión intentaba la solución amistosa y sólo en caso de fracaso podía llegar el asunto al Tribunal, ahora que se ha suprimido la Comisión, es el propio Tribunal quien intenta la solución amistosa.

Si este intento no tiene éxito, el Tribunal continúa el procedimiento y dicta sentencia. Si declara que ha habido violación del Convenio, y el Derecho interno del Estado sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si procede, una "satisfacción equitativa" (artículo 41).

Hemos visto que son normalmente las Salas las que resuelven los casos. Pues bien, una vez han dictado sentencia, el asunto puede remitirse a la Gran Sala, en el plazo de tres meses. Se trata de una especie de recurso, pero previsto sólo para "casos excepcionales", en los que se plantee una "cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o protocolos, o una cuestión grave de carácter general" (artículo 43).

Todas las sentencias tienen que estar motivadas, y pueden incluir votos particulares (artículo 45).

Hasta aquí, la estructura y procedimiento del Tribunal. Uno de los problemas más importantes es el de la ejecución de las sentencias. El artículo 46 establece que los estados "se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal", sentencias que son enviadas al Comité de Ministros, que "velará por su ejecución". Ahora bien, ¿qué pasa cuándo la resolución estatal que causó

la violación es una decisión judicial que ha adquirido valor de cosa juzgada? ¿Puede revisarse esta decisión si el Tribunal Europeo considera que el Estado ha violado el Convenio?

En el denominado **caso Bultó**, el Tribunal Constitucional español tuvo que pronunciarse sobre este problema (STC 245/1991). Veámoslo:

El caso Bultó

En síntesis, los hechos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional fueron los siguientes:

- En 1982, la Audiencia Nacional condenó a unas personas a la pena de prisión por el asesinato del industrial catalán Sr. Bultó.
- El Tribunal Supremo confirmó la sentencia.
- Los condenados interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo inadmitió en 1983.
- Entonces, agotados los recursos internos, los condenados interpusieron una demanda contra el Estado español ante la Comisión Europea de los Derechos del Hombre, que trasladó el caso al TEDH.
- En una sentencia de 6 de diciembre de 1988, este Tribunal declaró que el Estado español había violado el derecho del artículo 6.1 de la Convención¹⁰⁹.
- En lo que respecta al artículo 50 de la Convención, el TEDH reservó la aplicación para un momento posterior, en el caso de que no se llegara a un acuerdo entre los demandantes y el Estado español.
- Con esta sentencia en la mano, los demandantes acudieron a la Audiencia Nacional y solicitaron la nulidad de la sentencia de la misma Audiencia Nacional que los condenó en 1982.
- Por una resolución de 1989, la Audiencia entendió que el Tribunal competente para resolver la petición era el Tribunal Supremo –por analogía con el recurso de revisión del artículo 954 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECr)–, pero decidió suspender la ejecución de la condena.
- El Tribunal Supremo, en una sentencia de 1990, declaró que esta resolución de la Audiencia no era correcta. El argumento fue que las sentencias del TEDH sólo tenían naturaleza declarativa, no podían anular una sentencia judicial española. Una sentencia judicial española sólo podría ser anulada según los recursos previstos en las leyes procesales españolas, sin embargo, como la sentencia condenatoria de la Audiencia de 1982 era firme, ya no era posible interponer ningún recurso.
- En consecuencia, la única solución era el indulto o una indemnización¹¹⁰.
- Contra esta sentencia del Tribunal Supremo se interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo estimó en la Sentencia 245/1991.
- El Tribunal Constitucional dio la razón al Tribunal Supremo cuando dijo que la sentencia del TEDH no tenía ningún efecto anulador con respecto a las decisiones judiciales internas.
- Por todo esto, el Tribunal Constitucional decidió anular la sentencia del Tribunal Supremo impugnada, así como las sentencias de 1982 de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que condenaron a los recurrentes por el asesinato del Sr. Bultó. El Tribunal Constitucional exigió que las actuaciones judiciales retrocedieran al momento de la celebración del juicio, a fin de que éste se llevara a cabo otra vez.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional consideró que, si el TEDH había declarado que España había violado un derecho¹¹¹, que también está reconocido en la Constitución

(109) Derecho a un juicio público y equitativo ante un tribunal independiente e imparcial.

(110) A fijar por el TEDH en aplicación del artículo 50 de la Convención.

(111) El del artículo 6.1 de la Convención.

(112) Art. 24.2 y 17.1 CE.

(113) Este artículo impide a un tribunal ordinario anular las actuaciones una vez dictada sentencia definitiva, que sólo podrá anularse posteriormente por la vía de los recursos previstos en las leyes.



El industrial catalán Josep M. Bultó fue asesinado el 9 de mayo de 1977

española¹¹², entonces el hecho de que la condena penal de los recurrentes se siguiera cumpliendo constituía un mantenimiento de la violación de un derecho fundamental.

No era suficiente con recurrir a la indemnización prevista en la Convención, ya que se jugaba la libertad personal de los afectados; tenía que anularse, por lo tanto, la sentencia que hubiera originado la violación del derecho.

Según el Tribunal Constitucional, si bien el Tribunal Supremo estaba limitado por lo que dispone el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹³, esta limitación no operaba para con el Tribunal Constitucional, ya que el artículo 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite a este Tribunal anular sentencias firmes.

El caso Bultó, pues, fue ciertamente complejo. Prueba de esto es que la sentencia del Tribunal Constitucional provocó dos votos particulares:

a) Uno es el del magistrado **Vicente Gimeno Sendra**, que consideró lo siguiente:

- Que el Tribunal Constitucional no podía formular ningún reproche al criterio de la sentencia del Tribunal Supremo (como, de hecho, admitía el mismo Tribunal Constitucional).
- Por su lado, el Tribunal Constitucional no podía proceder a anular una sentencia firme, porque lo impide el artículo 240 de la LOPJ. A través del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional no podía rescindir el efecto de cosa juzgada de una sentencia judicial que ya era firme.
- Además, si el Tribunal Constitucional quería anular las sentencias, entonces también tenía que anular su propia resolución de 1983, que inadmitió el recurso de amparo contra las sentencias penales condenatorias.
- Finalmente, el magistrado consideró que volver a abrir el juicio oral para juzgar unos hechos que tuvieron lugar en 1977, todavía creaba más indefensión que el indulto o las medidas indemnizadoras previstas en la Convención.

b) En un sentido opuesto, el magistrado **Jesús Leguina Villa** consideró que el Tribunal Constitucional había decidido correctamente al anular la sentencia del Tribunal Supremo, ya que esta sentencia tendría que haber anulado las actuaciones judiciales que dieron lugar a la sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional de 1982.

Según este magistrado, el artículo 240 de la LOPJ tiene que interpretarse en el sentido de que contiene una excepción implícita que permite que se anulen las actuaciones judiciales cuando el TEDH haya declarado que se ha violado un derecho de la Convención. El recurso de amparo mantiene, así, su carácter subsidiario: si los Jueces ordinarios no aplican esta excepción implícita, entonces no respetan el derecho a la tutela judicial efectiva y se abre la puerta del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Lectura recomendada

J.L. Requejo (1992). "La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91; «Caso Bultó»)". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 12).

Tiene que tenerse en cuenta que el estado español también ha sido condenado por el TEDH en otros casos. Destacamos, por ejemplo, el **caso Ruiz-Mateos**¹¹⁴ contra España.

⁽¹¹⁴⁾ Sentencia de 23 de junio de 1993.

El caso Ruiz-Mateos es importante porque volvió a plantear el problema de la ejecución de sentencias del TEDH. En aquel caso, el TEDH estimó que el derecho de Ruiz-Mateos a ser escuchado fue vulnerado cuando no se permitió –en aplicación de la LOTC– que compareciera como parte en el proceso constitucional contra el decreto-ley y la ley en virtud de la cual se procedió a expropiarle las acciones de Rumasa.

Una vez obtenida la sentencia del TEDH, Ruiz-Mateos (y otras personas) interpusieron recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra las sentencias del mismo Tribunal Constitucional¹⁰⁸ que declararon constitucionales las normas de expropiación mencionadas. Alegan en su favor la doctrina dla STC 245/1991 sobre el caso Bultó, que acabamos de analizar.

El Tribunal Constitucional inadmitió el recurso de amparo, argumentando que el caso era diferente del anterior:

a) En aquel caso se decidía sobre unas penas privativas de libertad que todavía estaban en curso de ejecución, cosa que no pasaba en el caso actual.

b) En aquel caso se interponía un recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo, mientras que aquí el recurso se interpone directamente contra una sentencia del Tribunal Constitucional, lo que no es posible¹¹⁵.

⁽¹¹⁵⁾ Ya que el valor de cosa juzgada de las sentencias del Tribunal Constitucional le impide revisarlas.

⁽¹¹⁶⁾ Art. 10.2 CE.

⁽¹¹⁷⁾ STC 114/1984.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el **valor de las sentencias del TEDH** va más allá de las obligaciones que puedan imponer a los estados condenados. El conjunto de sentencias genera una jurisprudencia que interpreta y aplica la Convención y que, según el Tribunal Constitucional, tiene que tenerse en cuenta¹¹⁶ para interpretar y aplicar las cláusulas de derechos y libertades de la Constitución española¹¹⁷.

5.2. El Defensor del Pueblo

Hasta ahora hemos visto las principales garantías jurisdiccionales de las que están dotados los derechos fundamentales. Ahora tenemos que hacer referencia a un mecanismo de protección que no está encomendado a ningún órgano jurisdiccional: la protección que se atribuye al Defensor del Pueblo.

El Defensor del Pueblo es una institución prevista a la Constitución, que establece lo siguiente:

Lectura recomendada

J. Varela Suanzes-Carpegna (1983). "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 8).

Una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

Artículo 54 CE.

La Ley Orgánica a la que remite este artículo es la Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo.

La **tarea principal del Defensor del Pueblo** es velar para que los derechos fundamentales sean respetados por la Administración. Con el fin de garantizar su independencia frente a la Administración, a la cual tiene que vigilar, se le configura como alto comisionado de las Cortes Generales, elegido por éstas, por mayoría cualificada¹¹⁸, y para un periodo de cinco años. Las causas de cese en el cargo están fijadas por la ley y configuradas de manera que el Defensor del Pueblo disfrute de una autonomía funcional efectiva. Las Cortes Generales, pues, no pueden cesar discrecionalmente al Defensor del Pueblo. .

Como comisionado de las Cortes Generales, el Defensor del Pueblo tiene que relacionarse con las Cámaras con el fin de informar a los Diputados y a los Senadores. Por esta razón, la Ley Orgánica 3/1981 prevé la creación de una **comisión mixta Congreso-Senado** encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo.

Entre las **atribuciones del Defensor del Pueblo**, tenemos que destacar las siguientes:

1) Puede interponer **recurso de inconstitucionalidad** contra leyes o normas con rango de ley ante el Tribunal Constitucional¹¹⁹. Según éste, la legitimación activa no está restringida a proteger los derechos fundamentales¹²⁰.

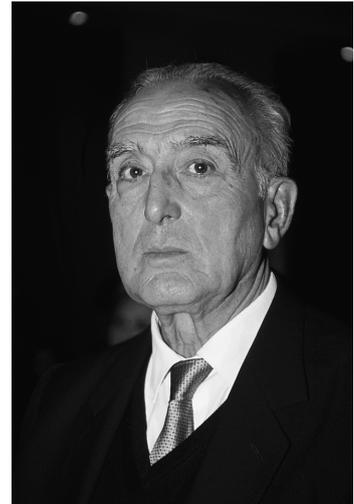
2) Puede interponer **recurso de amparo**¹²¹ ante el Tribunal Constitucional contra un acto del poder público que considere lesivo de un derecho fundamental amparable.

3) Puede iniciar y proseguir, de oficio o a instancia de parte, cualquier **investigación** con el fin de averiguar los actos o las resoluciones de la Administración pública y sus agentes en relación con la ciudadanía, con el fin de vigilar el respeto a los principios constitucionales que rigen la actuación administrativa¹²² y los derechos y libertades del título I de la Constitución.

El Defensor del Pueblo

Se trata de una institución que se inspira en la figura que en los países escandinavos se conoce como *Ombudsman*.

⁽¹¹⁸⁾ Artículo 2 LO 3/1981.



Joaquín Ruiz-Giménez, primer Defensor del Pueblo.

⁽¹¹⁹⁾ Art. 162.1.a CE.

⁽¹²⁰⁾ STC 150/1990.

⁽¹²¹⁾ Art. 162.1.b CE.

⁽¹²²⁾ Art. 103.1 CE.

Puede dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricciones, así como los Diputados y los Senadores, las comisiones de investigación y la comisión mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo.

Las actuaciones del Defensor del Pueblo son gratuitas para el interesado, y la asistencia del letrado o del procurador no es preceptiva.

Cuando un interesado presenta una **queja delante del Defensor del Pueblo**, éste puede tramitarla o rechazarla:

a) Si la rechaza, lo hará de una manera motivada y podrá informar al interesado de las vías más oportunas para ejercer su acción.

No podrá examinar de una manera individual las quejas sobre las cuales esté pendiente una resolución judicial.

Tampoco podrá investigar quejas referidas a la Administración de justicia, las cuales tendrá que remitir al Ministerio Fiscal.

La decisión del Defensor del Pueblo de rechazar la tramitación de la queja no es susceptible de ser recurrida.

b) Si el Defensor decide tramitar la queja, promueve la oportuna investigación sumaria e informal. Da cuenta del contenido sustancial de la queja al organismo administrativo que corresponda, a fin de que su jefe (en el plazo de quince días) le remita un informe escrito.

El Defensor (o sus delegados) puede comparecer en cualquier centro administrativo con el fin de comprobar datos, entrevistarse personalmente con quien crea conveniente o estudiar los expedientes y la documentación necesarios.

Es importante destacar que no puede denegarse al Defensor del Pueblo el examen de ningún documento, incluso de los que estén declarados secretos de acuerdo con la ley. La única excepción se produce cuando es el Consejo de Ministros quien decide denegárselo. En este caso, si el Defensor del Pueblo cree que el documento que se le deniega puede afectar de una manera decisiva a la buena marcha de su investigación, tiene que ponerlo en conocimiento de la comisión mixta Congreso-Senado.

El Defensor no tiene competencia para modificar o anular los actos y las resoluciones de la Administración Pública, pero puede sugerir la modificación de los criterios utilizados para producirlos, la adopción de nuevas medidas,

Magistratura de persuasión

El Defensor del Pueblo es, pues, fundamentalmente, una magistratura de persuasión.

como también formular advertencias, recomendaciones y recordatorios a los funcionarios sobre sus deberes legales. El resultado de las investigaciones se notifica a los interesados.

4) Finalmente, el Defensor del Pueblo debe **rendir cuentas cada año a las Cortes Generales** de la gestión que ha efectuado:

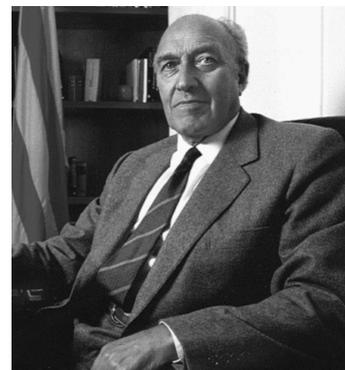
a) Con esta finalidad, tiene que presentar un **informe** donde explique el número y el tipo de quejas que ha recibido, las que ha rechazado, las que ha tramitado y los resultados de sus investigaciones. En el informe no pueden constar los datos personales que permitan identificar públicamente a los interesados en el procedimiento investigador. Un resumen de este informe es expuesto oralmente por el Defensor del Pueblo en los plenos de las dos Cámaras, con la posibilidad de que intervengan los grupos parlamentarios para fijar su posición.

b) Junto a este informe ordinario de carácter anual, el Defensor también puede presentar **informes extraordinarios**, si la gravedad o la urgencia de los hechos lo aconseja.

Tiene que tenerse en cuenta que **en las Comunidades Autónomas hay instituciones similares** que tienen como función supervisar la actuación de la Administración de la respectiva comunidad.

Un problema que se plantea es la coordinación entre el Defensor del Pueblo y estas otras instituciones de ámbito autonómico.

La Ley Orgánica 3/1981 prevé que el Defensor del Pueblo pueda supervisar la actividad de las Comunidades Autónomas, para lo que tiene que coordinar su actuación con la de las instituciones autonómicas similares, a las que podrá solicitar su cooperación. En este sentido, la Ley 36/1985 especifica mecanismos de cooperación.



Frederic Rahola, primer Síndic de Greuges, elegido en 1984.

El Síndic de Greuges

En Cataluña existe el Síndic de Greuges, institución prevista en los artículos 78 y 79 del Estatuto de autonomía del 2006. En el Estatuto de 1979, ya se había introducido esta figura, que fue desarrollada en la Ley 1/1984.

6. La suspensión de derechos y libertades

6.1. El Estado de Derecho y la suspensión de garantías

El reconocimiento y las garantías de los derechos y libertades de las personas son unos de los rasgos esenciales del Estado de Derecho. Sin embargo, la misma conservación por parte de un estado de estas características exige, en ocasiones excepcionales, limitar temporalmente el ejercicio de los derechos.

La regulación jurídica de esta limitación configura el **derecho de excepción**, que es, conjuntamente con la justicia constitucional y el procedimiento de reforma de la norma suprema, un mecanismo de defensa de la Constitución.

El derecho de excepción aparece como la respuesta que el ordenamiento constitucional ofrece ante las situaciones de crisis, es decir, cuando la seguridad interior o exterior del Estado se pone en peligro de manera que las instituciones políticas no les pueden hacer frente con los instrumentos ordinarios y permanentes que el derecho les proporciona. En este sentido, la característica básica de una situación de crisis es que la capacidad normativa de la Constitución se ve superada por los hechos.

Ante circunstancias de este tipo, en ocasiones la Constitución del Estado puede no prever ninguna respuesta jurídicamente institucionalizada o, bien en otras, sí que puede hacerlo, mediante un conjunto de instituciones jurídicas singulares que constituyen el derecho de excepción:

1) En el primer caso, es decir, cuando no hay un derecho de excepción, la antigua Constitución belga de 1831 fue en su momento un buen ejemplo cuando estableció una fórmula tan paradigmática como la siguiente:

*La Constitution ne peut pas être suspendue en tout ni en partie*¹²³.

La falta de regulación sobre las situaciones de excepción, es decir, la existencia de una laguna jurídica, permitía a los poderes públicos tomar medidas que, de hecho, suponían vulnerar el ordenamiento constitucional.

Como ha señalado Cruz Villalón, el carácter imprevisto de las situaciones que han dado lugar a las medidas excepcionales tiende a considerar el comportamiento de los gobernantes como una actuación jurídica fundamentada en un derecho positivo, no escrito, derivado del mandato *salus publica, suprema lex*.

Lectura recomendada

Para profundizar en el conocimiento de la suspensión de garantías en el estado de excepción, podéis consultar: **P. Cruz Villalón** (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.

⁽¹²³⁾ La Constitución no puede suspenderse ni totalmente ni en parte.

Un derecho de exención

Por ejemplo, mediante una ley de exención de responsabilidades la representación nacional del Parlamento podía eximir a los gobernantes de cualquier responsabilidad jurídica cuando circunstancias determinadas los habían obligado a vulnerar el ordenamiento.

2) El segundo supuesto se produce cuando la Constitución prevé explícitamente un derecho de excepción. Asimismo, dentro de los ordenamientos que establecen medidas de defensa de la Constitución podemos distinguir dos modelos básicos:

a) El **estado excepcional** es aquel modelo de derecho de excepción basado en el mantenimiento del orden constitucional, incluso en situaciones de crisis, pero preveyendo específicamente una serie de competencias extraordinarias que suponen suspender algunos preceptos de la Constitución que regulan el estatuto de libertad de la persona (estado de excepción), así como las competencias de algunos órganos en favor de otros órganos del Estado (estado de sitio).

b) La **dictadura constitucional** es un modelo del derecho de excepción que, como consecuencia de una situación de emergencia descrita genéricamente en la Constitución, permite al Poder Ejecutivo¹²⁴ asumir poderes de una manera concentrada. Según esta segunda modalidad, en principio, no hay ninguna parte del texto de la Constitución que no quede afectada por la suspensión de su vigencia.

La **Ley fundamental de Bonn** de 1949 presenta otro modelo de derecho de excepción, que constituye una forma derivada de los dos supuestos descritos y que, en general, supone suspender parcialmente la Constitución pero en condiciones institucionales determinadas, que tienden a preservar los poderes principales del Parlamento y asegurar el respeto a la legislación vigente por los poderes públicos y los agentes a su servicio, mediante la exigencia de responsabilidad jurídica.

El hecho de que la Constitución del estado democrático opte por prever el derecho de excepción como respuesta a las situaciones de crisis ofrece, sin duda, más elementos de **seguridad jurídica y política** que la opción contraria. El derecho de excepción colabora a mantener la eficacia formal de la Constitución como norma suprema y evita la situación peligrosa por imprevisible de imponer medidas de hecho sin límites explícitos o sin ningún factor condicionante.

Ahora bien, tampoco pueden sublimarse las garantías que derivan de la regulación específica de las normas excepcionales; el reto es afrontar y superar con éxito el impacto de las fuerzas de hecho que pueden operar en la sociedad en un momento determinado. Concretamente, nada impide que estas últimas puedan superar las previsiones constitucionales; sin embargo, en este caso, la situación creada –el golpe de Estado– quedaría al margen de la Constitución. La situación sería **aconstitucional**.

Lectura recomendada

Para ampliar el conocimiento del estado excepcional, podéis consultar: **M. Carrillo** (1982). *Sistema de garantías y suspensión de los derechos y libertades en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Signo Ed.

⁽¹²⁴⁾ Normalmente el Presidente de la República.

Ejemplo

Un buen ejemplo de la dictadura constitucional lo ofrece el artículo 16 de la Constitución de 1958 de la Quinta República Francesa.

Es importante destacar que la nueva situación que surge de aplicar las previsiones normativas del derecho de excepción no puede suponer una ruptura del Estado de Derecho. Si se efectúa con los controles políticos y jurídicos oportunos, puede asumirse el razonamiento de Pérez Serrano, que consideraba que ante una eventualidad de crisis la consecuencia de aplicar las medidas excepcionales previstas no es una ruptura del Estado de Derecho, sino, bien al contrario, su reafirmación.

Siguiendo a este autor español, hay que recordar lo siguiente:

"La suspensión de garantías es una situación jurídica excepcional porque con arreglo a derecho se entra en ella, con arreglo a derecho se actúa durante ella, y con arreglo a derecho se liquidan sus consecuencias exigiendo responsabilidad a los órganos que se hubiesen extralimitado."

Nicolás Pérez Serrano (1976, pág. 418).

El problema, sin duda, se encuentra no solamente en el hecho de conseguir este equilibrio difícil, sino también en el hecho de que el Estado pueda soportar, con estos instrumentos excepcionales, las presiones de los poderes fácticos que dificulten el retorno efectivo al ejercicio normal de los derechos y las libertades.

La Constitución española, en su artículo 55, establece los principios de su derecho de excepción¹²⁵:

⁽¹²⁵⁾Título I, capítulo quinto, art. 55 y título V, art. 116 CE.

1) Por una parte, prevé una modalidad tradicional de derecho de excepción que supone suspender algunos derechos y libertades con carácter general.

2) Por otra, prevé la singularidad –de clara inspiración alemana– de la suspensión individual de tres derechos fundamentales específicos, con referencia concreta a personas vinculadas a bandas armadas o grupos terroristas.

6.2. La suspensión general: los estados excepcionales

La **regulación del régimen jurídico** del derecho de excepción se encuentra en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y sitio (LEE).

6.2.1. Los antecedentes

En España no ha habido tradición constitucional sobre el derecho de excepción. Su regulación ha estado reservada a la legislación ordinaria. La LEE ofrece la novedad de que su contenido está predeterminado por una norma suprema, la Constitución, sin embargo, no ha sido la única ley que en la historia de la España contemporánea ha regulado los instrumentos de defensa del Estado en periodos de crisis. Así, hay que mencionar las leyes siguientes:

- 1) La Ley de Orden Público, de 1870, durante el sexenio revolucionario.
- 2) La Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933, durante la Segunda República.
- 3) La Ley de Defensa de la República, de 1931.
- 4) Finalmente, la Ley de 30 de julio de 1959, durante la dictadura franquista.

La LEE fue tramitada de una manera rápida inmediatamente después del fracaso del golpe de Estado del 23 de febrero de 1981. El impacto de este hecho en la vida política fue considerable, y la respuesta jurídica del poder público a futuras amenazas a la forma democrática de gobierno se tradujo en los hechos siguientes:

- a) En la promulgación de la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, más conocida como la Ley de Defensa de la Constitución, que modificó y adicionó determinados artículos del Código Penal y del Código de justicia militar, y que fue derogada posteriormente.
- b) La regulación, mediante la LEE, del derecho de excepción previsto en la Constitución que ahora se analiza.

6.2.2. Las disposiciones comunes a los tres estados excepcionales

- 1) En primer lugar, la **declaración de cualquiera de los estados excepcionales** tiene que estar fundamentada en la concurrencia de circunstancias extraordinarias que hagan imposible mantener la normalidad por los poderes ordinarios de las autoridades competentes.
- 2) Su **contenido** tiene que ser proporcional a las circunstancias causantes y no puede interrumpir el funcionamiento normal de los poderes constitucionales del Estado. Esto significa que hay que adecuar los poderes públicos a las normas vigentes, sin que la declaración de un estado excepcional implique la hibernación transitoria del régimen democrático.

La misma Constitución introduce garantías para asegurar el funcionamiento regular de las instituciones representativas: el Congreso –y, lógicamente, también el Senado– no puede ser disuelto mientras sea declarado cualquiera de los tres estados excepcionales y, además, las Cámaras quedarán automáticamente convocadas, si no lo están, en periodo de sesiones.

- 3) Los requisitos **procedimentales** establecen lo siguiente:

- La declaración tiene que estar publicada de una manera inmediata en el BOE.

- Tiene que ser difundido obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y privados que se determinen.

El mismo criterio opera para las disposiciones que la autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de los estados.

4) Por lo que respecta al **control de la Administración Pública**, con la finalidad de proteger los derechos de la persona se establece que todos sus actos y disposiciones serán susceptibles de impugnación por vía jurisdiccional, de acuerdo con el principio general de control definido por la Constitución en el artículo 106.1.

Finalmente, se reconoce un derecho de indemnización a causa de daños o perjuicios para la persona que de una manera no imputable a ella misma los sufra directamente.

6.2.3. El estado de alarma

1) El elemento objetivo del estado de alarma

La voluntad del legislador constituyente sobre el sentido de la declaración del estado de alarma fue que resultara procedente declarar este estado excepcional como consecuencia de desastres naturales o hechos similares, pero nunca a causa de conflictos económico-sociales.

Desde esta perspectiva, el artículo 4 de la LEE establece un número tasado de **supuestos** que permiten declarar el estado de alarma y que, como tal, no permiten que, por analogía, pueda aplicarse a otros casos. Estos supuestos son los siguientes:

- a) Las catástrofes, calamidades o desastres públicos, como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales, o accidentes de gran magnitud.
- b) Las crisis sanitarias, como epidemias y situaciones de contaminación graves.
- c) La paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, en el ejercicio del derecho de huelga o en la adopción de medidas de conflicto colectivo, cuando no se garanticen los servicios esenciales y siempre que concurra alguna de las circunstancias restantes contenidas en el artículo 4 de la LEE.
- d) Las situaciones de falta de abastecimiento de productos de primera necesidad.

Probablemente, de los cuatro grupos de supuestos regulados por la ley, el tercero presenta especial interés en la medida en que, al establecer requisito de concurrencia "de alguna del resto de circunstancias o situaciones [...]", evita que esta ley restrinja el contenido del derecho de huelga. No ha de olvidarse que la declaración del estado de alarma no supone ninguna suspensión de derechos y libertades.

2) El elemento subjetivo del estado de alarma

El estado de alarma es declarado por el Gobierno mediante decreto para un plazo de quince días. De una manera inmediata, el Gobierno tiene que dar cuenta al Congreso de los Diputados; únicamente puede prorrogarse el plazo inicial, si procede, con la autorización de la Cámara Baja.

La intervención de los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas es prácticamente nula. En la declaración del estado de alarma no son consultados previamente por el Gobierno del Estado, aunque los efectos se proyecten sobre su territorio. En este sentido, la LEE obvia la descentralización política que establece la Constitución, ya que únicamente reconoce la posibilidad de que el Presidente autonómico solicite al Gobierno la declaración del estado de alarma en el artículo 5; pero no está prevista, por ejemplo, la consulta previa para conocer la opinión del representante máximo de la comunidad autónoma cuando el Gobierno decida declararlo en todo su territorio o en una parte del mismo.

Cuándo la LEE se refiere a la **autoridad competente**, se entiende que ésta es el Gobierno del Estado o, por delegación de éste, el Presidente de la comunidad autónoma, siempre que la declaración afecte exclusivamente a todo el territorio de una comunidad o una parte de la misma.

3) El elemento formal del estado de alarma

La declaración se lleva a cabo mediante un **decreto del Consejo de Ministros**, cuyo contenido tiene que expresar:

- el ámbito territorial,
- la duración,
- los efectos.

Asimismo, el Gobierno tiene que dar cuenta al Congreso de los Diputados tanto de la declaración propiamente dicha, como de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma.

4) Los efectos del estado de alarma

Con carácter general, la declaración del estado de alarma puede permitir acordar las **medidas** siguientes:

- a) Limitar la circulación permanente de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarla a cumplir determinados requisitos.
- b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes o imponer prestaciones personales obligatorias.
- c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, a excepción de los domicilios privados.
- d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.
- e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y centros de producción en situación de falta de abastecimiento.

En los dos primeros supuestos mencionados antes, la autoridad competente puede adoptar las medidas establecidas contra las enfermedades infecciosas y la protección del medio ambiente, en materia de aguas e incendios forestales. En el tercero y el cuarto supuestos puede acordar intervenir empresas o servicios, así como movilizar al personal con el objetivo de asegurar su funcionamiento.

En relación con las autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los cuerpos de policía de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, y el resto de funcionarios y trabajadores a su servicio, quedan bajo las órdenes directas de la autoridad competente. Y si esta autoridad es el Presidente autonómico, puede requerir la colaboración de los cuerpos y las fuerzas de seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus jefes naturales¹²⁶.

⁽¹²⁶⁾Art. 9 LEE.

El **incumplimiento** o la resistencia con respecto a las órdenes de la autoridad competente por parte de los funcionarios puede llevar implícita la suspensión en el ejercicio del cargo, independientemente de otras responsabilidades que pudieran derivar¹²⁷.

⁽¹²⁷⁾Art. 10 LEE.

6.2.4. El estado de excepción

1) El elemento objetivo del estado de excepción

Se trata de un supuesto que tipifica situaciones que, por sí mismas, afectan directamente a la estabilidad y la permanencia del sistema democrático.

De acuerdo con el artículo 13, la LEE decretará el **estado de excepción** cuando el ejercicio libre de los derechos y las libertades de la ciudadanía, el funcionamiento normal de las instituciones democráticas, el funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan alterados gravemente que las potestades ordinarias del Gobierno sean insuficientes para restablecerlo y mantenerlo.

2) El elemento subjetivo del estado de excepción

El estado de excepción se declara por un decreto del Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. El decreto tiene que especificar los efectos, el ámbito territorial y la duración de la medida excepcional.

En relación con este último requisito, la Constitución dice que no puede exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual y con los mismos requisitos formales que la declaración.

Se puede deducir de esta previsión constitucional, pues, que la prórroga puede ser más de una, ya que en caso contrario podría llegarse a situaciones ilógicas. Pensad, por ejemplo, en el caso probable de que, después de la primera prórroga¹²⁸, el periodo transcurrido no haya sido suficiente para normalizar una situación conflictiva determinada, sin embargo, sí que haya servido para disminuir los efectos de la crisis política; en esta coyuntura parece más razonable conceder una nueva prórroga del estado de excepción que dejar de aplicar las medidas excepcionales o pasar al grado superior, la declaración del estado de sitio.

⁽¹²⁸⁾ Es decir, después de dos meses.

La **participación de los órganos autonómicos** es aquí, una vez más, muy reducida. De hecho, casi nula, porque la LEE únicamente prevé que, cuando la declaración del estado de excepción afecte a todo el territorio de una comunidad autónoma o a una parte, la autoridad gubernativa competente pueda coordinar el ejercicio de sus competencias con el Gobierno de la comunidad mencionada.

3) El elemento formal del estado de excepción

Ya se ha dicho que esta modalidad de estado excepcional se declara mediante un decreto del Consejo de Ministros, autorizado previamente por el Congreso de los Diputados. La solicitud de autorización tiene que contener, preceptivamente, las precisiones siguientes:

a) La **determinación de los efectos** del estado de excepción, haciendo mención de una manera expresa de los derechos que quieren suspenderse.

b) La **relación de las medidas** a adoptar referidas a los derechos de los que se solicita la suspensión.

c) El **ámbito territorial** y la **duración**, que no podrá exceder de treinta días, al margen, naturalmente, de las prórrogas¹²⁹ que puedan producirse.

(129) Requieren en todos los casos la correspondiente autorización del Congreso cada vez que se produzcan.

d) La **cuantía máxima de las sanciones pecuniarias** que la autoridad gubernativa está dispuesta a imponer¹³⁰.

(130) Art. 13.2 LEE.

Una vez presentada la solicitud, el Congreso la debate y, como resultado de la sesión parlamentaria, puede aprobarla en los mismos términos previstos en la solicitud del Gobierno o bien, por el contrario, introducir modificaciones¹³¹. Es evidente, pues, que las Cortes tienen capacidad decisoria sobre el contenido de la declaración del estado de excepción, que corresponde formalmente al Gobierno.

(131) Art. 13.1 LEE.

Si durante la vigencia del estado de excepción el Gobierno considera conveniente adoptar medidas diferentes de las que inicialmente estaban previstas en el decreto, tendrá que solicitar al Congreso la autorización necesaria para modificarlo. Habrá que repetir el procedimiento descrito hasta ahora: solicitud de autorización, debate parlamentario y nuevo decreto que recoja el resultado de la sesión parlamentaria¹³².

(132) Art. 15.2 LEE.

El Gobierno, también –obviamente– por decreto acordado en Consejo de Ministros, puede poner fin al estado de excepción antes de que finalice el periodo para el cual fue declarado, de lo que tiene que dar cuenta al Congreso de los Diputados¹³³.

(133) Art. 15.2 LEE.

4) Los efectos del estado de excepción

A diferencia del estado de alarma, en este supuesto de excepcionalidad el efecto de su vigencia supone suspender una parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Veamos cuáles son estos derechos fundamentales:

a) La **libertad personal**¹³⁴. La autoridad gubernativa puede detener a cualquier persona si lo considera necesario para conservar el orden, siempre que, cuando menos, tenga sospechas razonables de que la persona mencionada pueda

(134) Art. 16 LEE.

alterar el orden público. Con esta finalidad se establece un periodo máximo de detención gubernativa de diez días y la obligación de comunicar esta decisión al Juez competente en un plazo de veinticuatro horas.

Por lo tanto, es evidente que la **intervención judicial** es *a posteriori* y no supone un acto de control que pueda anular la decisión gubernativa; se trata de que el Juez quede enterado de la situación de detención que afecta a la persona.

b) La **inviolabilidad del domicilio**¹³⁵. Este derecho fundamental puede ser suspendido por la autoridad gubernativa, si lo considera necesario, para aclarar los hechos presuntamente delictivos o para mantener el orden público. La asistencia de los vecinos requeridos para presenciar el registro es obligatoria, y tiene que informarse inmediatamente al Juez de las causas, los resultados y el acto del registro.

(135) Art. 17 LEE.

c) La **inviolabilidad de las comunicaciones**¹³⁶. La decisión de intervenir también corresponde a la autoridad gubernativa, que tendrá que comunicarlo por escrito dirigido al Juez competente. También puede intervenir y controlar todo tipo de transportes y la carga que supongan¹³⁷.

(136) Art. 18 LEE.

(137) Art. 19 LEE.

d) La **libertad de residencia y de circulación**¹³⁸. Cuando el Congreso de los Diputados autoriza la suspensión por parte del Gobierno de estas dos libertades, éste puede prohibir la circulación de personas y vehículos a las horas y los lugares que determine; también puede delimitar las zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia, y puede exigir a determinadas personas que comuniquen con una antelación de dos días todo tipo de desplazamientos fuera de la localidad en las que tengan su residencia habitual, etc.

(138) Art. 20 LEE.

e) La **libertad de expresión**¹³⁹. La suspensión de la libertad de expresión y del derecho a la información implica que se pueden suspender toda clase de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales. Del mismo modo puede ordenarse el secuestro administrativo de publicaciones, pero se mantiene la prohibición de la censura previa.

(139) Art. 21 LEE.

f) El **derecho de reunión**¹⁴⁰. La suspensión del derecho de reunión faculta a la autoridad gubernativa para prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones o someterla a su autorización previa, y también para disolverlas.

(140) Art. 22 LEE.

Obviamente, quedan excluidas de esta regulación las reuniones orgánicas de los partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales.

g) El **derecho de huelga**¹⁴¹. Este derecho puede ser suspendido, y también el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo por parte de empresarios y trabajadores.

(141) Art. 23 LEE.

Asimismo, la aplicación de esta situación de excepción también supone los efectos siguientes:

- La posibilidad de tomar medidas de control periódico sobre los extranjeros¹⁴².
- Confiscar todo tipo de armas, municiones o sustancias explosivas¹⁴³.
- Intervenir industrias o comercios que puedan alterar el orden público.
- Cerrar provisionalmente las salas de espectáculos, establecimientos de bebidas y locales de características similares¹⁴⁴.
- Ordenar medidas de vigilancia y protección de edificaciones, instalaciones, servicios públicos, etc.

(142) Art. 24 LEE.

(143) Art. 25 LEE.

(144) Art. 26 LEE.

Si durante la vigencia del estado de excepción el Juez estima que una persona está implicada en hechos contrarios al orden público que puedan ser constitutivos de delito, una vez escuchado el Ministerio Fiscal, decretará la **prisión provisional** del presunto responsable y la mantendrá según su arbitrio durante el estado de excepción.

Por otra parte, los condenados mediante estos procedimientos quedan **excluidos de los beneficios de la remisión condicional de la pena** durante la vigencia de esta situación excepcional¹⁴⁵.

(145) Art. 30 LEE.

Sobre este último supuesto, hay que subrayar el **carácter imperativo** que la LEE tiene con respecto a la decisión del Juez; se trata de una previsión legal que probablemente limita la independencia al obligarlo a pronunciarse en un sentido determinado.

6.2.5. El estado de sitio

En **España** el estado de sitio que describe la LEE puede asimilarse en una parte de su contenido al estado de guerra que tipificaban las leyes de orden público de 1933 y 1959. Sin embargo, el estado de sitio no comporta necesariamente la existencia previa de un conflicto armado.

De acuerdo con la Constitución, la **declaración de la guerra** corresponde al Rey, previa autorización de las Cortes Generales¹⁴⁶, que difícilmente puede hacerse sin una iniciativa del Gobierno en el mismo sentido, ya que es a quien está atribuida la función de dirigir la Administración militar y la defensa del Estado¹⁴⁷, así como la dirección de la política interior y exterior.

(146) Art. 63.2 CE.

(147) Art. 97 CE.

El estado de sitio puede ser equiparado, como decía Pérez Serrano, a un tipo de estado de guerra ficticio o político, a diferencia del auténtico estado de guerra en caso de conflicto armado. ¿Qué consecuencias tiene proclamarlo? ¿Puede derivar en una dictadura constitucional? ¿Desaparece el poder civil?

García Pelayo lo ha conceptualizado de la manera siguiente:

"Una institución jurídica prevista de antemano cuyo objeto es restablecer la paz pública y con ella el imperio de la Ley, que se caracteriza por un refuerzo del poder ejecutivo consistente al atribuir a la autoridad militar competencias hasta entonces pertenecientes a la civil, al tiempo que con la suspensión de ciertos derechos individuales y otras medidas se ensanche el ámbito de tales competencias."

Manuel García Pelayo (1984, pág. 166).

De esta cita hay que remarcar cuatro **aspectos fundamentales** que definen el estado de sitio:

- 1) Se trata de una institución jurídica prevista y, por lo tanto, no creada por un acto de fuerza.
- 2) Supone fortalecer el poder atribuido al Ejecutivo.
- 3) Asimismo, comporta más protagonismo institucional de la autoridad militar, que asume determinadas competencias de una manera extraordinaria.
- 4) Su objeto es restablecer la legalidad amenazada.

El mismo autor considera que se trata de una situación sometida al derecho, no sólo en lo que concierne a la regulación de los supuestos que la habilitan sino también en relación con el contenido, ya que no se conceden poderes ilimitados ni soberanos, sino que éstos tienen un límite fijado por la Ley y están sometidos a control y responsabilidad.

1) El elemento objetivo del estado de sitio

El estado de sitio puede declararse cuando se produce o existe la amenaza de que puede producirse una **insurrección** o acto de fuerza contra la soberanía o la independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, siempre que no pueda resolverse mediante otros medios¹⁴⁸.

⁽¹⁴⁸⁾Art. 32.1 LEE.

2) El elemento subjetivo del estado de sitio

Corresponde al Gobierno, de una manera exclusiva, la iniciativa de proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio, que tiene que ser aprobada por la mayoría absoluta de la Cámara.

3) El elemento formal del estado de sitio

La declaración o resolución del Congreso de los Diputados¹⁴⁹ tiene que contener preceptivamente los aspectos siguientes¹⁵⁰:

⁽¹⁴⁹⁾El Senado está excluido del derecho de excepción.

- a) El ámbito territorial de aplicación.
- b) La duración y las condiciones del estado de sitio.
- c) Los derechos y las libertades suspendidos.

⁽¹⁵⁰⁾Art. 32.2 y 3 LEE.

Asimismo, tiene que determinar los **delitos** que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar¹⁵¹.

⁽¹⁵¹⁾Art. 35 LEE.

Por todo esto, la **autoridad militar designada** publica y difunde los bandos oportunos, resoluciones administrativas que contienen las medidas y las prevenciones necesarias para llevar a término las decisiones del Gobierno.

4) Los efectos del estado de sitio

Además de los derechos y las libertades que pueden ser suspendidos en un supuesto de estado de excepción, la declaración del estado de sitio también permite suspender las **garantías del detenido** previstas en el artículo 17.3 de la CE, que consisten en lo siguiente:

- a) El derecho a ser informado de una manera inmediata y comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, sin estar obligado a declarar.
- b) El derecho a la asistencia del abogado en las diligencias policiales y judiciales.

Además de la suspensión de derechos y libertades, los efectos de la declaración dan lugar a una **modificación de las competencias** en favor de la autoridad militar:

1) Por un lado, las competencias de **carácter ejecutivo**¹⁵²: en virtud de la declaración, el Gobierno, que continúa dirigiendo la política militar y de defensa, asume las facultades extraordinarias previstas por la CE y la LEE. Con esta finalidad designa la **autoridad militar** que, bajo su dirección, tiene que ejecutar las medidas pertinentes.

(152) Art. 33 LEE.

2) Por otro, las de **carácter jurisdiccional**: el Congreso puede ampliar el ámbito material de **competencias de la jurisdicción militar**, en función de las necesidades que deriven de la gravedad indudable de la situación, a tipos de delito que habitualmente son competencia de la jurisdicción ordinaria.

El gran reto de las instituciones democráticas en una situación como la que regula esta modalidad *in extremis* de derecho de excepción es como afrontar la presión de las fuerzas de hecho que quieran resolver la crisis con métodos ajenos a las normas jurídicas que el Estado ha creado para hacer frente a situaciones de este tipo, es decir, cómo volver a la situación de normalidad sin que el Estado de Derecho quede afectado.

6.3. La suspensión individual: el ámbito material y las garantías

La Constitución remite a una Ley Orgánica para regular los supuestos en que, de una manera únicamente individual, podrán ser suspendidos determinados derechos del título I, como consecuencia de las investigaciones correspondientes a las actuaciones de bandas armadas o elementos terroristas.

La justificación de este precepto constitucional (art. 55.2 CE) se fundamentó en la situación de violencia política existente en determinadas zonas del Estado, que incidió sobre el proceso constituyente y que hoy todavía sigue afectando a la vida política española.

La institución de la **suspensión individual de derechos fundamentales** es una forma *sui generis* de derecho de excepción; su existencia no es obligatoria ni permanente: de acuerdo con lo que prevé el artículo 55.2 de la CE, depende de la decisión del legislador. En todo caso, haya o no, una legislación específica sobre esta materia, difícilmente puede considerarse una forma de defensa de la Constitución.

Suspensión de los derechos del título

Las normas de este tipo están aisladas en el marco del derecho comparado. El referente constitucional más próximo puede encontrarse en los artículos 10.2 y 18 de la Ley fundamental de Bonn. En el marco de la colaboración internacional en la represión del terrorismo hay que mencionar el Convenio de Estrasburgo de 1977 y el reciente convenio europeo.

a) Inicialmente, las previsiones constitucionales formaron parte de una normativa específica regulada en las leyes orgánicas 11/1980 y 9/1984. Esta última fue declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la STC 199/1987.

b) En la actualidad, la legislación antiterrorista y contra bandas armadas está incorporada a la legislación procesal común, es decir, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante la reforma de ésta prevista en la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo. Por otra parte, los delitos de terrorismo están tipificados por el actual Código Penal en los artículos 571 a 580.

1) El elemento objetivo de la suspensión individual de derechos fundamentales

Las **actividades delictivas** que pueden dar lugar a la suspensión individual de determinados derechos fundamentales son los cometidos por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes.

El **delito de rebelión** se define en el Código Penal¹⁵³ y se tipifica como aquellas actividades de alzamiento violento y público con el objeto de derogar, suspender o modificar totalmente o parcialmente la Constitución, impedir la celebración libre de elecciones, disolver las Cortes, destituir al Rey, etc.

⁽¹⁵³⁾Art. 472.

El **terrorismo** es una forma de ataque a las estructuras del Estado de Derecho que se concreta, de acuerdo con la definición que ha aportado el mismo Tribunal Constitucional, como una forma de delincuencia organizada en grupos permanentes y estables de carácter armado con la finalidad de:

"Producir un terror en la sociedad y un rechazo en la colectividad, por la gran incidencia que tienen en la seguridad ciudadana, que supone también, así, un ataque al conjunto de la sociedad democrática."

STC 199/1987.

2) El elemento subjetivo de la suspensión individual de derechos fundamentales

Obviamente, son los sujetos susceptibles de ser afectados por las medidas de suspensión de los derechos de las personas vinculadas a grupos terroristas y rebeldes. La legislación de excepción aplicable a estas personas es una normativa de aplicación limitada a personas específicas y muy determinadas.

Lectura recomendada

Para ampliar el conocimiento de la legislación antiterrorista y contra bandas armadas, podéis consultar: **J. Terradillos Basoco** (1988). *Terrorismo y Derecho (Comentario a las leyes orgánicas 3/4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*. Madrid: Tecnos.

En este sentido, tanto la jurisprudencia penal como, especialmente, la jurisprudencia constitucional¹⁵⁴ han insistido en la necesidad de una **interpretación restrictiva** del ámbito subjetivo de las nociones de banda armada o elementos terroristas, es decir, el ámbito de las personas que pueden ser integrantes de cualquiera de estos grupos.

⁽¹⁵⁴⁾STC 199/1987.

3) El elemento formal de la suspensión individual de derechos fundamentales

La **competencia jurisdiccional** para atender a las causas puestas en marcha por actividades delictivas relacionadas con el terrorismo, las bandas armadas o la rebelión corresponde a los órganos judiciales siguientes:

- A los juzgados centrales de instrucción, que instruyen las causas.
- A la Audiencia Nacional, que juzga estas causas.

Juzgados centrales de instrucción y Audiencia Nacional

Los dos órganos judiciales son de ámbito territorial estatal, con sede en Madrid.

4) Los efectos de la suspensión individual de derechos fundamentales

Los **derechos fundamentales** que pueden ser suspendidos son los siguientes:

a) El **derecho de libertad personal**, en la medida en que se amplía el plazo máximo de detención policial preventiva, sin poner al detenido a disposición judicial¹⁵⁵. El **plazo ordinario** de setenta y dos horas puede ampliarse cuarenta y ocho horas más, es decir, en total cinco días como máximo, siempre que la policía solicite la prórroga de una manera motivada –por lo tanto, justificada– al Juez, durante las primeras cuarenta y ocho horas de la detención. Este último tiene que autorizarla en las próximas veinticuatro horas.

⁽¹⁵⁵⁾Art. 17.2 CE.

Lectura recomendada

Para conocer mejor los derechos suspendidos por terrorismo, podéis consultar: E. Virgala Foruria (1994). "La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 40). Madrid.

Como es evidente, el legislador asegura con estas cautelas que la decisión sobre el prolongamiento de la detención gubernativa no pueda darse, en ningún caso, más allá de los tres primeros días y siempre con el control judicial suficiente.

La autoridad gubernativa, asimismo, puede solicitar al Juez instructor la **incomunicación del detenido**, que puede ser decretada de una manera motivada en el plazo de las primeras veinticuatro horas de la detención. La incomunicación no impide el derecho de defensa del detenido, que lo ejercerá, sin embargo, mediante un abogado designado de oficio.

b) La **inviolabilidad del domicilio**¹⁵⁶. La autoridad gubernativa puede llevar a cabo el registro del domicilio de personas presuntamente responsables de las actividades delictivas señaladas antes. Del registro efectuado se da notificación inmediatamente al Juez competente, con la indicación de las causas que lo motivan y los resultados obtenidos, con referencia especial en las detenciones que, si ha hecho falta, se hayan llevado a cabo.

⁽¹⁵⁶⁾Art. 18.2 CE.

Es evidente, pues, que la intervención judicial, aun siendo inmediata, se produce *a posteriori* de la acción de la policía.

c) El **secreto de las comunicaciones**¹⁵⁷. En caso de urgencia y cuando las investigaciones se hagan sobre delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, el Ministro de Interior o, si no lo hay, el Director de la Seguridad del Estado puede acordar vigilar las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas.

De la misma manera que en el caso anterior, la autoridad gubernativa tiene que comunicar inmediatamente su decisión al Juez competente, y éste, de una manera motivada, la revoca o la confirma, en un plazo que puede exceder las setenta y dos horas desde que ha sido ordenada la vigilancia.

(157) Art. 18.3 CE.

Nuevas tecnologías

Las formas de comunicación que la tecnología más reciente haya creado, como el fax, Internet, etc., hay que incluirlas por analogía, aunquela ley no lo especifica.

7. El principio de igualdad

La Constitución establece lo siguiente:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 14.

Se establece así el **principio de igualdad**, que se concreta en el **derecho a no ser discriminado**. El principio de igualdad pone límites a los diversos órganos del Estado a la hora de decidir la distribución de beneficios y cargas entre las diferentes personas.

7.1. La caracterización general

Con el fin de entender la naturaleza de este principio o derecho, tienen que tenerse en cuenta tres cosas:

1) Podríamos decir que se trata de un derecho de **segundo grado**. El principio de igualdad (el derecho a no ser discriminado) no protege ningún bien o derecho sustantivo, sino que pone restricciones a la manera como pueden distribuirse los bienes o los derechos sustantivos. Desde el punto de vista del principio de igualdad, por ejemplo, el Estado puede decidir no reconocer a ninguna persona el beneficio de la subrogación del arrendamiento a la muerte del arrendatario, ya que no hay un derecho constitucional para disfrutar de este beneficio, pero no puede reconocer este beneficio en favor de unas personas y no de otras, excepto si hay diferencias objetivas que justifiquen un trato desigual.

2) El principio de igualdad tiene dos **vertientes**:

a) Por una parte, este principio obliga a los órganos que aplican el derecho (especialmente los Jueces y la Administración) a tratar de una manera igual los supuestos que el derecho trata de una manera igual. Hablamos entonces de la **igualdad en la aplicación de la ley**.

b) Por otra parte, el principio de igualdad obliga a quien crea las normas jurídicas¹⁵⁸ a regular los supuestos de hecho de una manera que no se introduzcan diferencias de trato no justificadas. La actividad de legislar¹⁵⁹ comporta

Lectura recomendada

Para conocer mejor los límites que establece el principio de igualdad, podéis consultar: **J. Jiménez Campo** (1983). "La igualdad jurídica como límite frente al legislador". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 9).

Ejemplo

Por ejemplo, si la ley da derecho a ingresar en la universidad pública a todo aquel que reúna los requisitos A, B y C, la Administración violará el principio de igualdad en la aplicación de la ley si se niega a admitir en la universidad al Sr. X, que reúne los requisitos A, B y C, y en cambio admite a los Sres. Y y Z, que reúnen los mismos requisitos.

⁽¹⁵⁸⁾El legislador y el Gobierno cuando dicta reglamentos.

⁽¹⁵⁹⁾La actividad de crear normas jurídicas generales.

necesariamente tener que clasificar la realidad en diversos supuestos de hecho abstractos y relacionarlos con consecuencias jurídicas diversas. Legislar es, por lo tanto, introducir distinciones.

Pero no todas las distinciones son admisibles: sólo lo son las que se basan en razones constitucionalmente justificadas, como tendremos ocasión de ver con más detenimiento. Si la ley que regula el acceso a la universidad, por ejemplo, establece que una de las condiciones para ingresar es ser de raza blanca, está claro que la ley viola el principio de igualdad: la diferencia de trato entre el aspirante de raza blanca y el aspirante de raza negra no es una diferencia justificable.

Si en estas circunstancias la Administración niega el ingreso a la universidad al aspirante de raza negra, no se viola el principio de igualdad en la aplicación de la ley: la ley se ha aplicado correctamente. Lo que pasa es que la ley viola el principio de igualdad. Hablamos entonces de la **lesión de la igualdad en la ley**.

3) El principio de igualdad está fuertemente vinculado al **estado social**. Como ya sabéis, la Constitución establece lo siguiente:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Artículo 9.2.

Este **mandato de intervención de los poderes públicos** presupone reconocer la existencia de un déficit de libertad e igualdad reales en el seno de la sociedad. Desde este punto de vista, se considera lícito que el Estado introduzca leyes y lleve a cabo políticas públicas que favorezcan a los grupos más débiles con el fin de compensar este déficit. El principio de igualdad del artículo 14 de la CE tiene que entenderse de una manera coherente con este mandato del artículo 9.2.

Esto quiere decir que, por ejemplo, el Estado puede adoptar medidas que favorezcan a las mujeres en relación con los hombres con el fin de compensar los efectos históricos de unas prácticas discriminatorias. ¿Ahora bien, qué límites tiene que respetar el Estado a la hora de adoptar estas medidas?

A continuación estudiamos las dos vertientes del principio de igualdad. Empezamos por la igualdad en la aplicación de la ley.

El principio de igualdad

El principio de igualdad tiene dos vertientes: la igualdad en la aplicación de la ley y la igualdad en la ley.



Las mujeres se han manifestado con el fin de conseguir la igualdad de derechos en relación con los hombres.

7.2. La igualdad en la aplicación de la ley

Ya hemos visto que la igualdad en la aplicación de la ley significa que la Administración pública y los Jueces tienen que imponer las mismas consecuencias jurídicas a los casos que respondan al mismo supuesto de hecho que la ley describe con carácter abstracto.

En este sentido, el principio de igualdad en la aplicación de la ley se confunde con el **principio de legalidad**, que obliga a los órganos del Estado a actuar de acuerdo con la ley.

Ahora bien, la cosa se complica cuando tenemos en cuenta que la aplicación de las normas es una tarea compleja, en la que a veces se plantean cuestiones controvertidas:

- a) A veces hay diferentes disposiciones jurídicas que son aplicables al caso a resolver, y no está claro cuál de estas disposiciones tiene que aplicarse.
- b) Otras veces, no está claro cuál es la interpretación correcta de la disposición jurídica aplicable.

La tarea de decidir, en última instancia, qué **disposición** es la aplicable al caso y qué **interpretación** es la correcta corresponde a los Jueces y a los Tribunales integrantes del Poder Judicial¹⁶⁰. Esto quiere decir que Jueces diferentes pueden resolver un mismo tipo de caso de una manera diferente, y que un mismo Juez puede cambiar de opinión sobre cómo resolver un mismo tipo de caso. ¿Impone el principio de igualdad¹⁶¹ algún **límite** a esta pluralidad de decisiones judiciales?

Por lo que respecta a la **diversidad de soluciones** entre los diferentes Jueces, no hay inconveniente en decir que se afecta el principio de igualdad cuando los individuos reciben tratos diferentes en función del Juez que les corresponde.

Ahora bien, el remedio para evitar esta pluralidad de soluciones se encuentra en el establecimiento de un buen **sistema de recursos procesales** a través de los cuales los Tribunales superiores, con su jurisprudencia, unifiquen los criterios de aplicación del derecho¹⁶². El sistema de recursos en las jurisdicciones ordinarias tiene que garantizar que, por una parte, se respete el principio de igualdad en la aplicación de la Ley y, por otra parte, la independencia de los órganos jurisdiccionales en su aplicación. De acuerdo con esto, queda fuera del ámbito del recurso de amparo la solución del conflicto eventual entre los dos principios constitucionales, de manera que el Tribunal Constitucional no admite a trámite las demandas basadas en la aplicación diferente de la ley por parte de dos órganos jurisdiccionales diferentes en ejercicio de su propia in-

Ejemplo

Por ejemplo, si el artículo 138 del Código Penal establece la pena de prisión para todo aquel que cometa delito de homicidio (el cual exige la satisfacción de un conjunto de requisitos), el Juez tendrá que imponer esta pena a todo aquel que lleve a cabo un delito de homicidio.

Igualdad en la aplicación de la ley

El principio de igualdad en la aplicación de la ley se dirige, sobre todo, a la Administración y a los Jueces, los cuales tienen que aplicar las normas del sistema jurídico a los diversos casos de la vida real.

⁽¹⁶⁰⁾Art. 117.3 CE.

⁽¹⁶¹⁾Art. 14 CE.

Diversidad de soluciones entre jueces

Contradice el sentido de igualdad por ejemplo, que un determinado tipo de hecho sea considerado constitutivo de delito de violación en Barcelona, pero no en Tarragona.

⁽¹⁶²⁾STC 49/1982.

dependencia, siempre que, obviamente, la diferencia no se fundamente en el hecho de que una de las decisiones es arbitraria. Si es el caso, el derecho constitucional violado no es el principio de igualdad, sino la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional sólo entrará a valorar la posible vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley si las diversas soluciones al mismo tipo de caso han sido dadas por el mismo órgano judicial.

Analicemos, pues, qué pasa cuando un mismo órgano impone soluciones jurídicas diferentes a casos que realizan el mismo supuesto de hecho.

Según el Tribunal Constitucional, los Jueces ordinarios están sujetos a la ley, no a sus propios precedentes¹⁶³. Esto quiere decir que, si el Juez considera que tiene que abandonar la interpretación que dio a un caso en el pasado, ya sea porque ya no es aceptable ante el cambio de circunstancias sociales¹⁶⁴, o porque considera que se equivocó, nada le impide abandonarla.

(163)STC 49/1985.

(164)Art. 3.1 del Código Civil.

Ahora bien, si el Juez cambia de criterio, dará soluciones diferentes a dos casos que integran el mismo supuesto de hecho abstracto. Esto afecta a la igualdad en la aplicación de la ley. Y por ello, según el Tribunal¹⁶⁵, el cambio de criterio sólo es constitucionalmente aceptable cuando el Juez razona suficientemente este cambio:

(165)STC 201/1991.

"Lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*."

Fundamento jurídico 2.

Lecturas recomendadas

Para profundizar en la jurisdicción del Tribunal Constitucional en lo que concierne a la igualdad en la aplicación de la ley, podéis consultar:

F. Rubio Llorente (1993). "El principio de igualdad en la jurisdicción del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 31).

También en: F. Rubio Llorente (1991). *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Si no hay un cambio con vocación de futuro, o si el cambio de criterio no está suficientemente razonado, el Juez lesionará el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y el litigante podrá acudir al Tribunal Constitucional en recurso de amparo. Es importante no confundirse en este punto: el Tribunal Constitucional no tiene que decidir qué interpretación del derecho ordinario es la correcta¹⁶⁶, sino pura y simplemente si el cambio de criterio interpretativo es un cambio con vocación de futuro y suficientemente razonado.

La diversidad de soluciones

Por ejemplo: si, de acuerdo con el derecho vigente, es discutible cuál es la resolución jurídica de los casos que integran el supuesto de hecho ABC, y si las soluciones X y Y son ambas razonables, el Juez ordinario puede optar por la una o por la otra.

Supongamos que a lo largo del tiempo el Juez ha tenido que resolver, cronológicamente, los casos ABC1, ABC2, ABC3, ABC4, ABC5, ABC6, ABC7, ABC8 y ABC9. Todos son casos individuales que integran un mismo supuesto de hecho abstracto: ABC. Las personas involucradas son diferentes, y otras circunstancias irrelevantes también son diferentes¹⁶⁷, pero todos estos casos son iguales en la medida en que todos reúnen las condiciones ABC que la norma jurídica fija con carácter general.

1. Supongamos que el Juez ha dado las soluciones siguientes:

<ul style="list-style-type: none"> • ABC1 X • ABC2 X • ABC3 X 	<ul style="list-style-type: none"> • ABC4 X • ABC5 Y • ABC6 X 	<ul style="list-style-type: none"> • ABC7 X • ABC8 X • ABC9 X
--	--	--

En este caso, no podemos decir que el Juez haya respetado el principio de igualdad. El demandante en el caso ABC5 ha obtenido una resolución jurídica diferente de los otros demandantes, tanto antes (casos ABC1 a ABC4) como después (casos ABC6 a ABC9).

Es cierto que el derecho vigente puede ser interpretado de dos maneras, y que tan razonable es la resolución X como la Y. Pero el principio de igualdad no se conforma con el hecho de que la resolución sea razonable. Exige algo más: que cuando el Juez abandona el criterio que ha seguido hasta aquel momento, inaugure un nuevo criterio y el cambio sea razonado.

Evidentemente, en este caso el Juez no ha inaugurado un nuevo criterio con vocación de permanencia, sino que ha exceptuado los criterios anterior y posterior en un caso concreto. Se ha violado, por lo tanto, el **principio de igualdad en la aplicación de la ley**.

2. Supongamos que el Juez da las soluciones siguientes:

<ul style="list-style-type: none"> • ABC1 X • ABC2 X • ABC3 X 	<ul style="list-style-type: none"> • ABC4 X • ABC5 X • ABC6 Y 	<ul style="list-style-type: none"> • ABC7 Y • ABC8 Y • ABC9 Y
--	--	--

Aquí sí podemos decir que el Juez ha cambiado de criterio: a partir del caso ABC5 ha inaugurado uno **nuevo criterio**, que sigue de una manera permanente, en sustitución del criterio anterior. Si el Juez razona suficientemente el cambio, se considera que no ha habido una vulneración del principio de igualdad.

Debemos hacer notar que, a la hora de determinar hasta qué punto el Juez ha razonado suficientemente el cambio de criterio, el Tribunal Constitucional suele actuar con mucha deferencia para con el Juez. Existe el riesgo que el Tribunal Constitucional invada la función de los Jueces ordinarios, que tienen reservada en favor suyo la potestad jurisdiccional ordinaria¹⁶⁸.

⁽¹⁶⁶⁾Esto sería convertir el Tribunal Constitucional en un tribunal de casación universal, como dice la STC 134/1991.

Cambio de criterio de los jueces

Según el Tribunal Constitucional los Jueces no están sujetos a sus propios precedentes; pueden, por lo tanto, cambiar de criterio, siempre que el cambio tenga vocación de futuro y sea razonado y razonable.

⁽¹⁶⁷⁾Por ejemplo, si el demandante es más o menos calvo.

⁽¹⁶⁸⁾Art. 117.3 CE.

⁽¹⁶⁹⁾STC 201/1991.

Lectura recomendada

Podéis consultar, por ejemplo, la STC 42/1993.

Nota

Este caso está inspirado en un caso real, protagonizado por el Tribunal Central de Trabajo (hoy desaparecido). Las fechas son exactas.

Por esta razón sólo en casos muy manifiestos el Tribunal Constitucional dirá que el cambio de criterio del Juez no ha sido razonado de una manera suficiente. De hecho, la tendencia más reciente del Tribunal Constitucional es exigir simplemente que el cambio de criterio sea estable, sin entrar a examinar si el razonamiento para justificar el cambio del Juez es suficiente.

3. Finalmente, supongamos que el Juez da las soluciones siguientes:

<ul style="list-style-type: none"> • ABC1 (26 de abril de 1988): X • ABC2 (9 de mayo de 1988): X • ABC3 (27 de julio de 1988): Y • ABC4 (5 de octubre de 1988): Y • ABC5 (6 de octubre de 1988): X 	<ul style="list-style-type: none"> • ABC6 (25 de octubre de 1988): Y • ABC7 (18 de noviembre de 1988): X • ABC8 (12 de diciembre de 1988): X • ABC9 (8 de marzo de 1989): X
---	---

Aquí el Juez ha mantenido dos criterios de una manera alternativa. No se ha decidido ni por uno ni por otro. Las dudas del Juez son tan intensas que en veinticuatro horas ha cambiado de criterio (entre la sentencia del día 5 de octubre y la del día 6).

El caso llegó al Tribunal Constitucional¹⁶⁹, y éste dijo que no se había violado el principio de igualdad, porque tanto la resolución X como la Y eran razonables. Aunque el Tribunal Constitucional reconoció que la seguridad jurídica quedaba deteriorada, dijo que el remedio era establecer un buen sistema de recursos procesales para unificar los criterios judiciales. ¿Qué os parece el razonamiento del Tribunal Constitucional?

7.3. La igualdad en la ley

La segunda vertiente del principio de igualdad es la igualdad en la ley. Las **distinciones** que la ley establece entre diferentes tipos de casos tienen que estar justificadas, tienen que ser razonables. Pero ¿qué quiere decir esto? En el fondo nos encontramos ante los mismos criterios de **necesidad, adecuación y proporcionalidad** que hemos estudiado al hacer referencia a la restricción de derechos fundamentales.

Las distinciones establecidas por la ley son válidas si son adecuadas y necesarias para proteger un bien o un derecho legítimo, y si hay una proporcionalidad entre los efectos de la distinción y la importancia de aquel bien o aquel derecho.

La STC 22/1981, por ejemplo, dice lo siguiente:

"La igualdad es violada sólo si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"

Fundamento jurídico 3.

La **desigualdad**, pues, es constitucionalmente aceptable si se satisfacen tres condiciones:

1) Tiene que servir para una **finalidad constitucionalmente legítima**.

Ved también

Ver el subapartado 6.2 de este módulo didáctico, donde se habla de los criterios para la restricción de los derechos fundamentales.

Lectura complementaria

Sobre las condiciones que tiene que satisfacer la desigualdad podéis consultar la STC 158/1993.

2) Tiene que haber una **relación de coherencia** o adecuación entre la distinción y la finalidad.

3) La distinción tiene que constituir una **medida proporcionada**, teniendo en cuenta los posibles efectos desfavorables en otros bienes y la relativa importancia de la finalidad a obtener.

Si quien impugna la ley manifiesta que ésta establece un trato desigual para supuestos de hecho que, en principio, tendrían que recibir el mismo trato, entonces quien defiende la ley tiene la **carga de la argumentación**. El Tribunal, en la STC 142/1990, por ejemplo, dice lo siguiente:

"No es impertinente recordar que, según la jurisprudencia de este Tribunal, cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el artículo 14, corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y, por consiguiente, la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos [...]."

Fundamento jurídico 3.

Esta inversión de la carga de la argumentación se produce sólo cuando la parte impugnanda ha argumentado con éxito que la norma distingue entre supuestos, que en principio (*prima facie*) tendrían que ser tratados de una manera igual.

A esto se hace referencia cuando se dice que quien alega ser discriminado tiene la carga de presentar un **término de comparación** (*tertium comparationis*): la persona que alega discriminación tiene que manifestar que hay otra situación similar a la suya¹⁷⁰ que recibe un trato diferente por parte de la norma.

Término de comparación

Si quien impugna la norma presenta un término de comparación adecuado, entonces se impone la carga de justificar la diversidad de trato a quien defiende la norma.

⁽¹⁷⁰⁾ En lo que es relevante.

Discutir si el término de comparación es adecuado es discutir, en definitiva, si se produce una desigualdad entre supuestos de hecho que (en principio) tendrían que recibir la misma consecuencia jurídica y, por lo tanto, si tiene que imponer la carga de argumentar que la distinción es razonable a quien defiende la norma.

En vista de este **criterio de la razonabilidad**, el legislador puede introducir muchas distinciones entre diversos supuestos de hecho. El Tribunal Constitucional ha admitido incluso la posibilidad de que el legislador dicte una norma singular (una norma que deroga, para un caso concreto, el criterio general establecido por otras normas), siempre que se trate de casos excepcionales por su extraordinaria trascendencia y complejidad.

Ejemplo

Una norma singular según el Tribunal Constitucional fue la del caso de la expropiación de las acciones de Rumasa, operada por el decreto-ley (y posterior ley) de expropiación de 1983, norma singular que rigió únicamente para este caso, en oposición con las re-

glas generales y comunes que regulan la expropiación forzosa (podéis consultar la STC 166/1986).

Ahora bien, hay cierto **tipo de distinciones** que se ven con sospecha. Se trata de distinciones que han subordinado históricamente a determinados grupos sociales y los han dejado en una posición de inferioridad. Las distinciones en razón de raza, sexo y religión, por ejemplo, se ven con sospecha porque han sido tradicionalmente el instrumento de opresión de unos grupos determinados.

Lecturas recomendadas

Para profundizar en la problemática de las distinciones establecidas por la ley y la discriminación, podéis consultar:

M. Rodríguez-Piñero; F. Fernández López (1985). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.

F. Rey Martínez (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill.

Por eso, cuando el legislador actual introduce distinciones por alguno de estos motivos, queremos asegurarnos de que hay buenas razones para justificarlas. Esto hace que a veces el Tribunal Constitucional sea más exigente cuando la distinción que establece la ley se basa en uno de estos criterios sospechosos que cuando se basa en otros criterios.

Esto no quiere decir que esté absolutamente prohibido distinguir en función de estos factores sospechosos, sino que las razones aducidas para justificar este tipo de distinciones tienen que ser especialmente poderosas.

Así, refiriéndose a la carga de la argumentación que tiene que soportar quien defiende la desigualdad, el Tribunal¹⁷¹ dice lo siguiente:

"Si esa carga [...] se obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general inicio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se vuelve aún más rigurosa en aquellos otros en los que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación."

Fundamento jurídico 3.

La Constitución recoge explícitamente los **criterios del nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión**. Éstos son los criterios típicos de los que habla el Tribunal Constitucional. Junto a ésto la Constitución incluye una cláusula analógica final:

Y cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 14.

⁽¹⁷¹⁾STC 81/1982.

Criterios de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión

Una norma que distingue por razón de alguno de los criterios que recoge el artículo 14 de la CE sólo puede justificarse constitucionalmente en casos excepcionales.

⁽¹⁷²⁾Ley 8/1980.

Ejemplos de la STC en relación con el principio de igualdad

Como ejemplos de casos en los que el Tribunal Constitucional ha tenido que examinar si una norma respetaba el principio de igualdad, podemos mencionar, a título de orientación, los siguientes:

1. En la STC 22/1981 el Tribunal consideró que el precepto del Estatuto de los Trabajadores¹⁷² que establecía que la relación laboral se extinguía por jubilación cuando el trabajador llegara a la edad de 69 años discriminaba en razón de edad.

2. En las STC 103/1983 y 104/1983, el Tribunal sostuvo que un precepto de la Ley General de Seguridad Social de 1974 discriminaba en razón de sexo por el hecho de establecer diferentes condiciones para cobrar una pensión de viudedad, según que el cónyuge fuera un hombre o una mujer:

- En el caso del viudo, éste tenía que demostrar que en el momento de morir su mujer se encontraba incapacitado para trabajar y a cargo de ella.
- En cambio, no se exigían estas condiciones para que la viuda pudiese cobrar la pensión al morir su marido.

El Tribunal Constitucional consideró que la ley perjudicaba al hombre y que no había razones de peso para justificar esta desigualdad de trato. Aunque la ley tuviera por finalidad dar un trato de favor a las mujeres, el Tribunal Constitucional no aceptó que la discriminación en razón de sexo fuera aceptable en este caso.

De todos modos, puede llegarse a la misma conclusión desde otro punto de vista. Considerad este argumento: el precepto de la ley impugnada perjudica a las mujeres, no a los hombres; mientras que los hombres trabajadores, a cambio de las cotizaciones sociales que pagan, obtendrán siempre y en todo caso un derecho a una pensión de viudedad en favor de sus esposas el día que ellos mueran, las mujeres trabajadoras, en cambio, efectuando las mismas contribuciones, sólo generarán este derecho en favor de sus maridos respectivos en el caso de que los maridos se encuentren incapacitados y a cargo de ellas. La ley impugnada, por lo tanto, hace que la mujer trabajadora obtenga menos prestaciones a cambio de las cotizaciones que paga si se compara con las que obtiene el hombre trabajador.

3. En la STC 128/1987 el Tribunal aceptó como válida la norma que establecía un trato de favor para las mujeres trabajadoras, en contra de los hombres trabajadores, en lo que concierne al hecho de otorgar subvenciones públicas para satisfacer gastos de guardería infantil. Según el Tribunal Constitucional, la realidad de un mercado laboral donde las trabajadoras casadas participan en un porcentaje muy inferior al de los hombres casados, muestra que hay desigualdades efectivas que los poderes públicos deben corregir¹⁷³.

Se justifica, como medida correctora y con el fin de asegurar una igualdad de oportunidades entre los dos sexos, que la normativa aplicable establezca un trato desigual en favor de las mujeres trabajadoras. Encontramos aquí un caso en que el artículo 9.2 de la CE justifica una desigualdad en razón de sexo que, *prima facie*, está prohibida por el artículo 14 de la CE.

De todos modos, debemos tener en cuenta que el TJCE dictó una sentencia, de 17 de octubre de 1995¹⁷⁴, que pone en duda la validez, desde el punto de vista del derecho comunitario, de determinadas medidas de promoción de la igualdad de oportunidades de las mujeres. En concreto, el Tribunal consideró que no era aceptable, de acuerdo con la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, una ley del Estado de Bremen (Alemania) que establecía que, en el caso de que diferentes candidatos a ocupar un cargo público tuvieran la misma capacitación, se concedería preferencia a las candidatas femeninas, siempre que se tratara de un sector donde hubiera subrepresentación femenina (la subrepresentación femenina se daría si las mujeres no cubrieran la mitad, al menos, de los puestos de trabajo en los diferentes grados de la categoría de personal de que se tratara.).

El TJCE argumentó que la norma del Estado de Bremen imponía una discriminación en razón de sexo (prohibida por el artículo 2.1 de la Directiva y que) esta discriminación no podía ser considerada una "medida encaminada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres", un tipo de medida autorizada por el artículo 2.4 de la Directiva.

Al interpretar de una manera restrictiva el alcance de las medidas autorizadas por el artículo 2.4, la Sentencia del caso Kalanke, se recibió como un gran cambio en la interpretación del derecho comunitario en materia de discriminación. Los efectos de esta senten-

(173) Art. 9.2 CE.

(174) Caso Kalanke.

(175) Parejas de hecho.

(176) Que empiezan con la STC 184/1990.

(177) STC 66/1994.

(178) En perjuicio de los funcionarios.



Desde el 1992, según la STC, las mujeres pueden acceder a puestos de trabajo en las minas.



cia en los ordenamientos jurídicos nacionales todavía están por ver, aunque sentencias más recientes han mitizado su ímpetu.

4. En las STC 209/1988 y 45/1989 el Tribunal consideró que la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de 1978, era contraria al principio de igualdad. Esta ley establecía un sistema tributario que tenía, entre otros, el efecto de tratar de una manera desigual el supuesto de las personas casadas y el supuesto de las personas que viven *more uxorio*¹⁷⁵: las primeras pagaban más que las segundas.

El Tribunal Constitucional consideró que los argumentos que adujo el defensor de la ley para justificar este trato diferente eran insuficientes.

5. En la STC 222/1992 el Tribunal consideró que el precepto de la antigua Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 que otorgaba el derecho de subrogación del arrendamiento al cónyuge del arrendatario muerto, pero no a la pareja de hecho del arrendatario, discriminaba (implícitamente) a las parejas *more uxorio*.

Esta diferenciación de trato entre personas casadas y personas unidas *more uxorio* fue considerada inconstitucional por el Tribunal. En cambio, en unas sentencias anteriores¹⁷⁶, el Tribunal consideró válida la normativa que establece que los cónyuges, pero no los miembros de la pareja de hecho, tengan derecho a una pensión de viudedad. Este último criterio lo ha mantenido más recientemente¹⁷⁷.

6. En la STC 229/1992 el Tribunal Constitucional consideró discriminatorio un precepto de un decreto del año 1957 que prohibía a las mujeres trabajar en las minas. Según el Tribunal Constitucional, aunque esta prohibición tuvo históricamente una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que, al impedir a las mujeres acceder a determinados trabajos, la igualdad de oportunidades se ve restringida. Además, la prohibición tiene el efecto de reforzar una división sexista de los trabajos.

7. En la STC 3/1993, siguiendo el precedente de las STC 103/1983, y 104/1983, el Tribunal Constitucional invalidó un precepto de la Ley General de Seguridad Social de 1974 que reconocía sólo a las hijas y las hermanas (por lo tanto, excluía los hijos y los hermanos) el derecho a percibir unas prestaciones públicas de carácter asistencial.

El Tribunal Constitucional considera que no puede defenderse constitucionalmente la norma, alegando que constituye una medida promocional en favor de la mujer. La norma tiene el efecto de consagrar una tradicional reclusión de la mujer al hogar, y no aspira a reincorporar a la mujer al trabajo. En consecuencia, el Tribunal Constitucional dice:

"El privilegio instituido en favor de la misma se revela como una forma encubierta de discriminación que se vuelve contra ella"

STC 3/1993.

8. En la STC 269/1994 el Tribunal Constitucional aceptó la legitimidad constitucional de un precepto de la Ley 2/1978 de la Función Pública de Canarias que establecía una reserva de plazas en las convocatorias de cargos públicos en favor de personas discapacitadas física o psíquicamente. De acuerdo con esta ley, las plazas reservadas sólo serían ocupadas por personas discapacitadas si éstas obtuvieran determinadas puntuaciones que acreditaran su idoneidad.

En aplicación de esta ley, un aspirante que había obtenido una puntuación superior a otro que estaba discapacitado no accedió a la plaza, mientras que el discapacitado, sí. La persona afectada interpuso recurso de amparo por violación del derecho a no ser discriminado, y el Tribunal Constitucional lo desestimó.

El Tribunal Constitucional consideró legítima la medida promocional establecida en la ley, ya que contribuía a asegurar la igualdad de oportunidades en un sentido global y a cumplir el mandato de los artículos 9.2 y 49 de la CE.

9. En la STC 134/1996 el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional un precepto de la Ley 21/1993 de Presupuestos Generales del Estado en la medida en que, al modificar un precepto de la Ley del IRPF de 1991, suprimió sólo a los funcionarios de las administraciones públicas, y no a otros trabajadores, la exención fiscal por las prestaciones y pensiones recibidas como consecuencia de una situación de incapacidad permanente absoluta.

El Tribunal Constitucional consideró que el trato diferente¹⁷⁸ que la nueva ley establecía no era razonable, ya que la naturaleza de la prestación económica recibida por los unos y por los otros era igual.

10. En la STC 126/1997, el Tribunal consideró constitucional la preferencia del hombre sobre la mujer, en igualdad de línea y grado, en la sucesión de los títulos nobiliarios. Esta preferencia es tradicional en el Derecho español (desde *Las Partidas*). Según el TC, la preferencia no es contraria al artículo 14 porque, en la actualidad, los títulos nobiliarios no tienen trascendencia material.

11. En la STC 67/1998, el Tribunal estimó inconstitucional el artículo 487 bis del antiguo Código Penal, que castigaba al padre que no pagara la pensión acordada por el Juez en favor del hijo, pero sólo en caso de que el hijo fuera matrimonial. Los hijos extramatrimoniales estaban, pues, desprotegidos desde el punto de vista penal. El Tribunal, sin embargo, no llegó a invalidar el precepto, por dos razones. En primer lugar, porque el precepto ya estaba derogado en el momento de dictar su sentencia. Y, en segundo lugar, porque, aunque hubiera invalidado el precepto, en ningún caso podría condenarse penalmente al padre que no hubiera pagado pensión al hijo extramatrimonial: para ampliar el tipo penal, es necesario que intervenga el legislador, en virtud del principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25 de la Constitución. El Tribunal no puede decidir él mismo la ampliación del tipo.

Lecturas recomendadas

Es aconsejable que consultéis algunas de estas sentencias a las que nos hemos referido (seleccionad las que más os interesen) y que estudiéis con atención los argumentos que las partes esgrimieron para justificar sus respectivas tesis en torno a la compatibilidad o no, entre las normas cuestionadas y el principio de igualdad del artículo 14 de la CE, así como la respuesta que el Tribunal Constitucional dio a estos argumentos.

Éstos sólo son unos cuantos ejemplos de las normas que el Tribunal Constitucional ha tenido que examinar teniendo en cuenta el principio de igualdad en la ley.

Finalmente, habrá que tener en cuenta un problema específico que se plantea cuando el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la norma impugnada viola el artículo 14 de la CE. La norma se declara inconstitucional, sin embargo, ¿cómo se restablece la igualdad?

En muchos casos, el beneficio sobre el cual se proyecta la desigualdad es **constitucionalmente indiferente** en el sentido de que la Constitución no da derecho a disfrutar del beneficio¹⁷⁹. En estos casos, la igualdad se restablece de dos maneras posibles:

- Extendiendo al grupo perjudicado el beneficio que sólo se reconocía en otro grupo.
- Negando a los dos grupos el beneficio mencionado.

⁽¹⁷⁹⁾ Por ejemplo, el beneficio de la subrogación del arrendamiento.

A veces el Tribunal Constitucional declara que la **consecuencia de su declaración de inconstitucionalidad** es la extensión del beneficio al grupo discriminado, pero deja la puerta abierta para que el legislador pueda suprimir el beneficio para todos.

El Tribunal Constitucional ha recordado, de todos modos, que la resolución de equiparar hacia arriba, extendiendo el beneficio, no puede generalizarse a todos los casos en los que se detecte una discriminación¹⁸⁰.

Ejemplo

Por ejemplo, en el caso de las pensiones de viudedad, en la medida en que vayan más allá de la mera protección ante las situaciones de necesidad de las que habla el artículo 41 de la CE –STC 103/1983 y 104/1983– y en el caso de la subrogación del arrendamiento –STC 222/1992.

⁽¹⁸⁰⁾STC 3/1993 y STC 67/1998.

7.4. La igualdad entre hombres y mujeres. La Ley Orgánica 3/2007

Como se ha visto en los apartados anteriores, el principio de igualdad ha tenido un desarrollo esencialmente jurisprudencial, ya que, por su propia naturaleza, se trata de una materia extraordinariamente casuística que encuentra su terreno de juego natural en el control del legislador cuando éste hace alguna de las muchas distinciones que constituyen el contenido de las diferentes normas jurídicas. Sin embargo, para responder a la situación particular de desequilibrio que se da entre hombres y mujeres en la vida social, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, que constituye el único, pero significativo, desarrollo legislativo vinculado directamente al principio de igualdad.

El objeto de la LO 3/2007 es remover las manifestaciones subsistentes de desequilibrio entre hombres y mujeres que continúan insertadas en muchas prácticas sociales, como restos de una situación histórica en la que ha habido un estado de desigualdad real y profunda.

La norma mencionada prevé una serie de actuaciones de los poderes públicos para corregir la situación de desigualdad todavía existente, y también diferentes medidas dirigidas a promover un protagonismo social mayor de las mujeres que se corresponda con su peso demográfico. En este sentido, la ley también modifica toda una serie de normas preexistentes con la finalidad de remover los obstáculos subsistentes para la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

Entre las múltiples disposiciones de la LO 3/2007, hay que destacar, en relación con lo que se ha expuesto anteriormente, la concreción del principio de igualdad en la aplicación de la ley en el caso de hombres y mujeres (art. 4). Además, cabe mencionar las normas relativas a la representación equitativa de hombres y mujeres en los cargos públicos. En este sentido, sobresale el nuevo artículo 44 bis introducido en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, que prevé la representación equitativa de hombres y mujeres en las listas presentadas en las diferentes contiendas electorales, exigiendo que la representación mínima de cada sexo en una lista sea del 40% en cada tramo de cinco lugares.

8. El derecho a la tutela judicial

El artículo 24 de la CE reconoce el derecho de todas las personas a obtener la **tutela efectiva de los Jueces y los Tribunales** en el ejercicio de sus derechos y sus intereses legítimos, sin sufrir indefensión y de acuerdo con una serie de garantías procesales.

8.1. El concepto de tutela como derecho y como garantía

El derecho a la tutela es un **derecho público subjetivo** de carácter fundamental y de naturaleza procesal que es alegable únicamente ante los órganos jurisdiccionales del Estado. También es un **derecho de contenido prestacional**, que obliga a los poderes públicos a mantener una infraestructura organizativa suficiente que asegure el cumplimiento efectivo de los principios de organización y funcionamiento del artículo 117 y siguientes de la CE.

Como derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial supone lo siguiente:

- 1) El **derecho de acción**, que supone el derecho a accionar para hacer valer ante los Tribunales, como actor o como demandado, unos derechos o unos intereses legítimos.
- 2) El **derecho de acceso a la jurisdicción**, que permite plantear la defensa jurídica ante los juzgados y los Tribunales.
- 3) El **derecho a un proceso**, que exige que la actividad del órgano jurisdiccional y de las partes tiene que ajustarse a un procedimiento.

El derecho a la tutela judicial es, sin duda, el derecho fundamental que más ha ocupado la jurisprudencia del Alto Tribunal. La amplia doctrina generada ha creado un cuerpo interpretativo que ha influido de una manera muy notoria en el razonamiento jurídico de los órganos de la jurisdicción ordinaria, y ha introducido un nivel más alto en la motivación de las resoluciones judiciales, como así se deriva de la Constitución¹⁸¹, con la finalidad de impedir resoluciones arbitrarias.

El derecho a la tutela

El derecho a la tutela es el equivalente a lo que en el derecho anglosajón es conocido como el deber de respetar el *due process of law*.

⁽¹⁸¹⁾Art. 120.3.

La jurisprudencia constitucional ha permitido, asimismo, incorporar una **hermenéutica jurídica**, es decir, unos criterios de interpretación de las normas fundamentados en la Constitución como norma suprema del ordenamiento, entre los cuales destacan la ponderación de valores y los principios de interpretación de los derechos y las libertades de la manera más favorable y, en todo caso, siempre conforme a la Constitución.

El **análisis jurídico** del contenido de este derecho fundamental exige tratar los aspectos siguientes, que lo caracterizan:

a) El **derecho a la jurisdicción**¹⁸².

⁽¹⁸²⁾Art. 24.1 CE.

b) El derecho al **Juez ordinario** predeterminado por la ley¹⁸³.

⁽¹⁸³⁾Art. 24.2CE. CE.

c) Las **garantías sobre el proceso**.

8.2. El derecho a la jurisdicción

Es el **derecho a exigir la prestación jurisdiccional** en un proceso, mediante las alegaciones y las pruebas pertinentes y de acuerdo con las pretensiones deducidas de cada parte, para aplicar la Ley al caso concreto de una manera coercitiva e imparcial.

El acceso a la jurisdicción es un derecho subjetivo de naturaleza pública, porque es únicamente el Estado quien establece las reglas de procedimiento y quien queda obligado mediante los órganos dependientes del Poder Judicial.

Lectura recomendada

Para conocer mejor el derecho a la tutela jurisdiccional, puede consultarse: **J. González Pérez** (1989). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas.

De una manera más concreta, y de acuerdo con lo que prescribió la STC 102/1984, el derecho a la tutela judicial tiene que permitir lo siguiente:

a) Acceder a la tutela judicial.

b) Conseguir una resolución basada en el derecho.

c) Obtener la ejecución de la sentencia.

d) Ejercer los recursos previstos legalmente.

1) **El elemento subjetivo del derecho a la tutela judicial**

Desde un punto de vista subjetivo, los titulares del derecho a la tutela judicial son:

a) Los **titulares activos**, que son todas las personas, sin que pueda establecerse distinción entre personas físicas o jurídicas, o entre nacionales y extranjeros. En este sentido el Tribunal Constitucional, acogiéndose a la doctrina del TEDH¹⁸⁴, ha interpretado que la expresión *otras personas* a que se refiere la Constitución tiene que entenderse referida a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso. Disponer de capacidad jurídica, pues, comporta tener derecho de jurisdicción.

(184) Caso Buchholz.

b) Los **titulares pasivos del derecho** que, como es obvio, únicamente son los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, y, en general, todos los órganos jurisdiccionales del Estado.

El acceso a la jurisdicción no significa que, automáticamente, un **auto de inadmisión del recurso** comporte una lesión del derecho a la tutela. En este sentido hay una serie de requisitos que tienen que asegurar que la inadmisión no sea un acto arbitrario del órgano judicial:

- En primer lugar, es condición *sine qua non* que la causa de inadmisión invocada por la autoridad judicial haya sido prevista legalmente.
- En segundo lugar, tiene que estar motivado, lo que impide un simple uso nominal sin ningún tipo de razonamiento adjunto.

Aun así, si el órgano judicial duda de la procedencia del recurso, tendrá que aplicar los criterios más favorables para admitirlo y evitar que se produzca lo que el Tribunal Constitucional ha denominado *formalismos enervantes del proceso*. Es decir, se trata de impedir que una rigidez excesiva al aplicar los criterios procesales pueda comportar, *de facto*, una lesión del derecho a la tutela, cosa que impediría plantear el análisis de las cuestiones de fondo del recurso.

Por razones similares, el Tribunal Constitucional ha estimado el **recurso de amparo** en los supuestos en los que la inadmisión de un recurso ordinario se había producido, declarando inaplicable un procedimiento que sí que lo era.

2) El elemento objetivo del derecho a la tutela judicial

El objeto del derecho a la jurisdicción se concreta en la obtención de la tutela efectiva en el ejercicio de los derechos y los intereses legítimos, que significa obtener una **resolución judicial conforme al derecho**.

Lectura recomendada

Para profundizar en el conocimiento del objeto del derecho en la tutela judicial efectiva, pueden consultar: **A. Figueruelo Burrieza** (1990). *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos.

Esto no es siempre equivalente a una **sentencia** que verse sobre el fondo de las pretensiones de la parte, sino que, como se ha visto en el apartado anterior, la existencia de vicios formales en un recurso puede dar lugar a su inadmisión. La resolución judicial tomada en este caso también es una manera constitucional de ejercer el derecho a la tutela judicial.

El derecho a la tutela judicial efectiva no significa, como es obvio, que el titular del derecho tenga que obtener necesariamente una sentencia favorable en sus pretensiones; este derecho fundamental se define, una vez superados los requisitos de legitimación y el resto de los de orden procesal, como el **derecho a no a padecer indefensión para obtener la tutela jurisdiccional**.

En lo que concierne a su contenido, el ejercicio de este derecho supone lo siguiente por parte de su titular:

a) La **aportación de hechos y fundamentos jurídicos** que justifiquen la demanda presentada, con el objetivo de deducir determinadas consecuencias jurídicas que, eventualmente, tendrán que ser recogidas en la sentencia del órgano jurisdiccional.

b) Sus **efectos** incidirán sobre los derechos y los intereses de la otra parte, que aparece como sujeto obligado a soportar legalmente las consecuencias mencionadas.

c) A su vez, la **parte demandada** también es titular del derecho a la jurisdicción, que le atribuye el derecho a ser escuchada, el derecho a aceptar, eventualmente, las pretensiones del demandante, a negar los hechos, a introducir otros, etc.

d) Finalmente, el derecho a la jurisdicción incluye también el **derecho a exigir la aplicación de la norma legal**. Ahora bien, en este último caso, si la norma es contraria a la Constitución, la parte interesada podrá instar al órgano judicial competente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional; no obstante, la decisión con respecto a esto corresponde de una manera exclusiva al Juez o Tribunal ordinario, y las partes del proceso ordinario no lo serán en el proceso constitucional.

3) El elemento formal del derecho a la tutela judicial

El elemento formal del derecho a la tutela aparece en el artículo 24.1 de la CE cuando prescribe que su titular siempre podrá defender sus derechos y sus intereses legítimos sin que pueda producirse nunca indefensión.

El **derecho a la defensa jurídica** presupone un debate que se desarrolla en un **proceso** y exige un órgano imparcial, es decir, una **jurisdicción**. El proceso es el ámbito jurídico donde tienen que hacer valer las pretensiones de las partes; a su vez, la actividad jurisdiccional se estructura de acuerdo con los principios de igualdad y audiencia de parte.

La **igualdad de las partes** obliga a equilibrar sus derechos, las cargas y los deberes, de manera que se eviten las ventajas para una y los perjuicios para la otra, y la audiencia de las partes exige una comunicación permanente de todos los actos que se produzcan en el proceso, con el derecho a ser escuchados en todos los actos procesales que afecten a sus derechos e intereses.

Por lo tanto, cuando estos principios quedan lesionados, se produce una **situación de indefensión**, que en general se da cuando, por un motivo que no está previsto legalmente, se priva a las partes, de una manera no razonada o falta de proporcionalidad, de hacer valer sus derechos e intereses en el proceso, o se otorga una posición de prevalencia a una parte en perjuicio flagrante de la otra.

Finalmente, aunque el artículo 24 de la CE no hace una referencia explícita a la misma, la **legitimación procesal** constituye uno de los requisitos básicos que sirven para delimitar el elemento formal del derecho a la jurisdicción. La legitimación es la capacidad procesal para actuar en juicio, y su contenido está definido específicamente por las diversas leyes procesales.

No obstante, de la Constitución deriva un cambio importante en los criterios que regulan la legitimación; teniendo especialmente en cuenta la relevancia que ésta otorga al Ministerio Fiscal en todo tipo de procesos y no solamente en el proceso penal¹⁸⁵.

⁽¹⁸⁵⁾Art. 124 CE.

8.3. El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley

Originariamente, el derecho al Juez ordinario se refería al Juez auténtico, imparcial, que se caracteriza por las notas de independencia, inamovilidad y responsabilidad. Históricamente, esta acepción ha sido vinculada a la necesidad de impedir la creación de Jueces *ad hoc*, es decir, de jurisdicciones especiales.

La fórmula que utiliza la Constitución es específica:

Todo el mundo tiene derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Artículo 24.2.

Las primeras conclusiones que hay que extraer del texto constitucional son las siguientes:

1) Como ya hemos visto, se trata de un **derecho exigible por todas las personas**, sin distinción en razón de su naturaleza jurídica.

2) La segunda conclusión establece que el sujeto pasivo, o sea, el Juez ordinario, puede ser tanto un **órgano unipersonal** (juzgado) como un **órgano colegiado** (Tribunal).

3) La noción de Juez ordinario no es absolutamente equivalente a Juez natural, entendido éste como Juez del lugar, sino a **Juez predeterminado por la ley**, que es una previsión legal de contenido diferente, en la medida en que otorga al legislador un cierto margen de decisión para atribuir las competencias que corresponden a los órganos dependientes del Poder Judicial. Veámoslo.

El derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley tiene que entenderse **vinculado al principio de unidad jurisdiccional**¹⁸⁶ como principio constitucional que determina la organización judicial¹⁸⁷. El derecho y el principio disfrutan de un valor jurídico vinculante que el legislador no puede obviar. Esto significa, como la misma Constitución reconoce, prohibir la existencia de jurisdicciones especiales, exceptuando las que la norma suprema prevé específicamente.

Esta prohibición quiere asegurar la existencia de un órgano judicial imparcial; sin embargo, no niega la posibilidad de configurar un órgano judicial dotado de competencias que superen las que serían propias del Juez ordinario, entendido como Juez natural o del lugar. La mediación del legislador que la Constitución ha previsto permite afirmar que lo que a criterio del Tribunal Constitucional se prohíbe son los Jueces "excepcionales o no ordinarios aunque permite al legislador una determinación de las competencias de acuerdo con los intereses de la justicia [...]"; en este sentido, añade: "[...] hay casos en que por su naturaleza, por la materia sobre la cual versaron, por la amplitud del ámbito territorial en el que se producen y por la trascendencia para el conjunto de la sociedad"¹⁸⁸, es necesario encomendar la competencia jurisdiccional a un órgano judicial determinado, sin que esto sea contradictorio al mandato contenido en los artículos 24.2 y 117.5 de la CE mencionados.

De esta manera el Tribunal Constitucional resolvió las posibles dudas de constitucionalidad que pudiera ofrecer la existencia de la **Audiencia Nacional**¹⁸⁹.

⁽¹⁸⁶⁾Art. 24.2 CE.

⁽¹⁸⁷⁾Art. 117.5 CE.

Jurisdicciones especiales

Son jurisdicciones especiales la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en supuestos de estado de sitios, la jurisdicción eclesiástica, el Tribunal de Cuentas y, naturalmente, la jurisdicción constitucional.

⁽¹⁸⁸⁾STC 199/1987.

⁽¹⁸⁹⁾Creada por un decreto-ley de 1977, una vez vigente la Constitución.

⁽¹⁹⁰⁾STC 47/1983, 101/1984 y 199/1987.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que las exigencias constitucionales que tienen esta finalidad, que permiten la existencia de un Tribunal como el mencionado, son las siguientes¹⁹⁰:

- 1) Que la predeterminación legal significa que el órgano judicial que conozca de determinados delitos haya sido creado previamente.
- 2) Que la creación se haya producido mediante ley.
- 3) Que la competencia de la que dispone sea de carácter general y no diseñada para un supuesto *ad hoc*.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, que ha avalado la adecuación de la Audiencia Nacional a los principios de la Convención de Roma de 1950¹⁹¹, el Tribunal Constitucional ha considerado que su imparcialidad es un bien jurídico protegido por el reconocimiento del derecho al Juez predeterminado por la ley¹⁹².

⁽¹⁹¹⁾Casos Golder, Le Compte y Sporrang.

⁽¹⁹²⁾STC 145/1988.

Sin embargo, hay que poner de relieve que tanto el TC como el TEDH han dejado excesivamente en un segundo plano el valor jurídico del principio de unidad jurisdiccional y su incidencia incuestionable sobre el contenido y los límites que operan sobre el legislador ordinario a la hora de concretar el contenido del derecho a la tutela judicial, proporcionada por el Juez ordinario, que tienen que configurar las leyes procesales.

8.4. Las garantías sobre el proceso

Con su presencia, este tercer elemento definidor del derecho a la tutela judicial asegura la **observancia de las reglas procesales** exigidas por la Constitución con las finalidades siguientes:

- 1) Respetar los derechos fundamentales que no pueden ser limitados sin razón justificada.
- 2) Obtener una sentencia ajustada al derecho.

El derecho a la tutela judicial efectiva exige el respeto a los principios y reglas generales que derivan del proceso¹⁹³, y a todas las garantías constitucionales¹⁹⁴.

Lectura recomendada

Para ampliar el conocimiento de las reglas procesales exigidas por la Constitución, podéis consultar: **V. Gimeno Sendra** (1988). *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos.

⁽¹⁹³⁾STEDH, caso Barberà, Messegué y Jabardo.

⁽¹⁹⁴⁾Art. 17, 18 y 19 CE.

8.4.1. El derecho a la defensa y a la asistencia jurídica

La persona que lleva a cabo una acción judicial¹⁹⁵ o que participa como demandado¹⁹⁶ puede nombrar o pedir que le sea asignado un abogado de oficio que le defienda y le asista jurídicamente.

(195) Sujeto activo.

(196) Sujeto pasivo.

El derecho a la defensa y a la asistencia jurídica está regulado por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre. La **defensa jurídica** es el conjunto de actividades jurídicas que el abogado lleva a cabo ante los órganos jurisdiccionales, en relación con el caso que se le confía, mientras que la **asistencia jurídica** consiste en la presencia del abogado en actos de relevancia procesal para su cliente con el objetivo de asesorarlo o, simplemente, para que observe el cumplimiento de las formalidades legales prescritas.

La **elección libre de abogado** no está prevista explícitamente por la Constitución, pero esta laguna no impide que el derecho está en vigor en España en la medida en que se encuentra incorporado al artículo 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y al artículo 6 del Convenio europeo de derechos civiles y políticos, que también son derecho vigente de acuerdo con la cláusula de apertura al Derecho Internacional es establecido en el artículo 10.2 CE.

En todo caso, la asistencia jurídica se complementa en la Constitución con el **principio de justicia gratuita**, que prevé lo siguiente:

La justicia será gratuita cuando la Ley lo disponga y, en cualquier caso, para aquellos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Artículo 119.

Las disposiciones legislativas que regulan este derecho diferencian su aplicación según se trate de un proceso penal o no:

- a) En el primer caso, la persona puede elegir abogado, pero, si no dispone del mismo, le será asignado un defensor de oficio gratuitamente.
- b) En el segundo, la asistencia jurídica gratuita se dispensa previo cumplimiento de una serie de requisitos legales establecidos con esta finalidad en función de los recursos económicos del interesado.

8.4.2. El derecho a estar informado de la acusación formulada

Ésta es una garantía que afecta específicamente al proceso penal, aunque es apreciable la analogía que presenta con respecto al procedimiento administrativo sancionador.

Consiste en el **derecho a conocer el objeto de la acusación** presentada contra la persona detenida; esta exigencia de información es requisito imprescindible para una defensa adecuada de los derechos y los intereses de la persona acusada.

Es un derecho exigible desde el momento de la detención¹⁹⁷. Posteriormente, a lo largo del proceso penal, la comunicación al imputado de las conclusiones provisionales de las partes acusadoras¹⁹⁸ marca el momento previo a la celebración del juicio oral, que es la fase procesal en la que el titular del derecho adquiere un conocimiento pleno de la pretensión punitiva formulada contra él. Por su parte, una vez conocidas las conclusiones provisionales de las partes acusadoras, la defensa del acusado tiene que formular las suyas, antes de la apertura del juicio oral.

⁽¹⁹⁷⁾Art. 17.3 CE.

⁽¹⁹⁸⁾Ministerio Fiscal y, si comparece, la acusación particular.

Derecho a ser informado de la acusación formulada

La instrucción procesal ha servido, antes, para aportar los elementos de cargo y de descargo que puedan permitir formular la pretensión punitiva mencionada o, si procede, decidir el sobreseimiento provisional o definitivo de las actuaciones.

El derecho a ser informado de la acusación ha sido definido por el Tribunal Constitucional como el derecho a:

"Ejercer el derecho inviolable de defensa mediante las alegaciones y la propuesta de pruebas, para conseguir un equilibrio entre el acusador y el acusado que evite la prohibida indefensión"

STC 54/1985.

En este sentido, la acusación tiene que ser explícita, cierta y previa¹⁹⁹ para que la garantía del proceso pertinente esté asegurada; es decir, la acusación no puede producirse *a posteriori* del encausamiento, y tampoco puede formularse de una manera implícita.

⁽¹⁹⁹⁾STC 56/1994.

8.4.3. El derecho a un proceso público

La Constitución reconoce el **principio de publicidad**:

Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones previstas por las leyes de procedimiento.

Artículo 120.1.

El principio de publicidad es una garantía concebida para evitar situaciones de indefensión como consecuencia de un exceso de actuaciones judiciales de carácter secreto.

También es una garantía para ejercer el derecho a comunicar la información que se derive de la vista oral de un juicio.

Ejemplo de aplicación del principio de publicidad

En este sentido, la credencial que permite el acceso de los medios de comunicación a la sala de vistas no es una concesión graciosa de la autoridad judicial competente, sino una manifestación más del derecho a recibir y comunicar información veraz reconocido en el artículo 20.1.d de la CE, que en este caso disfruta de un valor preferente.

Por lo tanto, el Presidente de un Tribunal no puede impedir el acceso de un medio de comunicación a la sala, naturalmente sin perjuicio de las potestades de policía que tiene atribuidas para el buen orden del juicio²⁰⁰.

(200)STC 30/1982.

Las limitaciones de acceso que pueda haber tienen que ser previstas específicamente por las leyes procesales y, normalmente, se refieren a las cuestiones siguientes:

- a) Cuestiones vinculadas a la salvaguardia del derecho a la intimidad²⁰¹.
- b) Cuestiones vinculadas a la seguridad del Estado²⁰².

(201)Por ejemplo, el juicio de un delito de agresión sexual.

(202)Por ejemplo, un juicio sobre materias clasificadas como secreto oficial.

En ambos supuestos, siempre será la autoridad judicial quien decida.

8.4.4. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establecida desde sus primeras sentencias²⁰³, las **dilaciones** son retrasos o demoras que se producen en el proceso por los motivos siguientes:

(203)Para todas, la STC de 14/7/1981.

- 1) La inobservancia de los plazos establecidos por la ley.
- 2) Una tardanza injustificada de los denominados *tiempos muertos*, que separan un acto procesal del segundo, sin sumisión en plazo fijo.

La **falta de cumplimiento de los plazos** puede legitimar el hecho de exigir una indemnización, así como continuar el proceso a partir del momento en que se infringe este derecho.

El **derecho a un proceso sin dilaciones** no es equivalente al hecho de que el titular pueda exigir un juicio rápido. Sí que habilita para exigir que se cumplan los plazos legalmente previstos y que no se produzcan retrasos que sean consecuencia de una pasividad arbitraria o injustificada del Juez, o incitada por la acción de terceros.

Al fin y al cabo, este derecho asegura que la **resolución del proceso** se lleve a cabo en un plazo razonable. Con esta finalidad tiene que hacerse lo siguiente:

- a) Verificar la existencia de dilaciones inadecuadas, tanto en función de la conducta del litigante como de las autoridades que intervienen.
- b) Analizar, mediante la ponderación judicial, las pautas y los ritmos procesales registrados en casos similares.

Ésta es la doctrina establecida por la jurisprudencia constitucional²⁰⁴ y también por la del TEDH²⁰⁵.

⁽²⁰⁴⁾STC 5/1985.

⁽²⁰⁵⁾Casos Zimmermann, Bucholz y Steiner.

8.4.5. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

En general, este derecho significa la **potestad del titular de aportar pruebas** para justificar las alegaciones presentadas en el ejercicio de la defensa jurídica.

El **acceso a la jurisdicción** sin ningún tipo de tropiezos es la condición *sine qua non* para presentar los medios de prueba pertinentes. Esta condición exige prohibir cualquier tipo de impedimentos que, de una manera directa o indirecta, supongan la aparición de factores discriminatorios para una de las partes que hagan imposible la presentación de la prueba.

El requisito para que la prueba propuesta sea pertinente exige que ésta tenga relación con la cuestión principal o decisiva del caso; es decir, que la prueba sea un *thema decidendi*.

Además, el derecho a proponer elementos de prueba no es un derecho indiscriminado para presentar cualquiera de ellos, sino únicamente los que versen sobre hechos que no sean evidentes y que, por esta razón, necesiten ser probados. La pertinencia de una prueba también tiene que valorar que su denegación no pueda poner a la parte que la propone en una situación de indefensión.

8.4.6. Los derechos a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia

- 1) Los dos primeros derechos son una forma clásica del proceso penal destinada a la autoprotección del titular con la finalidad de evitar cualquier tipo de indefensión.
- 2) La presunción de inocencia reconocida por la Constitución permite mantener el principio según el cual nadie es culpable hasta que no se demuestre lo contrario.

La **culpabilidad** tiene que ser demostrada por lo que respecta a la imputación de una acción delictiva y no al revés. En este sentido, los órganos del Poder Judicial competentes tienen que soportar la carga de destruir con la presunción de inocencia del imputado.

Por lo tanto, es aquí donde cobra especial relevancia la **fase de prueba del procedimiento judicial**. El órgano judicial competente tiene que valorar las **pruebas de cargo** presentadas contra la persona imputada²⁰⁶, y también, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, puede valorar las denominadas **pruebas indiciarias**²⁰⁷.

(206)STC 31/1981.

(207)STC 229/1988.

Estas últimas son menos consistentes que las primeras, pero también son consideradas válidas por el Tribunal Constitucional si van acompañadas de determinados requisitos que aseguren y no desnaturalicen la vigencia de la presunción de inocencia y que, por su contenido, permitan aportar un conjunto de indicios que la puedan destruir²⁰⁸.

(208)STC 105/1988.

8.4.7. La exclusión del deber de declarar

El principio general es el deber de declarar en un proceso. El deber de un primer testigo tiene naturaleza pública y comporta el deber de comparecer, declarar y que la declaración no sea contraria a la verdad.

No comparecer puede suponer la comisión de un **delito de falta de auxilio a la justicia**, y no decir la verdad, un **delito de falso testimonio**.

Ahora bien, el artículo 24.2 de la CE protege dos **supuestos de exención del deber general**:

- Un supuesto fundamentado en la existencia de una relación de parentesco determinada.
- Otro fundamentado en el derecho legítimo de ejercer el secreto profesional, bajo determinadas condiciones²⁰⁹.

⁽²⁰⁹⁾ Por ejemplo, los casos del abogado, el procurador o los periodistas.

9. Los derechos del ámbito individual y privado

La Constitución protege un conjunto de derechos que podemos englobar dentro de la categoría de derechos de ámbito individual. Aquí sólo hacemos referencia a una selección de estos derechos:

- El derecho a la vida y a la integridad física y moral²¹⁰.
- El derecho de libertad ideológica y religiosa²¹¹.
- El derecho de libertad y seguridad, con referencia especial al procedimiento de *habeas corpus*²¹².
- Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen²¹³, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

(210) Art. 15 CE.

(211) Art. 16 CE.

(212) Art. 17 CE.

(213) Art. 18 CE.

9.1. El derecho a la vida y a la integridad física y moral

La Constitución establece lo siguiente:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura, ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

Artículo 15.

Examinamos algunas cuestiones que plantea este artículo.

9.1.1. La pena de muerte

La Constitución toma una opción clara en contra de la pena de muerte y expresa, así, el **rechazo democrático** de una pena que fue utilizada de una manera cruel durante la dictadura franquista.



Manifestación en Roma, el 24 de septiembre de 1975, contra la pena de muerte que impuso el Gobierno franquista a dos miembros de ETA y tres del FRAP, donde los manifestantes llevan las fotografías de los condenados.

De todos modos, la Constitución admite, excepcionalmente, que las leyes penales militares establezcan la pena de muerte para determinados delitos cometidos en tiempos de guerra.

Actualmente, como consecuencia de la aprobación de la Ley Orgánica 11/1995, de 27 de noviembre, la pena de muerte ha sido abolida también para los delitos cometidos en tiempos de guerra.

9.1.2. El aborto

Una cuestión muy polémica es el aborto. El Tribunal²¹⁴ tuvo que resolver un recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del proyecto del artículo 417 bis del Código Penal. Este proyecto despenalizaba parcialmente el aborto consentido por la mujer.

(214) STC 53/1985.

El aborto no estaría castigado penalmente en **tres supuestos**:

- a) El **aborto terapéutico**, cuando sea necesario para evitar un peligro grave para la vida o la salud de la embarazada.
- b) El **aborto ético**, cuando el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de violación, siempre que el aborto se practique en las primeras doce semanas y la violación se haya denunciado.
- c) El **aborto eugenésico**, cuando haya probabilidad de que el feto nazca con malformaciones físicas o psíquicas graves, siempre que el aborto se practique en las primeras veintidós semanas y el diagnóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas, diferentes del que intervenga a la embarazada.



Manifestación en Barcelona, a favor del aborto libre y gratuito.

El proyecto fue impugnado por 54 Diputados, que consideraban que negaba el derecho a la vida²¹⁵, de que es titular el *nasciturus*. Las tesis que el Tribunal Constitucional fue estableciendo a lo largo de su razonamiento son las siguientes:

(215) Art. 15 CE.

1) El *nasciturus* no es titular del derecho a la vida²¹⁶, pero representa un **bien jurídico fundamental**²¹⁷ protegido por el artículo 15 de la CE. En consecuencia, el Estado tiene dos deberes:

(216) Art. 15 CE.

(217) La vida humana.

a) El **deber negativo** de proteger al *nasciturus*, que es el deber general de no interrumpir el proceso de gestación.

b) El **deber positivo** de proteger al *nasciturus*, que consiste en el deber de establecer un sistema de normas jurídicas que protejan de una manera efectiva la vida del feto frente a los ataques de terceras personas. Como garantía última, el Estado tiene que establecer normas penales que castiguen estos ataques.

2) El legislador penal tiene que tener en cuenta que, junto a la vida del feto, también se debaten los **derechos de la madre como mujer**:

a) El derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad²¹⁸.

(218) Art. 10 CE.

b) El derecho a la integridad física y moral²¹⁹.

(219) Art. 15 CE.

c) El derecho a la libertad ideológica²²⁰.

(220) Art. 16 CE.

d) Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen²²¹.

(221) Art. 18.1 CE.

La **protección de la vida del feto** tiene que compatibilizarse, en la medida en que sea posible, con la protección de estos derechos de la mujer. Por eso, es admisible, e incluso obligatorio, que el legislador limite la protección del feto en determinados supuestos. En concreto, está justificado que el legislador penal deje de imponer penas en aquellos casos tan extraordinarios donde no puede exigirse a una mujer que no aborte.

3) Una vez establecido este marco de referencia, el Tribunal examinó los **supuestos** en que el proyecto decidía no castigar el aborto. El Tribunal consideró que en estos supuestos sería inadecuado castigar el aborto, ya que los derechos fundamentales de la mujer se implicaban de una manera tan directa que no podía exigírsele otra conducta. Por lo tanto, era constitucionalmente válido que el proyecto declarara no punible el aborto en los tres supuestos que hemos visto.

4) Ahora bien, el Tribunal consideró que al proyecto le faltaban **garantías suficientes** que pudieran asegurar la protección de los bienes implicados y verificar que se daban en cada caso los supuestos de hecho que el proyecto declaraba no punibles. Así, tendrían que exigirse las condiciones siguientes:

- a) En el aborto terapéutico, que un médico especialista emitiera un dictamen.
- b) En el aborto terapéutico y eugenésico, que la comprobación del supuesto de hecho se hiciera con anterioridad a la realización del aborto, y que tanto la comprobación como el aborto se practicaran en centros sanitarios autorizados públicos o privados.

El Tribunal añadió que estas **exigencias constitucionales** no quedarían infringidas si el legislador decidía excluir a la mujer²²² del círculo de responsables penales en el caso de que el aborto se hubiera practicado sin respetar estas garantías adicionales que el Tribunal exigía.

(222) A diferencia de los médicos y otros terceros.

Finalmente, el Tribunal dejaba claro que el legislador podía adoptar cualquier otra decisión en lo que concierne a las garantías necesarias: la indicación del Tribunal no excluía otras soluciones posibles.

Por todo esto, el Tribunal Constitucional declaró **inconstitucional** el Proyecto del artículo 417 bis del Código Penal, no por los supuestos en que el proyecto declaraba que el aborto no era punible, sino por **falta de las garantías** mencionadas.

La sentencia provocó seis **votos particulares**²²³, que criticaron la decisión del Tribunal por motivos diversos:

a) Uno de los motivos principales fue que, según los magistrados discrepantes, el Tribunal había actuado en este caso como legislador positivo: obligó al legislador a añadir un conjunto de garantías, cuando en el ejercicio de su función el Tribunal tenía que limitarse a declarar si la norma impugnada, tal como estaba, era válida o no.

b) Otro motivo hacía referencia a la manera como el Tribunal utilizó la jurisprudencia de valores, cosa que hizo girar el discurso en torno al valor de la vida²²⁴, en detrimento de los derechos fundamentales de la mujer afectada.

Como consecuencia de la sentencia, el legislador modificó el Proyecto del artículo 417 bis del Código Penal, de acuerdo con las modificaciones que el Tribunal Constitucional indicó. Esta regulación todavía hoy está vigente, ya que el nuevo Código Penal aprobado por la Ley Orgánica 10/1995 declara como no derogado el artículo 417 bis del Código Penal anterior²²⁵.

Como contrapunto de las tesis defendidas por el Tribunal Constitucional, reflexionad sobre dos **teorías alternativas** que se han propuesto para resolver la cuestión constitucional que plantea la penalización del aborto:

a) Una teoría apela a la **libertad ideológica y religiosa**²²⁶. La idea es que en la controversia sobre el aborto se produce una discrepancia porque hay diversas concepciones sobre la vida.

Nadie cree, realmente, que el **feto** sea una persona, porque en ese caso habría que castigar al médico que sacrifica el feto con el fin de salvar a la madre: ¿cómo puede un tercero matar a una persona inocente para salvar otra vida? Si el feto fuera una persona, la actuación del médico tendría que ser castigada. Por otra parte, todo el mundo da un cierto valor al feto: nadie considera que es moralmente indiferente sacrificarlo.

Los desacuerdos provienen de la existencia de una **diversidad de concepciones** sobre qué es lo que da valor a la vida:

(223) Los votos particulares fueron los de los magistrados Jerónimo Arozamena, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Ángel La Torre, Manuel Díez de Velasco y Francisco Rubio.

(224) No figura entre los valores superiores mencionados en el artículo 1.1 de la CE.

(225) DD primera del nuevo código.

(226) En la Constitución española se protege en el artículo 16.1.

- Para unos la contribución primordial al valor de la vida proviene de la naturaleza.
- Para los demás proviene de la inversión humana.

Los fundamentos para sostener una visión u otra dependen de convicciones profundas sobre la vida y la muerte. En una sociedad liberal, el Estado no puede tomar partido por una concepción u otra²²⁷ y, por lo tanto, tiene que dejar a los individuos afectados la decisión autónoma y responsable de abortar o no, pero con un límite: el momento a partir del cual el feto tiene capacidad sensitiva. A partir de este punto es titular de intereses, y el Estado puede decidir protegerlo mediante la prohibición de abortar.

(227) O cualquier concepción intermedia.

b) Otra teoría invoca el **derecho a no ser discriminado**. Según esta teoría, defendida por **Guido Calabresi**, en el caso del aborto nos encontramos con un conflicto grave entre dos grandes **valores**: la vida y la libertad individual. Una comunidad puede democráticamente decidir dar más peso a un valor o a otro.

No puede interpretarse que la Constitución predetermina qué opción tiene que seguirse. Lo que sí que establece es un **límite**: la carga que supone mantener la vida tiene que repartirse sin discriminaciones.

Lectura recomendada

Para profundizar en el tema del derecho a la vida, podéis consultar: **R. Dworkin** (1994). *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel.

Lectura complementaria

Sobre esta teoría alternativa, podéis consultar: **G. Calabresi** (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*. Nueva York: Syracuse University Press.

Si los hombres pudieran quedar embarazados, una ley que prohibiera el aborto sería perfectamente constitucional, ya que tanto los hombres como las mujeres sufrirían las consecuencias, en términos de libertad individual, de defender la vida al máximo. Pero, como los hombres no pueden quedar embarazados, las leyes prohibitivas del aborto son discriminatorias: sólo las sufren las mujeres. La única manera de salvar una ley que prohíba abortar es imponer a los hombres costes similares.

Ejemplo

Por ejemplo, un coste similar sería que los padres que esperan un hijo tuvieran que dar sangre a quien la necesita para sobrevivir.

Actividad

Después de leer estas teorías alternativas a la cuestión de la penalización del aborto, explicad qué pensáis al respecto.

9.1.3. La huelga de hambre

¿Puede el Estado alimentar por la fuerza a una persona que hace huelga de hambre, con el fin de salvarle la vida? En 1990 el Tribunal Constitucional tuvo que resolver un conjunto de casos en el que unos presos en huelga de hambre interpusieron recurso de amparo contra una decisión judicial que estableció

que podía imponerse a los presos un tratamiento médico cuando su vida corriera peligro, con el límite que no se les podía alimentar por la boca mientras estuvieran conscientes.

El Tribunal²²⁸ declaró que esta resolución judicial no violaba ningún derecho fundamental amparable.

(228) STC 120/1990.

En concreto, el Tribunal Constitucional hizo las consideraciones siguientes:

1) Consideró que no se violaba el **derecho a la vida**²²⁹, ya que este derecho no incluye el derecho a la propia muerte.

(229) Art. 15 CE.

En el caso de los presos, además, se da una circunstancia peculiar: se encuentran en una **relación administrativa de sujeción especial** con la Administración penitenciaria, relación que puede justificar la imposición de restricciones más intensas en los derechos fundamentales. Al fin y al cabo, los presos en huelga de hambre no buscaban directamente su muerte, sino presionar a la Administración para que cambiara su política penitenciaria, la cual es lícita mientras no esté judicialmente anulada. Por eso, la decisión de imponer un tratamiento médico a los presos tan pronto como su vida corra peligro no vulnera el derecho a la vida.

2) El Tribunal Constitucional tampoco consideró violado el **derecho a la integridad física y moral**. Admitió que este derecho quedaba afectado por la decisión del tratamiento forzoso, pero consideró que la limitación de este derecho estaba justificada por la necesidad de salvaguardar la vida del preso.

3) El Tribunal Constitucional rechazó el argumento de que el **tratamiento** significaba una tortura, o trato inhumano o degradante. Según el Tribunal Constitucional, no había ningún ánimo vejatorio ni humillante en la decisión de alimentar a los presos a la fuerza. De hecho, la resolución judicial impugnada ya dejaba claro que la alimentación por la vía bucal no podía hacerse mientras el preso estuviera en estado de conciencia, ya que en este caso sí que podría adquirir el tratamiento un carácter humillante.

La **sentencia** incluye dos votos particulares²³⁰, donde se cuestiona, en síntesis, la relevancia que el Tribunal da al hecho de que los presos se encontraran en situación de sujeción especial, así como de tipo de motivo reivindicativo que llevó a los presos a hacer la huelga de hambre.

(230) Los de los magistrados Miguel Rodríguez-Piñero y Jesús Leguina.

9.2. El derecho a la libertad ideológica y religiosa

La Constitución dice lo siguiente:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española, y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Artículo 16.

El **ejercicio del derecho a la libertad ideológica** está regulado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de junio, de Libertad Religiosa (LOLR). En este apartado sólo trataremos algunas cuestiones.

1) El contenido de la libertad ideológica

En primer lugar, la **libertad religiosa y de culto** no agota el contenido de la libertad ideológica. Esta última es más amplia: es el derecho a disfrutar de autonomía para formar y exteriorizar las convicciones morales, sean o no de cariz religioso. La exteriorización pública de las convicciones propias no tiene otro límite que el orden público protegido por la ley.

Derecho a la libertad ideológica y el derecho a la objeción de conciencia

El derecho a la libertad ideológica y el derecho a la objeción de conciencia están conectados, aunque el Tribunal Constitucional ha querido dar a este último derecho una cierta autonomía en relación con el primero.

La libertad ideológica todavía va más lejos: cubre incluso el **derecho de actuar de una manera coherente** con las propias convicciones. Ahora bien, eso plantea un problema: si cada uno actúa según sus convicciones, la autoridad de la ley desaparece.

En principio, el deber de obedecer la ley prevalece sobre el derecho a actuar según las propias convicciones, pero hay casos en los que el ordenamiento jurídico permite eximir del deber de obedecer la ley a los que tienen objeciones morales fuertes en contra: la **objeción de conciencia**.

Lectura recomendada

Para profundizar en la cuestión de la objeción de conciencia, podéis consultar: **P. Santolaya Machetti** (2001). "De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)". En: AA. VV. *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.

Ejemplos de la manifestación del derecho a la objeción de conciencia

1. Una manifestación concreta de esto la encontramos en el artículo 30.2 de la CE, cuando consagra el derecho a la objeción de conciencia como causa de exención del deber de prestar el servicio militar obligatorio.

⁽²³¹⁾ Art. 30.2 CE.

⁽²³²⁾ Art. 16 CE.

En la STC 15/1982 el Tribunal Constitucional consideró que la objeción de conciencia prevista en el artículo 30.2 de la CE es una especificación de la libertad ideológica del ar-

título 16 de la CE. Según el Tribunal Constitucional, era necesario que esta especificación se incluyera de una manera explícita en el artículo 30.2 de la CE, como hizo de hecho el poder constituyente, ya que el artículo 30.1 de la CE establece un deber constitucional: el deber de defender España y de prestar el servicio militar obligatorio.

(233) Actualmente la Ley 22/1998, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.

Teniendo en cuenta esta conexión entre el derecho de objeción de conciencia²³¹ y el derecho de libertad ideológica²³², el Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la objeción de conciencia tiene eficacia directa, sin necesidad de que se dicte la ley reguladora prevista en el artículo 30.2 de la CE²³³.

(234) STC 160/1987.

De todos modos, posteriormente²³⁴ el Tribunal Constitucional puso más énfasis en el carácter autónomo del derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 con respecto a la libertad ideológica del artículo 16. De esta manera pudo justificar su conclusión de que la regulación del derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.2 de la CE no estaba reservada a Ley Orgánica.

2. La objeción de conciencia al deber militar no es el único caso de objeción de conciencia constitucionalmente aceptado. Según la STC 53/1985, el **derecho de los médicos** a ejercer la objeción de conciencia frente a la práctica de un aborto es un derecho que, como parte integrante de la libertad ideológica del artículo 16 de la CE, es directamente aplicable, aunque no se haya dictado todavía ninguna ley reguladora.

3. Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido que resolver casos en los que unas personas que eran testigos de Jehová alegaron motivos religiosos para justificar su negativa a participar como Presidentes o vocales en las mesas electorales. El Tribunal Supremo no ha manifestado una doctrina clara con respecto a esto, aunque la tendencia es claramente restrictiva y negativa en lo que concierne al derecho a objetar.

Lectura complementaria

Sobre el derecho de objeción de conciencia de los médicos, podéis consultar la STC 53/1985 FJ 14.

4. Recientemente también se ha planteado si los ciudadanos llamados a formar parte de un jurado pueden alegar objeción de conciencia. La cuestión es controvertida, ya que (en vista de los debates parlamentarios) puede considerarse que esta objeción podría quedar incluida en la excusa general que prevé la misma Ley del jurado de 1995:

Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

Artículo 12.7.

2) La eficacia frente a terceros del derecho a la libertad ideológica

El derecho a la libertad ideológica tiene eficacia frente a terceros. Así, por ejemplo, la LOLR establece lo siguiente:

No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad.

Artículo 1.2.

Un empresario no puede negarse a contratar a alguien por motivos religiosos. Con más razón, no puede despedir a nadie por estos motivos. Ahora bien, en algunos casos no está claro hasta qué punto el empresario ha respetado o no la libertad religiosa.

Domingo

La fiesta en domingo se mantiene en la actualidad por razones seculares y la prueba está en que el legislador permite pactos y acuerdos en sentido contrario.

Ejemplo de un caso controvertido sobre el derecho a la libertad ideológica

(235)STC 19/1985.

El Tribunal Constitucional tuvo que resolver²³⁵ el caso de una mujer trabajadora que se convirtió a la Iglesia Cristiana Adventista del Séptimo Día. Las reglas de esta iglesia imponen la inactividad laboral desde la puesta del sol del viernes hasta la puesta del sol del sábado. En consecuencia, la trabajadora pidió a la empresa que le cambiara el régimen de horarios para poder hacer fiesta los sábados (en lugar de los domingos). La empresa no aceptó un cambio de turno laboral ni aceptó la ausencia de la trabajadora con la consiguiente pérdida de salario que tenía que compensar con otras horas.

La trabajadora faltó al trabajo y fue despedida. Los Tribunales se negaron a declarar nulo el despido, y ella acudió al Tribunal Constitucional, alegando violación de la libertad religiosa. El Tribunal Constitucional denegó el amparo. Según el Tribunal Constitucional, la empresa "no ha posibilitado el cumplimiento de los deberes religiosos" de la trabajadora, pero esto es diferente de una "actuación coercitiva impeditiva de la práctica religiosa".

Sólo esto último comportaría una **lesión de la libertad religiosa**. Según el Tribunal Constitucional, tampoco se había vulnerado el principio de igualdad, en conexión con la libertad religiosa, ya que la fiesta del domingo no es imperativa, pues puede pactarse otro día de fiesta para convenio colectivo o contrato individual, y no se justifica por razones religiosas, aunque en sus orígenes el domingo se estableció como fiesta por razones vinculadas a la tradición cristiana. Por lo tanto, del hecho de que la fiesta en domingo afecte como regla general de manera desfavorable a un grupo de trabajadores determinado, no puede derivar la conclusión de que se ha atentado contra su libertad religiosa.

¿Qué os parece este razonamiento? ¿Es relevante considerar hasta qué punto el empresario podía revisar sin graves perjuicios organizativos el sistema de turnos de la trabajadora? En este caso, la empresa alegó que, tal como funcionaban las máquinas de la fábrica, era imposible dar fiesta a la trabajadora los sábados y hacerla trabajar los domingos. ¿Habría sido diferente el caso si esta revisión de horarios hubiera sido posible desde un punto de vista organizativo?

Por otra parte, tened en cuenta que con posterioridad a esta sentencia, se ha aprobado la Ley 24/1992, que formaliza el Acuerdo de cooperación entre el Estado y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. El artículo 12 prevé la fiesta religiosa del sábado y reconoce el derecho de los miembros de esta iglesia a ser dispensados de hacer exámenes este día, tanto en las escuelas públicas y privadas concertadas, como en las pruebas de ingreso a la Administración, aunque en este último caso el derecho se subordina al hecho de que "no haya causa motivada que lo impida".

Si el Estado tiene que posibilitar activamente el respeto a las festividades religiosas, ¿no podría exigirse al empresario un deber similar, en la medida en que fuera posible?

Finalmente, tened en cuenta que los Acuerdos de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, sobre asuntos jurídicos establecen que:

El Estado reconoce como días festivos todos los domingos.

Artículo 3.

¿Hasta qué punto puede decirse que hoy la fiesta dominical se mantiene en España por razones desligadas de las tradiciones religiosas?

3) El régimen de cooperación en un sistema de libertad religiosa

La Constitución prevé un régimen de cooperación entre el Estado y la Iglesia católica y las otras confesiones.

Este régimen de cooperación no es el único posible en un sistema de libertad religiosa. En otros países²³⁶ la libertad religiosa del individuo va acompañada de un deber del Estado de abstenerse de cooperar con ninguna religión; se entiende que tiene que haber una barrera que separe totalmente el Estado de las diferentes iglesias.

(236) Por ejemplo en Estados Unidos.

La **opción del constituyente español** no ha sido ésta y ha querido compaginar la libertad religiosa con un deber de cooperación estatal con las diferentes confesiones:

a) De acuerdo con el artículo 5 de la LOLR, las iglesias, las confesiones y las comunidades religiosas disfrutarán de **personalidad jurídica** una vez inscritas en el correspondiente Registro Público del Ministerio de Justicia.

La libertad religiosa

Según el sistema de la Constitución española, la libertad religiosa y el principio de no confesionalidad del Estado se combinan con el principio de cooperación entre el Estado y las diferentes confesiones religiosas.

b) El artículo 7 de la LOLR prevé que el Estado establecerá **acuerdos o convenios de cooperación** con las iglesias, confesiones o comunidades inscritas en el Registro siempre que, por su ámbito y el número de creyentes, hayan obtenido un arraigo notorio en España. Estos acuerdos se aprobarán por ley.

(237) Con representantes del Estado y de las diversas confesiones.

c) Finalmente, el artículo 8 de la LOLR prevé la creación dentro del Ministerio de Justicia de una **comisión asesora de libertad religiosa** de carácter paritario²³⁷. El Estado firmó con la Santa Sede unos acuerdos²³⁸ y, por las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, ha aprobado los acuerdos con la Federación de Entidades Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelíes de España y la Comisión Islámica de España, respectivamente.

(238) Los Acuerdos de 3 de enero de 1979.

9.3. Los derechos a la libertad y a la seguridad (consideración especial al derecho de *habeas corpus*)

La Constitución establece lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este Artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.
4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

Artículo 17.

Lectura recomendada

J. García Morillo (1995). *El Derecho a la libertad personal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

9.3.1. Los supuestos de privación de libertad

Toda **privación física de libertad** tiene que hacerse de acuerdo con la ley. Por razones democráticas y de seguridad jurídica, se reserva a la ley la determinación de los casos y de las formas con la que puede ordenarse la privación de libertad de una persona.

Los **supuestos de privación de libertad** son variados; pensamos normalmente en supuestos que están vinculados en un proceso penal, pero éstos no son los únicos casos.

Ejemplo

Por ejemplo, también constituye una privación de libertad la medida de internar en un centro psiquiátrico a una persona incapaz, medida que se encuentra regulada en el artículo 211 del Código Civil, o de ingresar un extranjero en un "centro de internamiento", mientras se resuelve el expediente para su retorno o expulsión (medida cautelar prevista en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, "de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social").

Los supuestos de privación de libertad que se producen en conexión con el proceso penal pueden tener lugar en dos momentos:

1) Antes de que se dicte sentencia²³⁹. El artículo 17 de la CE dedica los apartados 2, 3 y 4 al supuesto específico de la detención preventiva: establece un plazo máximo en el que el detenido tiene que estar puesto a disposición judicial, le reconoce unos derechos procesales y establece un procedimiento para garantizar el respeto de los mismos.

(239) Detención preventiva y prisión provisional.

a) El primer problema que plantea la privación de libertad acordada antes de la sentencia penal es determinar si las **garantías** establecidas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 17 de la CE sólo se le reconocen a quien está en situación de detención preventiva. El Tribunal Constitucional²⁴⁰ ha considerado que no: también se extienden a otros supuestos.

(240) STC 115/1987.

b) El segundo problema es, pues, determinar qué **tipo de privación de libertad** lleva aparejada todas o algunas de las garantías que son propias de la detención.

2) Después de dictar sentencia²⁴¹. En este caso, la garantía de legalidad que el artículo 17.1 de la CE reconoce se encuentra ampliada más adelante:

(241) Pena de prisión o medida de seguridad privativa de libertad, establecidas en sentencia penal.

Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Artículo 25.1 CE.

En la medida en que las **normas penales** afectan al desarrollo de un derecho fundamental, el derecho a la libertad personal del artículo 17 de la CE, tienen que ser leyes orgánicas²⁴². Además, tiene que tenerse en cuenta otra garantía: la Administración civil no puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad²⁴³.

(242)STC 140/1986.

(243)Art. 25.3 CE.

Ejemplos de casos sobre las garantías aplicables a la privación de libertad

(244)STC 341/1993.

1. Uno de los casos que se le plantearon al Tribunal Constitucional fue el relativo a la **medida de identificación** prevista en el artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de protección de la seguridad ciudadana. Este artículo establece que, si los agentes de la autoridad no pueden identificar a una persona, y siempre que la identificación sea necesaria para impedir la comisión de un delito o una falta, o para sancionar una infracción, podrán requerir a aquella persona que les acompañe a las dependencias próximas, donde tengan medios adecuados para llevar a término las diligencias de identificación, con esta finalidad y sólo por el tiempo imprescindible.

(245)Como la misma ley establece.

El precepto fue impugnado ante el Tribunal Constitucional, y éste lo declaró válido, siempre que se entendiera con determinadas restricciones²⁴⁴.

Según el Tribunal Constitucional, la persona requerida se encuentra en situación de privación de libertad. Esta privación está, no obstante, justificada, ya que el objetivo que se busca es legítimo y de suficiente peso: impedir la comisión de un ilícito penal o posibilitar la imposición de una sanción por una infracción ya cometida.



Ahora bien, la privación de libertad no constituye un supuesto de detención en sentido estricto. Por ello, no todas las garantías del detenido le son aplicables: algunas sí y otras no, en función de las características específicas de la diligencia de identificación:

- En primer lugar, según el Tribunal Constitucional, la persona requerida tiene derecho²⁴⁵ a que la diligencia de identificación dure el tiempo imprescindible, pero el límite máximo de las setenta y dos horas que la Constitución establece para los casos de detención no es suficiente: las diligencias de identificación tienen que durar mucho menos.
- En segundo lugar, el requerido tiene derecho a ser informado de una manera inmediata de las razones del requerimiento.
- En tercer lugar, el derecho a ser advertido del derecho a no inculparse, como también el derecho a designar a un abogado, no operan en este caso, por la sencilla razón de que la diligencia prevista en el artículo 20.1 de la ley impugnada es una diligencia de mera identificación: en ningún caso es procedente que la policía haga un interrogatorio.
- Finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce que el procedimiento *dehabeas corpus* es aplicable con el fin de proteger a la persona afectada del riesgo de que se produzcan irregularidades en la práctica de la diligencia prevista en el artículo 20.1 de la Ley Orgánica 1/1992.

2. Otro caso controvertido es el de quien está conduciendo un vehículo de motor y es requerido por la policía para hacer una **prueba de alcoholemia**. Según el Tribunal, esta persona no está detenida en el sentido constitucional del término. En consecuencia:

"La realización de esta prueba [...], así como la comprobación de otro modo de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la Norma Fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera se halle sujeto a las normas de la policía de tráfico"

STC 107/1985, fundamento jurídico 3.

9.3.2. Las garantías del detenido

La **primera garantía constitucional del detenido**²⁴⁶ es el carácter temporalmente limitado de la detención: ésta sólo puede durar "el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos".

El límite máximo de setenta y dos horas es adicional: la detención tiene que durar menos si el tiempo estrictamente necesario es de menos de setenta y dos horas. Transcurrido el plazo pertinente, el detenido tiene que ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

⁽²⁴⁶⁾La Constitución establece esta garantía capital en el artículo 17.2.

La LECr regula en los artículos 489 a 501 los **supuestos** y el **procedimiento** de la detención, y en los artículos 502 a 519, los de la prisión provisional. Tanto en lo que concierne a los detenidos como a los presos provisionales, la LECr dedica los artículos 520 a 527 a regular las **garantías procesales**, concretando lo que dispone el artículo 17 de la CE.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha hecho una lectura restrictiva de los supuestos en que se puede acordar la prisión provisional. En primer lugar, sólo se puede decretar la prisión en la medida en que sea necesaria para evitar ciertos riesgos: que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia, que obstruya la instrucción penal, o que delinca. El Juez debe ponderar las circunstancias y verificar si, en el caso concreto, la prisión provisional es realmente necesaria. La gravedad del delito que se imputa a la persona no es razón suficiente para decretar la prisión.

Podéis ver un resumen de esta doctrina en la STC 44/1997. En la STC 47/2000, el Tribunal ha puesto en duda la constitucionalidad de los mismos artículos 503 y 504 de la LECr, en la medida que no explicitan estos límites que el TC considera exigibles a la luz de la Constitución. Por eso, ha planteado una "autocuestión" al Pleno, que deberá decidir si declarar o no la inconstitucionalidad de los denominados preceptos.

Dejando de lado la remisión que hay que hacer de los estudios de derecho procesal penal, debemos examinar brevemente algunos artículos de la LECr, especialmente el artículo 520.

Este precepto establece que toda persona detenida o presa tiene que estar informada, de una manera inmediata y que le sea comprensible, de los hechos que se le imputan y de las razones que han motivado su privación de libertad, así como de los derechos que tiene.

Los derechos del detenido o preso

El artículo 520 de la LECr especifica los derechos del detenido o preso y concreta las garantías reconocidas en el artículo 17 de la CE.

El precepto mencionado reconoce los **derechos** siguientes:

- 1) Derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar a alguna o a algunas preguntas, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez.
- 2) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- 3) Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que lo asista en las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio.

El procedimiento de nombramiento de abogado

El procedimiento de nombramiento de abogado se regula en el apartado 4 del artículo 520 de la LECr, y el tipo de actividad en el que consiste la asistencia de abogado se recoge en el apartado 6.

- 4) Derecho a que la detención y el lugar en que se encuentre en cada momento se ponga en conocimiento del familiar o la persona que desee. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

- 5) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de un extranjero que no comprenda o no hable castellano.

- 6) Derecho a ser reconocido por un médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución donde se encuentre, o por cualquier otro que dependa del Estado o de otras administraciones públicas.

Se debe tener en cuenta que la LECr prevé la posibilidad de que el Juez decida, como medida excepcional y de breve duración, la **incomunicación del detenido o preso**²⁴⁷. En estos casos, el artículo 527 de la LECr prevé que el detenido o preso, mientras dure su incomunicación, podrá disfrutar de los derechos reconocidos en el artículo 520, pero con las modificaciones siguientes:

- a) En todo caso, su abogado será designado de oficio²⁴⁸.
- b) No tendrá derecho a comunicar la detención a un familiar o a la persona que desee.
- c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado una vez practicada una diligencia en la que este último haya intervenido.

La falsa declaración

El Código Penal (art. 458 a 462) sólo castiga el falso testimonio, pero no la falsa declaración de un imputado.

Derecho por incomunicación del detenido

LA STC 74/1987 establece que este derecho también se reconoce, por exigencia constitucional derivada del artículo 24 de la CE, al detenido que sea español y que no comprenda o hable castellano.

⁽²⁴⁷⁾ Art. 506 LECr.

⁽²⁴⁸⁾ Medida que el Tribunal Constitucional ha declarado válida en la STC 196/1987.

Uno de los **supuestos** en que se prevé expresamente la posibilidad de que se decida la incomunicación es el de los detenidos y presos que sean sospechosos de estar relacionados con bandas armadas, o los individuos terroristas o rebeldes.

Así lo establece el artículo 520 bis de la LECr, que, además, prevé en estos casos las posibilidades siguientes:

- 1) Que la policía practique la incomunicación del detenido mientras el Juez resuelve la solicitud de incomunicación.
- 2) Que la detención se prolongue durante cuarenta y ocho horas más, con respecto al plazo de setenta y dos horas que rige como plazo máximo de detención con carácter general.

9.3.3. El procedimiento de *habeas corpus*

Con el fin de asegurar la regularidad de la privación de libertad, se prevé un **procedimiento sumario**, de cognición limitada, que tradicionalmente se denomina *habeas corpus*. Mediante este procedimiento puede conseguirse que se ponga inmediatamente a **disposición judicial** cualquier persona detenida ilegalmente.

Lectura recomendada

Con el fin de ampliar la información sobre el procedimiento sumario, podéis consultar: **V. Gimeno Sendra** (1996). *El proceso de Habeas Corpus*. Madrid: Tecnos.

La ley que regula este procedimiento es la Ley Orgánica 6/1984. Se trata de una ley breve que regula lo siguiente:

- 1) Los supuestos en los que puede instarse el inicio del procedimiento de *habeas corpus*²⁴⁹.
- 2) Qué órgano judicial es competente para conocer de la solicitud de *habeas corpus*²⁵⁰.
- 3) Quien puede instar el procedimiento²⁵¹.
- 4) Qué datos debe hacer constar el solicitante²⁵².
- 5) Qué trámites procesales hay que seguir²⁵³.
- 6) Qué contenido tendrá que tener la resolución que dicte el Juez²⁵⁴.

(249) Art. 1.

(250) Art. 2.

(251) Art. 3.

(252) Art. 4.

(253) Art. 5, 6 y 7.

(254) Art. 8.

En relación con este último punto, es evidente que si el Juez estima la solicitud porque considera probada que la detención es ilegal, el contenido de su resolución dependerá del motivo por el cual la detención sea ilegal. Así, el artículo 8.2 establece que el Juez ordenará alguna de las **medidas** siguientes:

- a) Que se ponga en libertad a la persona que ha sido detenida, si la privación de libertad fue ilegal.
- b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables; si lo considera necesario, puede ordenar que la persona se traslade a un establecimiento diferente o bajo la custodia de personas diferentes.
- c) Que la persona privada de libertad se ponga inmediatamente a disposición judicial, si ya ha transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

El procedimiento de *habeas corpus*

El procedimiento de *habeas corpus* tiene como objetivo poner a disposición judicial de una manera inmediata a toda persona detenida ilegalmente. Está reconocido en el artículo 17.4 de la CE y regulado en la LO 6/1984.

9.4. Los derechos de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen

La **constitucionalización** de los derechos de la personalidad es tributaria del constitucionalismo europeo posterior a 1945.

Debemos remarcar, sin embargo, que en Estados Unidos la jurisprudencia del Tribunal Supremo había establecido mucho antes criterios relevantes para proteger la *privacy*.

Entre los **factores** que más han favorecido su constitucionalización en Europa se encuentran, sin duda, los siguientes:

- 1) La intensificación de las agresiones que han recibido los derechos de la vida privada de las personas.
- 2) La conciencia del valor del individuo como expresión de la profundización del sistema democrático.
- 3) Una estimación de los derechos de la personalidad más garantista del ámbito privado del individuo.

9.4.1. La dignidad de la persona como fundamento del contenido esencial de los derechos de la personalidad

El **artículo 18.1 de la CE** reconoce los derechos de la personalidad: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas. Estos derechos son la expresión de una cimentación ética y también jurídica que proviene de la Constitución, donde se establece que:

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y la paz social.

Artículo 10.1.



Aceptar el valor de la dignidad como fundamento de los derechos de la personalidad comporta una garantía doble para su titular:

- a) En primer lugar, una **garantía negativa** que asegura que no puede ser objeto de lesiones o intromisiones ilegítimas.
- b) En segundo lugar, una **garantía de carácter positivo**, que permite a la persona disponer de los medios jurídicos para defenderse, con la finalidad de poder hacer uso de sus derechos sin interferencias ni impedimentos.

La **interpretación de los derechos de la personalidad** no puede quedar reducida, actualmente, a un planteamiento subjetivista subordinado únicamente a la versión que cada titular del derecho haga de su contenido y sus límites.

Así, de la legítima definición que la persona pueda dar de los derechos que la afectan, actualmente la dignidad y los derechos a los que ésta da fundamento, también tienen una **dimensión intersubjetiva** que impide que sean analizados con abstracción la vida de relación de las personas.

Han pasado los tiempos en los que la persona vivía aislada, las épocas en las que las posibilidades de entrar en el ámbito privado se reducían al consentimiento del particular. Los avances tecnológicos en el mundo de la comunicación han acentuado las posibilidades de incidencia en la vida privada de las personas.

Es evidente, pues, que la interrelación entre lo que es privado y la cosa pública obliga a interpretar el valor jurídico de los derechos de la personalidad, reteniendo esta dimensión doble inevitable, para determinar, al fin y al cabo, cuál es la que predomina en cada caso.

9.4.2. El derecho al honor

La noción de honor es un **concepto jurídico indeterminado**. Teniendo en cuenta las evidentes connotaciones sociales que tiene, el derecho al honor tiene que plantearse en función de su propia relatividad; no hay duda de que el concepto de honor está condicionado por la historia y que, por lo tanto, la indeterminación que lo caracteriza le exige una permeabilidad constante hacia el contexto social.

1) Desde una perspectiva subjetiva, el derecho al honor es el sentimiento de la estima que una persona tiene de sí misma en relación con la conciencia de la propia dignidad.

2) Desde un punto de vista objetivo, el derecho al honor es la reputación, el buen nombre o la fama de la que una persona disfruta ante los demás.

Sintetizando los dos conceptos, De Cupis lo ha definido de la manera siguiente:

"El íntimo valor moral del hombre, la estima de terceros, o bien la consideración social, el buen nombre o la buena fama, así como el sentimiento y conciencia de la propia dignidad."

En el modelo que ofrecen las sociedades más desarrolladas, la **protección del derecho al honor** incide sobre los diversos ámbitos en los que éste puede ser exigible, teniendo en cuenta el carácter deliberadamente amplio de su contenido. Así, por ejemplo, puede hablarse del honor personal, profesional, comercial, etc., lo que permite asimilar el concepto de honor a la noción coloquial de buena imagen, entendimiento como un sinónimo de reputación social o colectiva, pero en ningún caso de imagen física.

Los **titulares** del derecho al honor son todas las personas, sin distinción de sexo; por esta razón, la definición de De Cupis mencionada antes no es completamente correcta. De acuerdo con la fórmula genérica utilizada por la Constitución, también pueden ser sujetos del derecho al honor los nacionales y los extranjeros.

Ha suscitado más discrepancia el hecho de atribuir este derecho fundamental no sólo a las personas físicas, sino también a las entidades colectivas²⁵⁵.

Sin embargo, la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁵⁶ ha dado, acertadamente, una respuesta afirmativa al considerar que, si por ejemplo el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la

Lectura recomendada

Para profundizar en el tema del derecho al honor, podéis consultar: **I. Berdugo de la Torre** (1987). *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos.

Derecho a la propia imagen

Cuando se habla de imagen física estamos ante el derecho a la propia imagen, que es otro derecho de la personalidad dotado de autonomía y sustancialmente diferente del derecho al honor.

⁽²⁵⁵⁾Personas jurídicas.

⁽²⁵⁶⁾STC 139/1995 y 183/1995.

⁽²⁵⁷⁾Como el derecho al honor.

titularidad de los derechos que están de acuerdo con ello, resulta lógico que también se le reconozca constitucionalmente la titularidad de los demás derechos²⁵⁷ que sean necesarios y complementarios para conseguir estos fines.

El Tribunal Constitucional también ha reconocido, de una manera controvertida, el derecho al honor a entes tan genéricos como una etnia, una raza o un pueblo, invocando la protección de la dignidad de las personas para construir el argumento²⁵⁸; mientras que, en relación con las autoridades y los poderes públicos, se los ha negado y se ha limitado a hablar de dignidad, prestigio o autoridad moral, que son valores que el legislador protege pero que no son identificables con el derecho al honor²⁵⁹.

(258) STC 214/1991.

(259) STC 107/1988.

9.4.3. El derecho a la intimidad

El **reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad** es una aportación más reciente del constitucionalismo europeo. En este sentido, el artículo 33 de la Constitución portuguesa de 1976 ha ejercido una notable influencia sobre el constituyente español.

Antes que nada hay que decir que no es habitual que el **concepto de intimidad** sea definido por la legislación que lo regula. La doctrina ha precisado más el contenido; en principio, y de una manera genérica, la intimidad equivale a la vida retirada o anónima, a la vida interior de la persona.

Más concretamente, es el **derecho al ámbito de la vida personal**, o el reconocimiento en provecho de una persona de un ámbito de actividad que le es propio y que lo habilita para prohibir el acceso a los demás. Lo que es íntimo es opuesto a lo que es público. En síntesis, si atendemos a la formulación legendaria de la jurisprudencia americana, la intimidad es el derecho a no ser molestado, el derecho a estar solo (*the right to be let alone*), que ya se ha mencionado antes. Ahora bien, ésta es una definición que actualmente es notoriamente insuficiente.



La Revolución de los claveles en Portugal, dio paso al proceso democrático del cual salió la Constitución portuguesa de 1976.

El **contenido del derecho a la intimidad** en una sociedad moderna e industrializada, donde las nuevas tecnologías de los medios de comunicación permiten acceder a los ámbitos más privados de la actividad personal, imposibilita mantener una idea de la intimidad tan genérica, especialmente en un contexto social donde la información se configura como garantía de una opinión pública libre.

Actualmente, el **derecho a la intimidad** también presenta una dimensión doble:

Lecturas recomendadas

Sobre el tema del derecho al ámbito de la vida personal, pueden consultar:

J. Martínez de Pisón Cavero (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas
y **L.J. Mieres Mieres** (2002). *Intimidad Personal y Familiar (Prontuario de Jurisprudencia Constitucional)*. Pamplona: Aranzadi.

1) Por una parte, se trata de un **derecho de garantía** contra una intromisión en la vida privada de una persona, es decir, comporta un estatus negativo o de reacción frente a los demás.

2) Por otra parte, presenta también una dimensión positiva; se trata de un **derecho de control** del ciudadano o ciudadana sobre el flujo de informaciones que pueda afectar a su persona.

Este **planteamiento doble** del derecho a la intimidad ofrece un nuevo diseño que puede definirse no solamente como el derecho del ciudadano o ciudadana a reservarse una esfera de vida propia como secreta e indisponible para el resto, sino también a tener la capacidad para evitar la difusión de informaciones o evitar la manipulación e instrumentación.

Los titulares del derecho a la intimidad son:

1) El **titular activo**, que es la persona individual.

2) El **sujeto pasivo**, que, como es obvio, no pueden serlo solamente los poderes públicos, sino también otros particulares.

De la misma manera que el resto de derechos de la personalidad, es frecuente que el ejercicio del derecho a la intimidad pueda entrar en conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información.

Ved también

Pueden consultar el apartado 10 de este módulo didáctico.

Los **criterios jurisprudenciales** establecidos por el Tribunal Constitucional para resolver el contencioso jurídico entre estos derechos fundamentales están expuestos en el apartado 10, justamente cuando se analizan los derechos del artículo 20.1 de la CE.

9.4.4. El derecho a la propia imagen

Su especificidad ha planteado algunas **diferencias doctrinales** sobre el objeto de este derecho fundamental de la personalidad:

a) A veces se ha considerado que el derecho a la propia imagen forma parte del derecho al honor de la persona.

b) También se ha dado apoyo a planteamientos que entienden que la imagen es un elemento más del derecho a la intimidad y que, por lo tanto, cualquier violación de esta última es consecuencia de un uso inadecuado del derecho a la propia imagen.

No hay duda de que entre todos los derechos de la personalidad puede existir, y de hecho muchas veces existe, una **interrelación** notable y que los bienes jurídicos protegidos por los derechos al honor, por la intimidad y por la propia imagen pueden coincidir. Ahora bien, el derecho a la propia imagen, como derecho de la personalidad, también disfruta de identidad propia.



Consiste en el derecho del titular a la no reproducción o no representación de la figura humana de una manera visible o susceptible de ser reconocida²⁶⁰. Se trata, por lo tanto, de la imagen física (incluyendo la voz y el nombre) y no de otra que pretenda definir el concepto o la reputación²⁶¹ que de una persona se tiene en el círculo social, económico o político que la rodea.

(260) Por ejemplo, una caricatura.

(261) La denominada buena imagen.

Es un derecho público subjetivo de la personalidad que es exigible *erga omnes* cuando la imagen ya ha sido reproducida sin el consentimiento del sujeto. De la misma manera que los otros derechos de la personalidad, el derecho a la propia imagen también presenta un **contenido doble**:

- Por una parte, permite al titular oponerse a la difusión de su imagen.
- Por otra, también le otorga la potestad de controlar la exposición, la publicación y, si procede, la comercialización.

La **tutela** de los derechos de la personalidad se garantiza, según el derecho de que se trate, a través de los procedimientos siguientes:

a) El **derecho de rectificación**, de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, que lo regula, es la obligación que tiene cualquier medio de comunicación de incluir, en los plazos y las condiciones establecidos por la ley, la respuesta que toda persona natural o jurídica, pública o privada, mencionada por aquél, crea que es necesario poner en conocimiento del público.

El derecho de rectificación versa únicamente sobre hechos que forman parte de una información difundida; no está previsto con respecto a las opiniones difundidas. Es una manera más de comunicar información a la sociedad, al margen de la que generan los profesionales de la información, y también es

Lectura recomendada

Para ampliar la información sobre el derecho a la propia imagen, podéis consultar:

M. Carrillo (1993). "El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución Española". En: *Honor, intimidad y propia imagen. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

un límite al derecho a la información en la medida en que la rectificación está concebida como un instrumento para preservar el respeto a la veracidad informativa.

b) La **protección civil** se instrumenta mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que establece la tutela frente a diversos supuestos de intromisiones ilegítimas. El **efecto de la tutela** en este orden jurisdiccional es la concesión de importantes indemnizaciones económicas por el daño causado, evaluable muchas veces por el beneficio que la intromisión ha generado al medio de comunicación que ha lesionado un derecho de la personalidad.

c) La **protección penal** se establece mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia²⁶² y con la configuración de otros tipos de delito que sancionan los diferentes comportamientos contrarios al derecho a la intimidad, como la revelación de secretos, la violación de domicilio²⁶³, etc.

(262) En el caso del honor.

(263) En el caso de la intimidad.

La **jurisprudencia** del Tribunal Constitucional ha reconocido esta pluralidad de acciones jurisdiccionales; en general, tienen carácter alternativo y, por lo tanto, la persona puede escoger la que considere más adecuada. En este sentido, el Tribunal Constitucional no ha aceptado el criterio sostenido por el Tribunal Supremo de considerar que los cargos públicos afectados por lesiones en sus derechos de la personalidad, que fueran constitutivas de delito denunciado de oficio, están obligados a plantear el caso por la vía penal²⁶⁴.

(264) STC 241/1991.

9.5. Inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y autodeterminación informativa

Además de la protección directa de ciertos derechos, como los ya vistos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la Constitución también ampara de modo expreso ciertos ámbitos entendiendo que los individuos manifiestan su personalidad de manera especialmente intensa. Los casos de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones son especialmente elocuentes y no es casual que estén situados en los apartados segundo y tercero del artículo 18 CE, es decir, inmediatamente después de los derechos citados.

De todos modos, a pesar de la evidente relación entre los tres primeros apartados del artículo 18 CE, hay que recordar que, en el caso de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones, sólo se está protegiendo genéricamente un espacio determinado, es decir, sólo un continente y no su contenido. De esta manera, el consentimiento del interesado nos puede permitir entrar en un domicilio o leer correspondencia personal, pero, dado que sólo se ha liberado el continente, este mismo consentimiento no nos permite hacer un uso ilimitado de las cosas que encontramos en el domicilio o del contenido de las cartas. Si lo hiciéramos, podríamos vulnerar el derecho a la intimidad.

En relación con la inviolabilidad del domicilio, la Constitución prohíbe cualquier intromisión no consentida, incluso de carácter no físico, como por ejemplo con aparatos electrónicos, a menos que se cuente con autorización judicial o se esté ante un delito flagrante:

El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

Artículo 18.2 CE.

El concepto de domicilio no se limita al de vivienda, sino que la jurisprudencia constitucional lo ha extendido a otros ámbitos donde también están en juego aspectos de la vida privada de las personas como, por ejemplo, la habitación de un hotel²⁶⁵. De hecho, la definición que aporta el Tribunal²⁶⁶ es deliberadamente amplia para meter en ella estos otros supuestos: "espacio en el que el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima". Por otra parte, con respecto a la titularidad del derecho, se reconoce también a las personas jurídicas²⁶⁷.

(265) STC 10/2002.

(266) STC 22/1984, FJ5.

(267) STC 137/1985.

En relación con las excepciones establecidas en el artículo 18.2 CE, cabe precisar que la autorización judicial debe estar debidamente motivada y sólo se puede conceder cuando la propia ley prevé, en casos tasados, la posibilidad de violar el domicilio en función de una ponderación de los bienes en juego y de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Finalmente, la flagrancia ha generado cierta polémica, ya que, más allá de los casos donde haya un contacto visual claro de la comisión de un delito, hay que evaluar si esta exigencia también puede darse sin contacto visual, pero con indicios que hagan evidente y obvio que se está cometiendo un delito en el interior de un domicilio. Éste era el caso de la Ley Orgánica 1/1992, de Seguridad Ciudadana, que pretendía combatir de esta manera ciertos delitos. Aunque no haya confirmación visual, las fuerzas de seguridad pueden tener un conocimiento fundamentado de que se están vendiendo estupefacientes en un determinado domicilio y entonces la mencionada ley permitía la entrada sin recibir previamente autorización judicial. El Tribunal Constitucional entendió que esta interpretación de la flagrancia era inaceptable porque, además de la urgencia de la intervención que se pide, también se necesitaba tener evidencia de la comisión de un delito²⁶⁸ y este concepto siempre equivale a percepción directa, nunca a una deducción.

(268) STC 341/1993.

Además de las excepciones ya analizadas, y a pesar de no estar incluida expresamente en la Constitución, se admite también la entrada en cualquier domicilio en casos de emergencia, aunque se deberá enviar comunicación de manera inmediata a la autoridad judicial:

"Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad. En tales supuestos, y para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo".

Artículo 21.3 LO 1/1992, de Seguridad Ciudadana.

Por otra parte, en relación con el secreto de las comunicaciones, pueden reproducirse aquí algunas de las consideraciones anteriores, como, por ejemplo, las referidas a la protección del continente o a las condiciones de la intervención judicial:

Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Artículo 18.3 CE.

Aunque el texto constitucional resalta sólo tres tipos de medios técnicos, se trata de un listado meramente indicativo, ya que este derecho ampara el uso de cualquier otro medio, entre ellos los que generan últimamente las denominadas nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Hay que precisar además que el secreto abarca la comunicación en sí misma y también los datos colaterales, como, por ejemplo, la identidad de los interlocutores²⁶⁹. Cualquiera de los comunicantes puede decidir romper el secreto pero, igual que en la inviolabilidad del domicilio, eso no autoriza a hacer un uso ilimitado de su contenido, ya que se puede vulnerar el derecho a la intimidad.

⁽²⁶⁹⁾STC 230/2007.

Finalmente, el cuarto apartado del artículo 18 de la Constitución española incluye una referencia a los usos de la informática y sus posibles consecuencias negativas para ciertos derechos, en concreto para el derecho al del honor y al de la intimidad personal y familiar, y en general para el ejercicio del resto de derechos. Se trata de una disposición pionera que ha ido desarrollándose, sobre todo a partir de la pasada década, conformando un nuevo derecho a la autodeterminación informativa²⁷⁰, es decir, la facultad que se debe reconocer a todas las personas para que tengan un control razonable del uso que terceras instancias hacen de sus datos personales. Además de las consecuencias ordinarias del reconocimiento de un derecho en el Título I de la Constitución española, hay que saber que, siguiendo un rasgo generalizado en toda Europa, se han creado autoridades administrativas independientes encargadas de velar por este derecho.

⁽²⁷⁰⁾SSTC 254/1993 y 292/2000.

Autoridades administrativas independientes

Por ejemplo, en Cataluña se encuentra la Agencia Catalana de Protección de Datos.

Puede señalarse también que el tenor literal de este cuarto apartado no se refiere exclusivamente a la protección de datos, sino que intenta proteger genéricamente contra los usos abusivos de la informática y que, aunque menciona dos de los derechos reconocidos en el propio artículo 18 CE, también se vincula al ejercicio del resto de derechos.

10. Los derechos de ámbito político y de participación

10.1. La libertad de expresión y el derecho a la información

A partir de los métodos interpretativos proporcionados por la jurisprudencia de valores y el balance de intereses, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina que define el **núcleo constitucionalmente protegido de los derechos del artículo 20 de la Constitución**. Presentamos, a continuación, sus rasgos esenciales:

1) La **distinción entre la libertad de expresión y el derecho a la información** se define por la existencia de elementos valorativos o de naturaleza fáctica que sean detectables en lo que ha sido objeto de difusión. En este sentido, la libertad de expresión engloba pensamientos, ideas y opiniones, conceptos de alcance muy amplio en los que tienen que incluirse como factor distintivo las creencias o los juicios de valor.

El **componente valorativo** es, pues, lo que predomina en la libertad de expresión²⁷¹.

Por su lado, el **derecho a comunicar y recibir información veraz** versa sobre hechos. Sin embargo, en una información no está siempre clara la línea divisoria entre hechos y opiniones; estos dos componentes no se manifiestan siempre en estado químicamente puro. Esta razón motiva que, en los supuestos en los que puedan aparecer mezclados elementos de una u otra significación, el órgano juzgador tenga que atenerse, para calificar el supuesto, al elemento (fáctico o valorativo) predominante.

El resultado de esta calificación jurídica condiciona la **resolución del conflicto** entre los derechos del artículo 20 de la Constitución y los derechos de la personalidad.

En este sentido, es evidente que, por ejemplo, la exigencia de veracidad no opera con el mismo grado en el caso de la libertad de expresión que con respecto al derecho a la información: no hay opiniones que sean contrarias a la verdad, pero sí que hay comunicaciones de hechos que son erróneas.

Lectura recomendada

P. Salvador y otros (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

⁽²⁷¹⁾STC 6/1988.

2) El **derecho a la información** tiene un valor preferente sobre los **derechos de la personalidad**²⁷². Ahora bien, esta preferencia no es absoluta ni indiscriminada. Si fuera así, colisionaría con el planteamiento limitado de los derechos fundamentales que la Constitución establece.

(272)STC 165/1987.

Una vez el órgano jurisdiccional ha efectuado la ponderación o balance entre los derechos y las libertades implicados, la **posición de preferencia del derecho a la información** es procedente cuando ésta versa sobre:

- **Asuntos** que en razón de su objeto sean de interés colectivo o general.
- **Personas** que en razón de su dimensión pública, determinada por el cargo que ocupan, la función que tienen o la actividad por la cual son conocidas, también sean de interés público o social.

3) Asimismo, es predicable el **carácter preferente del derecho a la información** ejercido por los informadores mediante el instrumento institucionalizado de formación de la opinión pública, la prensa, entendida en su sentido más amplio, es decir, los medios de comunicación, pero no otros apoyos materiales atípicos, como unas hojas clandestinas.

4) Este carácter preferente del derecho a la información cuando se refiere a **personas de notoriedad pública** no significa que éstos no sean titulares de los derechos de la personalidad que la Constitución²⁷³ reconoce; su dimensión pública supone un **nivel de protección diferente** que, ciertamente, es un nivel considerablemente más bajo que el que corresponde a una persona sin relevancia pública.

(273)Art. 18.1 CE.

El **interés público** obliga al sujeto a prescindir de una parte de su ámbito íntimo y aceptar la crítica que eventualmente pueda incidir sobre su honor o la información sobre aspectos de su intimidad e imagen.

Ahora bien, el **requisito** para que el derecho a la información esté protegido –y conserve su carácter preferente– es que lo que ha sido difundido sobre la vida privada, o la opinión y la información que cuestionen el crédito moral, social, profesional o político de una persona:

"Se ejerza en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a las que se refieran y por las personas que intervienen."

STC 231/1988.

Corresponde al órgano jurisdiccional determinar la existencia o no de la conexión con asuntos de interés general.

5) La **opinión y la información sobre personas de notoriedad pública** también plantean la problemática que se da cuando la crítica se proyecta sobre las instituciones públicas y las personas que actúan temporalmente en su representación.

El Tribunal Constitucional ha planteado esta cuestión con una **perspectiva respetuosa con el pluralismo político** como valor superior del ordenamiento jurídico; en este sentido, el derecho de criticar a los representantes públicos se vincula al derecho fundamental a la libertad ideológica, que autoriza el margen más amplio en su ejercicio:

"Aparte de que sea o no coincidente con lo que establece la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, o que sea contrario a los valores y bienes jurídicos que en ellos se consagran, excluida siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero admitiendo la libre exposición de éstos en los términos que impone una democracia adelantada."

STC 20/1990.

Como también ha puesto de relieve el **Tribunal Europeo de Derechos del Hombre**, la libertad de expresión y el derecho a la información, como fundamentos esenciales de una sociedad democrática:

"Comprende no solamente las informaciones inofensivas o indiferentes o aquellas que sean favorables; también incluye las que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, ya que resulta así del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática."

STEDH caso Handyside y caso Lingens.

La consecuencia de esto es la necesidad, siempre, de una interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de la libertad ideológica y del derecho a expresarla.

6) Una cuestión vinculada a lo anterior es el **alcance subjetivo de los derechos de la personalidad** en relación con los derechos del artículo 20 de la Constitución. Concretamente, la cuestión planteada es saber si las personas jurídicas pueden reclamar el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

El **planteamiento doctrinal clásico** se fundamenta en el carácter personalísimo de estos derechos: únicamente la persona, considerada individualmente, es titular de derechos que tienen el objeto de proteger el patrimonio moral y la esfera íntima que la rodea.

Sin embargo, y con criterio, **sectores de la doctrina civilista** rechazan la negación absoluta respecto a que estos derechos también puedan ser alegados en favor de las personas jurídicas, especialmente en relación con el derecho al honor, entendido como el respeto al crédito social que una empresa puede reclamar para sí misma en el contexto social en el que desarrolla sus actividades.

Aunque la **jurisdicción ordinaria**²⁷⁴ se ha mostrado sensible a este planteamiento; a su vez, el Tribunal Supremo no ha mantenido una línea jurisprudencial nítida.

(274) Especialmente los juzgados de primera instancia.

(275) STC 139/1995.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sostenido un criterio más favorable en lo que concierne al **reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas**, en la medida en que sirva para llevar a cabo plenamente los fines para los cuales la entidad fue creada²⁷⁵.

La línea interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el **derecho al honor de las personas** ha incorporado un elemento nuevo de complejidad notable: atribuirlo a una etnia o una raza considerada genéricamente.

El criterio para hacerlo se ha fundamentado en la **dignidad como valor constitucional** en que se basan el orden político y la paz social. Esto ha permitido que una persona, considerada individualmente, pueda obtener amparo constitucional por intromisión ilegítima en su honor, aunque no fuera mencionada en unas expresiones de menosprecio con respecto a la etnia a la que pertenecía.

Al margen del significado político positivo de esta resolución específica, el Tribunal Constitucional parece abrir una **vía de límites a la libertad de expresión** que podría llegar a ser incontrolada. Entendemos, por el contrario, que la referencia aislada al valor de la dignidad, sin que se demuestre una mínima vinculación lesiva sobre el titular del derecho fundamental al honor, puede generar en los sujetos legitimados una voluntad generalizada de recurrir contra expresiones descalificadoras o similares. Es decir, podría llegar a significar la introducción de una legitimación difusa para recurrir.

7) La **veracidad en la información** es un mandato constitucional. Sin embargo, el **derecho a comunicar y recibir información veraz** no puede ser entendido en términos absolutos. *Veracidad* significa que aquello que se ha difundido ha sido comprobado con la diligencia exigible, lo cual no garantiza en todos los casos que la información sea efectivamente verdadera.

El Tribunal Constitucional centra su protección en el hecho de que la información obtenida con diligencia sea respetuosa con los deberes deontológicos de la profesión periodística, que, entre otras obligaciones, exigen contrastar con datos objetivos lo que es objeto de difusión.

Ahora bien, el ordenamiento no da crédito a conductas profesionales negligentes, ni aún menos a los simples rumores o insinuaciones insidiosas. No se ha de olvidar –dice el Tribunal Constitucional– que las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre²⁷⁶.

8) La veracidad no excluye la **responsabilidad**: la veracidad no legitima la injuria.

Por otra parte, la veracidad no opera de la misma manera con respecto al derecho al honor que en relación con el derecho a la intimidad. La notoriedad o el carácter anónimo de las personas también condiciona los efectos jurídicos de la veracidad informativa²⁷⁷.

a) En primer lugar, debemos señalar que el **mandato constitucional sobre la veracidad en la información** es un elemento integrante del derecho a la información que opera como límite, para evitar la posible lesión de otros derechos fundamentales.

Sin embargo, la **adecuación a la verdad de una información** difundida no es siempre sinónimo de ausencia de responsabilidad. Concretamente, la veracidad no es eximente de la responsabilidad derivada de expresiones insultantes.

Con buen criterio, el Tribunal Constitucional recuerda que la protección constitucional de los derechos²⁷⁸ opera con la eficacia máxima cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información versa sobre materias que contribuyen a formar una opinión pública libre, como garantía del **pluralismo democrático**.

En este sentido, en el marco de una información veraz, la emisión simultánea de expresiones formalmente injuriosas que sean innecesarias para informar o formar la opinión supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones.

Más concretamente, la crítica de una conducta, que se cree comprobada, de una persona de dimensión pública es una consecuencia lógica de un sistema político inspirado en valores democráticos; la sujeción a esta crítica es parte inseparable de todo cargo de relevancia pública.

Lectura recomendada

M. Carrillo (1993). *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*. Madrid: Civitas.

⁽²⁷⁶⁾STC 6/1988.

⁽²⁷⁷⁾STC 171/1990 y 172/1990.

⁽²⁷⁸⁾Art. 20 CE.

Ahora bien, una cosa es efectuar una valoración personal de una conducta, por desfavorable que pueda ser, y otra es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos vejatorios desvinculados del objeto de la información emitida, proferidos de manera gratuita y sin justificación alguna.

b) En segundo lugar, se plantea la cuestión de la **operatividad de la veracidad** en relación con el derecho al honor y el derecho a la intimidad.

En principio, la veracidad funciona como causa legitimadora de las intromisiones en el derecho al honor; por el contrario, si se trata del derecho a la intimidad, únicamente será aceptable si puede objetivarse el interés público de la información difundida.

c) Finalmente, y relacionado con el tema anterior, hay que añadir que la **veracidad informativa** no es eximente de responsabilidad jurídica por intromisión ilegítima en cualquiera de los derechos de la personalidad, cuando de la información no puede objetivarse el interés colectivo que justifique su difusión²⁷⁹.

(279)Y esto es así dejando de lado que se refiera a personas de dimensión pública.

El hecho de que la vida y la conducta moral de este grupo de personas tenga más interés público no supone suspender *a radice* su intimidad, su honor o su derecho a la propia imagen. Es diferente si la persona no tiene relevancia pública: en este caso, la veracidad de los hechos no justifica su difusión; únicamente lo hará si, una vez más, el principio del interés público puede estar demostrado.

10.2. Los derechos de reunión y de manifestación

10.2.1. Cuestiones previas

El derecho de reunión presenta una modalidad doble que, de una manera instrumental, podríamos clasificar así:

- estática,
- dinámica.

a) Una **reunión estática** es la concertada previamente por un grupo de personas en un recinto cerrado.

b) Una **reunión dinámica** es la que se hace en un lugar de tránsito público, o también con forma de comitiva característica, que permite definirla para este supuesto concreto como manifestación.

Lectura recomendada

I. Torres Muro (1991). *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas.

Ejemplo

No es extraño que la libertad de expresión pueda requerir muchas veces un ámbito organizativo propio, como una asociación estable o una reunión de personas para dar a conocer mejor la opinión de un conjunto humano.

En cualquier caso, los **derechos de reunión y manifestación** tienen un valor instrumental con respecto a los otros derechos de libertad. Inversamente, la reunión o la manifestación de un grupo de personas constituye, habitualmente, una instancia previa para expresar ideas, reivindicaciones, quejas, etc.

Sin embargo, no deja de ser cierto que, en una sociedad como la actual, el **ámbito más común** en que se manifiesta la expresión libre de una manera más habitual son los medios de comunicación²⁸⁰.

El ejercicio colectivo de este derecho, cuando se manifiesta en lugares de tránsito público²⁸¹, comporta la **existencia de posibles limitaciones** para el conjunto de la ciudadanía.

Estas limitaciones tienen que ser asumidas por el conjunto del cuerpo social afectado²⁸², pero bajo la tutela que tienen que proporcionar los poderes públicos, tanto sobre los que se manifiestan como sobre los que no lo hacen.

10.2.2. El concepto y los tipos de reunión

Hay que hacer dos precisiones en cuanto al derecho de reunión:

1) En primer lugar, el **derecho de reunión**, como forma singular de agrupación humana, se caracteriza por la existencia de algún tipo de acuerdo previo sobre el tema, por una manera temporal, por una finalidad más o menos común y por carácter público. Esta modalidad de reunión se hace en un lugar normalmente cerrado, aunque no es obstáculo que también pueda hacerse al aire libre, pero sin que las personas reunidas se encuentren en un lugar de tránsito público o vayan en comitiva²⁸³.

2) En segundo lugar, el derecho de reunión también puede producirse en lugares de tránsito público o de una **manera más dinámica**, como, de hecho, el derecho de manifestación. Se trata de la reunión que se desarrolla en espacios físicos de tránsito público y que, por esta razón, incide o puede hacerlo sobre el ejercicio de otros derechos e intereses legítimos que, eventualmente, también están sometidos a tutela judicial.

10.2.3. El régimen jurídico del derecho de reunión

El derecho de reunión está regulado en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio. Con carácter general, y según esta ley, el derecho de reunión se define como la concurrencia concertada y temporal de más de veinte personas con una finalidad determinada.

(280) Sea como fuere, es evidente la interrelación que hay entre los diferentes derechos de libertad.

(281) Derecho de manifestación.

(282) Es una consecuencia lógica del principio constitucional del pluralismo reconocido por la Constitución.

(283) Esta definición corresponde al concepto de reunión en sentido estático.



El artículo 21.1 de la Constitución prohíbe las reuniones que no sean pacíficas o en las que los participantes lleven armas. Asimismo, el segundo párrafo del mismo artículo faculta a las autoridades para prohibir las manifestaciones cuando haya razones fundamentadas de alteraciones del orden público que puedan producir daños a personas o bienes.

El ejercicio del derecho de reunión queda desvinculado de las prescripciones de aquella ley, siempre que ocurra en lugares cerrados para cumplir sus fines, y cuando se trata de los casos siguientes:

- Reuniones privadas de personas físicas.
- Reuniones de los partidos políticos.
- Reuniones de los sindicatos.
- Reuniones de entidades empresariales.
- Reuniones de profesionales con sus clientes (abogados, médicos, etc.).

Por las condiciones especiales que afectan a algunos cargos públicos, la legislación vigente restringe el ejercicio del derecho de reunión a los Jueces y magistrados, fiscales y miembros de las fuerzas armadas.

En ningún caso las reuniones reguladas por esta ley están sometidas a un régimen de control preventivo, es decir, a una autorización previa de la autoridad gubernativa. Esta eventualidad únicamente puede producirse en un supuesto de declaración de los estados de excepción o de sitio.

La autoridad gubernativa puede suspender y, si procede, disolver las reuniones y las manifestaciones en los casos siguientes:

- Cuando las considere ilícitas, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Penal.
- Cuando produzcan alteraciones del orden público, con peligro para otras personas y otros bienes.
- Cuando los asistentes hagan uso de uniformes paramilitares.

Naturalmente, estas decisiones de la autoridad gubernativa siempre podrán ser objeto de control jurisdiccional por parte de los Tribunales ordinarios y, subsidiariamente, por parte del Tribunal Constitucional.

A continuación, hacemos algunas consideraciones sobre el **control del derecho de reunión**:

a) Si se trata de **reuniones en un lugar cerrado**, los organizadores y los promotores pueden solicitar la presencia de delegados de la autoridad gubernativa; sin embargo, esto no significa ningún tipo de control preventivo, ya que no pueden intervenir en el debate ni interrumpir el desarrollo.

b) Si se trata de **reuniones en lugares de tránsito público** y de **manifestaciones**, el régimen de la intervención administrativa está sometido, de acuerdo con las previsiones del artículo 21 de la Constitución, al deber de comunicación a la autoridad gubernativa, con una antelación de diez días naturales como mínimo y treinta como máximo.

Este plazo puede acortarse en un tiempo mínimo de veinticuatro horas si concurren causas extraordinarias y graves. Con esta previsión se trata, seguramente, de **permitir un plazo de comunicación más corto** ante la posibilidad de que se produzcan hechos que por su naturaleza exijan una respuesta social inmediata²⁸⁴.

La comunicación tiene un efecto de publicidad para todo el mundo, promotores y poderes públicos, que se dan por enterados de los objetivos de los primeros en relación con el hecho mismo de la reunión, el itinerario previsto, las medidas de seguridad proyectadas si hay otros bienes jurídicos susceptibles de ser asegurados, y otros detalles de la convocatoria, pero no supone ningún tipo de **control preventivo**.

Ciertamente, si la autoridad gubernativa considera que hay amenaza de que se produzca una **alteración del orden público**, porque se pone en peligro la integridad de personas o bienes, puede tomar las dos **decisiones** siguientes:

- Una primera decisión, y la más radical, consiste en **prohibir la reunión o manifestación**.
- La otra decisión, más atenuada, es proponer, de una manera motivada²⁸⁵, **modificar la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación**, con el objetivo de preservar bienes jurídicos que pueden estar amenazados por las características o efectos que genere la primera propuesta de los organizadores de la manifestación.

El **control judicial** de cualquiera de las dos decisiones de la autoridad gubernativa está asegurado por un procedimiento ultrarrápido previsto en la LPJ, que permite al Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma resolver en el plazo de nueve días el contencioso planteado y, al mismo tiempo, facilitar la celebración de la manifestación si la sentencia es estimativa.



El hecho de comunicar a la autoridad gubernativa la convocatoria de una reunión o manifestación en lugar de tránsito público no supone la autorización previa.

(284) Por ejemplo, un atentado por acto terrorista.

(285) Es decir, justificada suficientemente.

10.3. El derecho de asociación

La Constitución establece lo siguiente:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan finalidades o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las actividades de las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

Artículo 22 CE.

Presentamos a continuación los **rasgos esenciales** del derecho de asociación:

1) El **derecho de asociación** posibilita que los individuos se agrupen de una manera estable y permanente con el **objetivo de satisfacer intereses comunes**. Si el derecho de reunión protege la posibilidad de formar agrupaciones informales y temporales, el derecho de asociación protege la posibilidad de conferirles un **carácter permanente y formal**.

Actualmente nos puede parecer obvio que el Estado deba respetar el derecho de las personas a asociarse con otras, de manera permanente, para satisfacer objetivos comunes de una manera más efectiva.

Hoy consideramos obvio también que el reconocimiento del derecho de asociarse es una parte esencial del pluralismo de los estados democráticos liberales. Pero en los primeros momentos del liberalismo europeo del final del siglo XVIII y el principio del XIX, la aceptación del fenómeno asociativo no era dominante.

Durante el **Antiguo Régimen** las corporaciones y los gremios habían restringido la libertad del individuo. El **liberalismo** trató de fortalecer al Estado frente a las corporaciones y gremios justamente para liberar a los individuos. Por esta razón, en sus orígenes el liberalismo contempló con recelo las asociaciones privadas: temía que las asociaciones llegaran a reproducir el papel de los gremios y que, por lo tanto, el individuo se quedara sometido a su control fáctico.

De todos modos, esta **perspectiva negativa para con las asociaciones** es específica del liberalismo europeo, porque en Estados Unidos el asociacionismo fue, en general, aceptado más fácilmente²⁸⁶.

El hecho de negar el derecho de asociación también ha sido propio de las dictaduras totalitarias²⁸⁷.

Lecturas recomendadas

E. Lucas Murillo de la Cueva (1996). *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos.

P. Salvador Coderch (coord., 1997). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas.

S. Pérez Escalona (2007). *El derecho de asociación y las asociaciones: Sistema constitucional español*. Cizur Menor: Aranzadi.

⁽²⁸⁶⁾ Como ya hizo notar Alexis de Tocqueville en su libro *La democracia en América*.

⁽²⁸⁷⁾ La dictadura franquista reguló el ejercicio del derecho de asociación en términos altamente restrictivos.

La Constitución de 1978 rompe claramente con esta tradición y reconoce plenamente los **derechos de asociación** siguientes:

- El derecho a formar una asociación y de adherirse a una asociación ya formada.
- El derecho de la asociación formada a desarrollar sus actividades sin intrusiones de los poderes públicos.
- El derecho a no asociarse.

Durante mucho tiempo, faltó un desarrollo legislativo del derecho de asociación. Esta situación de interinato finalizó con la aprobación de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación. Por otra parte, allí hay legislación, tanto estatal como autonómica, que regula los tipos específicos de asociaciones.

La Ley Orgánica 1/2002 regula el ejercicio del derecho de asociación con carácter general, además. Hay **legislación**, tanto estatal como autonómica, que regula **tipos específicos de asociaciones**.

2) Con el fin de dar la **máxima protección al derecho de asociación**, la Constitución atribuye únicamente a los Jueces la competencia para decidir la disolución o suspensión de una asociación ya formada²⁸⁸. Y, con coherencia, establece un **sistema de constitución de las asociaciones** de acuerdo con el cual el registro administrativo donde tienen que inscribirse únicamente tiene la finalidad de darles publicidad²⁸⁹, no de dar al encargado del registro una ocasión para controlar la legalidad material de la asociación constituida.

Control de las asociaciones

Por lo que respecta tanto al momento de la constitución de las asociaciones, como al momento de su disolución o suspensión, la Constitución sustituye el sistema de control gubernativo viejo por un sistema de control judicial.

Como ha explicado el Tribunal Constitucional²⁹⁰, el encargado del registro no tiene más funciones que verificar si los documentos que se presentan corresponden a la materia objeto del registro y si reúnen los requisitos formales necesarios.

La Constitución española ha puesto fin radicalmente, por lo tanto, al sistema de control gubernativo que regía en el pasado y que se encontraba recogido en la Ley de Asociaciones de 1964.

El derecho de asociación

La Constitución española pone fin a una tradición secular al reconocer plenamente el derecho de asociación en el artículo 22.

⁽²⁸⁸⁾Art. 22.4 CE.

⁽²⁸⁹⁾Art. 22.3 CE.

⁽²⁹⁰⁾STC 85/1986.

De todos modos, la previsión constitucional de un registro administrativo "únicamente a efectos de publicidad"²⁹¹ plantea el problema siguiente: ¿cuándo adquiere personalidad jurídica la asociación, en el momento de su constitución a través de la firma del acuerdo entre los socios fundadores o en el momento de su inscripción en el registro?

(291) Art. 22.3 CE.

Antes de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2002, la doctrina estaba dividida y las jurisprudencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo no eran claras en este punto. La nueva Ley zanja la controversia: en el momento del otorgamiento del acto de constitución (artículo 5.2).

3) La **libertad de asociación** tiene límites. La Constitución declara prohibidas expresamente las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar*. Aunque hay cierta discusión sobre el significado de estos términos, suele considerarse que las **asociaciones secretas** son las que no solamente no están inscritas en el registro, sino que además sus miembros las quieren mantener en secreto, y las **asociaciones de carácter paramilitar** son las que adoptan las estructuras, el comportamiento o signos externos típicos de las organizaciones militares.

El artículo 22.2 de la Constitución declara ilegales las asociaciones que persigan fines delictivos o que utilicen medios delictivos, pero esto no habilita indiscriminadamente al legislador para que establezca libremente qué finalidades asociativas son delictivas.

Actualmente el Código Penal establece que son **ilegales**²⁹² las asociaciones siguientes:

- Las que tengan como objeto cometer algún delito o que, después de constituidas, promuevan la comisión.
- Las bandas armadas y las organizaciones o grupos terroristas.
- Las que, aunque tengan como objeto un fin lícito, utilicen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para conseguirlo.
- Las organizaciones de carácter paramilitar.
- Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones en razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.



Para establecer la ilegalidad de una asociación hace falta siempre una resolución judicial.

(292) Art. 515 CP.

- Las que promuevan el tráfico ilegal de personas.

Al inscribir una asociación, si el encargado del registro cree que la asociación es ilegal tendrá que remitir el asunto al Ministerio Fiscal para que decida lo que crea procedente y el Juez resuelva si la asociación es ilegal. Si el Juez decide que la asociación es ilegal, no podrá inscribirse.

4) El **derecho a no asociarse** está integrado de una manera implícita en el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 de la Constitución. El problema principal que se plantea en este punto es que a veces la ley obliga a las personas, físicas o jurídicas, a **formar parte de corporaciones determinadas** si quieren ejercer sus actividades en un sector concreto.

La adscripción forzosa

Para la realización de ciertas actividades, es necesario formar parte de corporaciones determinadas, como los colegios profesionales, las corporaciones deportivas, las cámaras agrarias o las cámaras de comercio, industria y navegación.



En la imagen, La Cámara de Comercio de Barcelona.

Según el Tribunal Constitucional²⁹³, la **adscripción forzosa** es admisible si se reúnen los requisitos siguientes:

a) No puede quedar afectada la libertad de asociación en su vertiente positiva, es decir, el **derecho a crear otras asociaciones**.

b) La **adscripción obligatoria** tiene que disfrutar de justificación suficiente, ya sea directamente en disposiciones constitucionales²⁹⁴, ya sea en los fines de interés público que persigan las corporaciones en cuestión, siempre que estos fines sean imposibles o difíciles de obtener sin recurrir a la medida excepcional de la adscripción forzosa.

Reflexión

¿Qué pasa si se pretende inscribir una asociación que, a criterio del encargado del registro, es ilegal desde el punto de vista penal?

⁽²⁹³⁾ Podéis consultar, por ejemplo, la STC 113/1994.

⁽²⁹⁴⁾ Como por ejemplo el artículo 36 de la CE, que hace referencia a los colegios profesionales.

En aplicación de esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional, por ejemplo, la antigua ley de 1911 que regulaba las Cámaras de comercio²⁹⁵, pero ha declarado válida la nueva Ley 3/1993 porque ha considerado que, de acuerdo con esta ley, las Cámaras de comercio tienen atribuidas unas funciones nuevas que no podrían llevarse a cabo, o sólo con dificultad, sin la adscripción forzosa²⁹⁶.

(295) STC 179/1994.

(296) STC 107/1996.

5) Finalmente, tiene que tenerse en cuenta que, dentro de la **tipificación genérica de las asociaciones**, la Constitución hace una referencia especial a las dos categorías siguientes:

- Los partidos políticos²⁹⁷.
- Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales²⁹⁸.

(297) Art. 6 CE. Ved la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, en particular los cambios introducidos en los procesos de ilegalización.

Por lo que respecta a los **partidos políticos**, la Constitución establece lo siguiente:

(298) Art. 7 CE.

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y la manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y el funcionamiento deberán ser democráticos.

Artículo 6 CE.

Por lo que respecta a los **sindicatos** y las **asociaciones empresariales**, la Constitución establece lo siguiente:

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Artículo 7 CE.

Tanto los partidos políticos como los sindicatos y las asociaciones empresariales son un tipo de asociación privada y por eso están amparados por la protección genérica del artículo 22 de la Constitución.

Las funciones de los partidos políticos, de los sindicatos y de las asociaciones empresariales tienen una trascendencia pública especial, que justifica que estén sometidos a un régimen especial que les atribuye derechos y deberes especiales. Esta trascendencia pública es especialmente intensa en el caso de los partidos políticos, ya que son el principal vehículo de formación y expresión de la voluntad popular

Justamente por eso, la Constitución ha querido asegurar que la estructura interna y el funcionamiento de estas asociaciones son democráticos. Esta exigencia es específica, y no rige las asociaciones con carácter general (aunque la Ley Orgánica 1/2002, en su artículo 2, lo extiende también a las asociaciones). El Tribunal Constitucional ha destacado esta especificidad más de una vez²⁹⁹.

(299) Podéis consultar, por ejemplo, la STC 56/1995.

Asimismo, si bien la Constitución lo deja abierto, la Ley 1/2002 exige el funcionamiento democrático interno a todas las organizaciones. Esta opción, aunque ha sido criticada por una parte de la doctrina, acaba siendo una garantía del derecho de asociación, en la medida en que protege a los miembros de las asociaciones a la hora de poder participar en la toma de decisiones.

Ley Vasca de asociaciones

La Ley Vasca de Asociaciones de 12 de febrero de 1988, establecía en el artículo 2.4 esta obligación de democracia interna. En la STC 173/1998 (Fundamento Jurídico 13), el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de este precepto, pero lo hizo por razones competenciales, no por razones de fondo. El Tribunal consideró que sólo una Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales sería competente para establecer la exigencia de democracia interna en las asociaciones. Pero no se pronunció sobre si esta Ley Orgánica sería materialmente constitucional. La cuestión, por lo tanto, quedó abierta.

De hecho, incluso podría dudarse de la constitucionalidad de la ley que exige a las asociaciones en general la obligación de estructurarse y funcionar de una manera democrática. El derecho de autoorganización puede considerarse restringido indebidamente.

En definitiva, las personas son libres de asociarse con quien quieran y dejar de pertenecer a las asociaciones cuando quieran. Esta libertad de entrada y salida es suficiente para proteger a las personas en el ámbito asociativo. En cambio, para el caso específico de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales, la Constitución impone esta exigencia adicional.

El problema que plantea esta exigencia está en determinar cuál es el conjunto de principios que tienen que satisfacer estas asociaciones para poder considerar que son democráticas internamente. En el caso de los partidos políticos, encontramos algunas pautas en la Ley 54/1978 de partidos políticos (art. 4), pero no son suficientes. En el caso de los sindicatos, la Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical, se limita a decir que los cargos electivos tienen que ser designados democráticamente (art. 4.2.c).

Asociacionismo

Los partidos políticos los sindicatos y las asociaciones empresariales son tipos específicos de asociaciones. No obstante, sus singularidades están protegidas por el artículo 22 de la CE.

10.4. El derecho de sufragio

La Constitución establece lo siguiente:

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo tienen el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Artículo 23 CE.



En este artículo se reconoce el derecho de **sufragio activo**³⁰⁰ y el de **sufragio pasivo**³⁰¹, así como el derecho de **acceso a la función pública** en general,³⁰² que no comporta obtener un cargo representativo. En este apartado nos referimos sólo al derecho de sufragio, en sus dos vertientes.

⁽³⁰⁰⁾Art. 23.1 CE.

⁽³⁰¹⁾Art. 23.2 CE.

⁽³⁰²⁾Art. 23.2 CE.

Respecto del derecho de sufragio hay que hacer las consideraciones siguientes:

1) El derecho de sufragio es **un elemento esencial de la democracia**. La democracia es un método de gobierno donde el pueblo participa en formar la voluntad estatal. Esta participación consiste en la posibilidad de disfrutar de un espacio de libertad donde la ciudadanía pueda hacer conocer sus intereses y sus opiniones, y donde puedan asociarse con el fin de satisfacer de una manera más eficaz estos intereses y con el fin de influir sobre las opiniones de los demás³⁰³.

⁽³⁰³⁾Por esta razón son tan importantes los derechos que hemos visto hasta ahora en este apartado: derecho a la libertad de expresión y a la información, derecho de reunión y manifestación, y derecho de asociación.

Ahora bien, la **participación democrática** no se reduce a esta posibilidad de expresarse y asociarse. Incluye también, necesariamente, la **posibilidad de decidir**. Incluye, por lo tanto, el derecho de voto.

El derecho de voto, o derecho de sufragio, se articula de una manera diferente según el tipo de democracia que se haya institucionalizado. Como es sabido, en las democracias modernas se ha establecido uno **sistema basado en la división del trabajo**, en virtud de la cual el proceso decisorio se separa en dos etapas:

- En una primera etapa los ciudadanos eligen a unos representantes.
- En una segunda etapa estos representantes votan las leyes.

En este esquema representativo el derecho de sufragio se concreta en las dos vertientes mencionadas: el derecho de sufragio activo y el derecho de sufragio pasivo.

Lectura recomendada

M. Ramírez (1985). *La participación política*. Madrid: Tecnos.

En la medida en que dentro del sistema de democracia indirecta o representativa se introduce algún **elemento de democracia directa**, el derecho de sufragio sólo se concreta en el derecho de votar. Éste es el caso del **referéndum**, que la Constitución española prevé en tres supuestos, en los términos que ya conocemos:

- Reforma constitucional³⁰⁴.
- Decisiones políticas de trascendencia especial³⁰⁵.
- En determinados casos, proceso de elaboración y reforma de los estatutos de autonomía³⁰⁶.

(304) Art. 167.3 y 168.3 CE.

(305) Art. 92 CE.

(306) Art. 151 y 152.2 CE.

También es un instrumento de democracia directa el régimen de concejo abierto en el ámbito municipal³⁰⁷.

(307) Art. 140 CE.

2) El derecho de sufragio se proyecta en todo **proceso decisorio de cariz político**. En el sistema de democracia representativa que hay en España, el derecho de sufragio activo se reconoce en relación con las elecciones de los Diputados y los Senadores que integran las Cortes Generales, las elecciones de los miembros de los diversos parlamentos autonómicos y las elecciones de los miembros de las corporaciones locales.

Además, la **integración del Estado español a la Unión Europea** hace que aparezca otro proceso electoral: el de los miembros del Parlamento europeo.

Quedan fuera de la protección del artículo 23 de la Constitución las diversas formas de participación en elecciones en instituciones sindicales o profesionales³⁰⁸.

(308) STC 51/1984.

3) El artículo 23.1 de la Constitución no explicita las **características del sufragio activo** que reconoce. Pero podemos deducir estas características conectando este artículo con el 68 y el 69, que hacen referencia a las elecciones del Congreso y del Senado, respectivamente. En estos artículos se establece que el sufragio activo será "universal, libre, igual, directo y secreto":

a) El sufragio es universal

Que el sufragio sea universal quiere decir que se reconoce a todo ciudadano o ciudadana sin excepciones. Se suprimen, por lo tanto, las excepciones que había en el pasado en razón de capacidad económica, raza, sexo o religión.

Otra cosa es, como veremos, que pueda suspenderse el ejercicio del derecho de sufragio activo (como también del pasivo) en casos determinados.

b) El sufragio es libre

Que el sufragio sea libre quiere decir, en primer lugar, que se reconoce el pluralismo político, de manera que a la hora de votar al ciudadano o ciudadana puede escoger entre diversas opciones políticas. En un sistema donde sólo sea legal un partido político, el derecho de sufragio no es libre, y no puede considerarse que el régimen político vigente sea democrático.

El sufragio libre quiere decir también que no hay un deber jurídico de votar: el voto no es obligatorio. Puede parecer evidente que el voto no tiene que ser obligatorio, pero hay al menos un argumento importante en contra. Quien no vota porque considera que el coste de ir a votar³⁰⁹ no se ve compensado por la contribución insignificante que aporta al resultado global, ya que son millones los votos que cuentan, se comporta como un "gorrón".

⁽³⁰⁹⁾Por ejemplo, las horas de playa que pierde.

En efecto, no contribuye a producir un bien público o colectivo, pero se beneficia de la contribución de los demás, ya que es imposible excluirlo del disfrute de este bien. Teniendo en cuenta la imposibilidad de excluir de los beneficios colectivos a quien no vota y la injusticia de beneficiarse de un resultado generado por el esfuerzo de los demás, en algunos países el voto es obligatorio y se sanciona, por lo tanto, a quien no vota, salvo que pueda esgrimir una causa que justifique su abstención.

Nota

Es imposible que las leyes que benefician el sector social al que pertenece la persona que no ha votado establezcan que los beneficios de esta ley no se aplicarán a las personas que no ejercieron el derecho a voto en las elecciones.

Actividad

¿Qué pensáis del hecho de que en determinados países, por ejemplo Argentina y Bélgica, el voto sea obligatorio y se sancione a quien no vota sin causa justificada?

c) El sufragio es igual

Que el sufragio sea igual quiere decir que el peso del voto de una persona tiene que ser igual que el de las demás, sin que pueda graduarse este peso en función de las características de la persona.

La **igualdad en el voto** excluye, por lo tanto, los sistemas de voto plural donde, por ejemplo, los votos de las personas que pertenecen a determinadas profesiones valen más³¹⁰ que el voto del resto de personas.

⁽³¹⁰⁾Dos, tres, cuatro... veces más.

d) El sufragio es directo

Que el sufragio sea directo quiere decir que el representante es elegido directamente por la ciudadanía, y no a través de la intermediación de un conjunto de compromisarios designados por ésta.

Históricamente el sistema de **sufragio indirecto** se ha justificado en la necesidad de frenar los excesos populares. La idea era que un cuerpo electoral intermedio haría de filtro y elegiría representantes más capaces que los representantes que elegiría el pueblo directamente.

La Constitución rechaza este sistema indirecto y reconoce el sufragio directo en las elecciones de los Diputados y los Senadores, excepto los Senadores autonómicos.

Este mismo sufragio directo se pone en práctica en las **elecciones** siguientes:

- Elecciones **autonómicas**.
- Elecciones **municipales**³¹¹.
- Elecciones al **Parlamento europeo**, reguladas en el artículo 190 del tratado CEE, Acta relativa a la elección de los representantes en la Asamblea para sufragio universal directo, anexa a la Decisión 76/787 del Consejo, de 20 de septiembre de 1976, y artículo 218 de la Ley Orgánica 5/1985, del régimen electoral general (LOREG).

e) El sufragio es secreto

Finalmente, que el sufragio sea secreto quiere decir que quien vota no tiene que dar a conocer el sentido de su voto.

Este carácter secreto está vinculado al derecho a no ser obligado a declarar sobre la ideología, la religión o las creencias propias (art. 16.2 CE) y responde, sobre todo, a la necesidad de asegurar la máxima libertad en ejercer el derecho de sufragio: las personas que se encuentran en posiciones de dependencia económica, social, laboral, familiar, funcional, etc., en relación con otras personas podrían tener miedo a reacciones desfavorables si no votaran en el sentido deseado por éstas últimas.

Ejemplo

El artículo 5 de la LOREG concreta este precepto constitucional al establecer que nadie puede ser obligado o coaccionado bajo ningún pretexto a ejercer su derecho de sufragio ni a revelar su voto.

4) Hemos visto que la ciudadanía tiene derecho a sufragio activo y pasivo³¹². Esto no quiere decir que todas las personas de nacionalidad española tengan este derecho, ya que sólo lo disfrutaban los mayores de edad, es decir, los mayores de dieciocho años³¹³.

Ved también

Podéis consultar el artículo 31.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

⁽³¹¹⁾ Art. 140 CE.



⁽³¹²⁾ Art. 23.1 CE.

⁽³¹³⁾ Art. 12 CE.

Ahora bien, el derecho de sufragio, tanto el activo como el pasivo, de los ciudadanos puede restringirse en ciertos supuestos, que la ley determina. La Ley Orgánica de régimen electoral general establece que no tienen derecho a sufragio las personas siguientes:

1. Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.
2. Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para ejercer el derecho al sufragio.
3. Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el periodo que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para ejercer el derecho de sufragio.

Artículo 3 LOREG.

En relación con el primer supuesto, tiene que tenerse en cuenta que el Código Penal vigente³¹⁴, a diferencia del anterior, sólo prevé la privación del derecho de sufragio pasivo, no del de sufragio activo, como pena principal o accesoria. Además, el artículo 6 de la LOREG establece unas causas de inelegibilidad que afectan, por lo tanto, al derecho de sufragio pasivo.

Junto a las causas que están previstas para evitar acumular el cargo de representante a otros cargos que se consideran incompatibles, aparecen las causas siguientes:

- Los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena.
- Aunque la sentencia no sea firme, los condenados por un delito de rebelión o los integrantes de organizaciones terroristas condenados por delitos contra la vida, la integridad física o la libertad de las personas.

5) La Constitución reconoce el derecho de sufragio en favor de la ciudadanía en el artículo 23.1. De una manera explícita, el artículo 13.2 excluye a los **extranjeros** cuando dice:

Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, puede establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

Ésta es la nueva redacción del artículo 13.2, después de la entrada en vigor de la **Ley de reforma constitucional**, de 27 de agosto de 1992.

La reforma del artículo 13.2 de la Constitución

Esta reforma tuvo que hacerse para que el Estado español pudiera dar su consentimiento al Tratado de Maastricht, que preveía en el artículo G (8B.1) que todo ciudadano o ciudadana de la Unión Europea que resida en un estado miembro del cual no sea nacional tiene derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro donde resida, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado en cuestión, dejando de lado las excepciones que el Consejo puede establecer si así lo justifican problemas específicos de un estado miembro.

⁽³¹⁴⁾Aprobado por la LO 10/1995.

El derecho de sufragio

Todos los españoles mayores de edad son titulares del derecho de sufragio. De todos modos, la ley establece unas restricciones de este derecho en relación con las personas que se encuentran en condiciones determinadas.



Acto de firma del Tratado de Maastricht. Este tratado planteó una incompatibilidad con el artículo 13.2 de la Constitución.

La reforma de la Constitución española tuvo que hacerse porque en la redacción anterior el artículo 13.2 sólo preveía la posibilidad de reconocer a los extranjeros, en las elecciones municipales, el derecho de sufragio activo, pero no el pasivo.

El Tribunal Constitucional, en la Declaración 108/1992, de 1 de julio de 1992, en virtud de un requerimiento del Gobierno³¹⁵, determinó que había una contradicción entre el precepto del Tratado de Maastricht y el artículo 13.2 de la Constitución, con la consecuencia de que la ratificación del tratado exigía la previa reforma constitucional de este artículo por el procedimiento ordinario³¹⁶.

(315) Ex art. 95.2 CE.

(316) Art. 167 CE.

Actualmente, pues, todos los **ciudadanos y ciudadanas comunitarios** pueden ejercer en España el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de su lugar de residencia. Pero, además, el derecho de sufragio activo y pasivo en estas elecciones también se reconoce a ciudadanos y ciudadanas no comunitarios, en virtud de Tratados Internacionales y siempre que haya reciprocidad.

Exentos del derecho de sufragio

Los extranjeros en principio, no son titulares del derecho de sufragio, pero el artículo 13.2 de la CE permite, en casos determinados, hacer una excepción en lo que concierne a las elecciones municipales.

6) Un problema que se plantea es la **relación entre el elector, el elegido y el partido político** que ha presentado este último en sus listas electorales. Como ya sabéis, la Constitución establece que los miembros de las Cortes Generales no están sujetos a mandato imperativo³¹⁷.

(317) Art. 67.2 CE.

Esta misma **prohibición del mandato imperativo** se reproduce en relación con los Diputados autonómicos*. La justificación clásica de esta prohibición es doble:

a) Por una parte, el representante tiene que contribuir a formar la voluntad general, lo que se considera incompatible con la existencia de instrucciones de sus electores locales que el representante tenga que cumplir.

b) Por otra, la decisión de los representantes tiene que ser tomada después de un proceso parlamentario de deliberación y negociación, actividades que no pueden llevarse a cabo adecuadamente si el representante ya se encuentra atado por las instrucciones de sus electores.

Un problema diferente es la **conexión entre el representante y el partido político**³¹⁸ que lo ha presentado como candidato en las listas electorales.

(318) O la federación, coalición o agrupación electoral.

Un precepto de la antigua Ley de elecciones locales de 1978 establecía que, si el candidato electo dejaba de pertenecer al partido que lo presentó en las elecciones, tenía que cesar en su cargo.

Reflexión

¿Puede condicionarse la continuidad del representante en su cargo a la pertenencia al partido?

Este precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional³¹⁹, que estableció una conexión entre el derecho del representante a llevar a cabo su función y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes. Si el ejercicio del derecho del primero se obstaculiza, se vacía de contenido el derecho de los últimos.

(319)STC 10/1983.

Según el Tribunal Constitucional, los **partidos políticos** no son órganos del Estado y, en consecuencia, no tienen poder público: sólo pueden ejercer su poder sobre quienes deciden libremente formar parte del partido. Si el representante deja de pertenecer al partido, éste no puede privarle del cargo, ya que eso supondría una extralimitación del ámbito dentro del cual el partido político puede ejercer sus poderes.

El Tribunal Constitucional no ignora que un análisis sociológico puede mostrar que a la hora de decidir su voto el ciudadano está suficientemente motivado por el hecho de que el representante elegido figure en la lista de un determinado partido político y no en la de otro. Pero lo cierto, dice el Tribunal Constitucional, es que, de acuerdo con la Constitución, la elección recae formalmente sobre personas determinadas, no sobre partidos.

En definitiva, el partido no puede condicionar el mantenimiento del representante en su cargo público, ya que esto privaría a los ciudadanos de su derecho a participar en los asuntos públicos a través de representantes.

Actividad

La mencionada sentencia del Tribunal Constitucional (10/1983) contiene un voto particular que formularon los magistrados Ángel Latorre, Manuel Díez de Velasco y Luis Díez Picazo. Su argumento principal es que los partidos políticos, si bien no son un poder público, sí que desarrollan funciones públicas. Estas funciones tienen que ejercerlas de acuerdo con la ley, que emana de la voluntad popular. Si la ley establece que el hecho de dejar de pertenecer a un partido tiene que conllevar como consecuencia la pérdida del cargo representativo, ¿qué objeción puede hacerse desde el punto de vista de la democracia y del derecho a participar en los asuntos públicos? Los magistrados recuerdan que la Constitución encomienda a los partidos políticos la tarea de servir de instrumento fundamental para la participación política.

- ¿Cuál de estos dos puntos de vista os parece más convincente?

10.5. El derecho de petición

El artículo 29.1 de la Constitución española reconoce el derecho a todos los españoles de presentar peticiones por escrito de manera individual o colectiva a los poderes públicos. La Ley 4/2001, de 12 de noviembre, Reguladora del Derecho de Petición, ha reconocido este derecho, asimismo, a los extranjeros. Sin embargo, por imperativo del **artículo 29.2 de la Constitución**, los miembros de las Fuerzas Armadas y de cuerpos sometidos a disciplina militar sólo podrán ejercer este derecho individualmente y en las condiciones que determine su legislación específica.

El derecho de petición es una institución clásica del derecho público, aunque la profundización de la democracia y la progresiva ampliación de los derechos de los ciudadanos, que convierten las materias eventuales de una petición en objeto de un derecho, han ido erosionando su importancia. Sin embargo, la progresiva democratización de los procedimientos administrativos y de la implementación de las políticas públicas podría suponer una recuperación de la importancia de este derecho.

El **derecho de petición** consiste en la posibilidad por parte de sus titulares de dirigirse por escrito a cualquier poder público para pedir alguna cosa o solicitar alguna acción. Hay que entender que las peticiones formuladas en el ejercicio de este derecho se encuentran dentro del ámbito de discrecionalidad del poder público concernido.

La presentación de la petición se podrá llevar a cabo de manera individual o colectiva ante cualquier poder público, aunque, de acuerdo con el artículo 77.1 de la Constitución, cuando la petición se presente ante las Cortes Generales, la presentación no puede realizarse mediante una manifestación ciudadana. Los ciudadanos pueden presentar peticiones ante cualquier poder público, pero permanecen excluidos los órganos jurisdiccionales –a menos que se trate de algún asunto de naturaleza extrajudicial– y el Tribunal Constitucional en cualquier caso.

Asimismo, los peticionarios tienen derecho a que el destinatario de la petición formule un acuse de recibo y a la contestación correspondiente a la petición formulada, que se debe efectuar en el plazo de tres meses, de acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley 4/2001. En cualquier caso, esta contestación puede ser una denegación de aquello que se pide, lo cual se debe realizar de manera justificada. Si, por contra, el destinatario de la petición la considera fundamentada, le debe dar cumplimiento, instando los procedimientos oportunos. En

caso de que el destinatario de la petición considere que no es competente para darle curso, tiene la obligación legal de enviarla a aquel órgano que crea que es efectivamente competente, informando a los peticionarios del trámite.

Finalmente, el derecho de petición incorpora una garantía de indemnidad de los peticionarios, esto es, no pueden ser objeto de ninguna represalia por el hecho de formular una determinada petición.

11. Los derechos sociales

Como manifestación del **carácter social del Estado**³²⁰, la Constitución reconoce un conjunto de derechos sociales y de principios rectores en la política social y económica, a través de los cuales se aseguran unos niveles mínimos de bienestar y libertad iguales para todos³²¹.

(320) Art. 1.1 CE.

(321) Art. 1.1 CE.

En este apartado nos referimos únicamente a dos manifestaciones del estado social en materia de derechos:

- La función social como límite del derecho a la propiedad privada.
- El derecho a la educación.

11.1. La función social del derecho a la propiedad privada

11.1.1. Consideraciones generales

La Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada como un derecho de las personas que disfruta de la protección que le otorga la reserva de ley del Parlamento, de acuerdo con la función social exigida por la norma suprema, función social que, en todo caso, delimita el contenido.

Esta reserva de ley, que afecta a la **delimitación del interés social del derecho a la propiedad**, tiene que asegurar que ninguna persona puede ser privada de sus bienes y derechos sin causa justificada de utilidad pública o interés social, de darse esta circunstancia, deberá percibir una indemnización de conformidad con lo dispuesto en las leyes.



El derecho a la propiedad privada es reconocido por la Constitución.

La **reserva de ley** garantiza que la regulación legislativa del derecho no pueda vulnerar el contenido esencial. Asimismo, este último no puede desvincularse del marco general que ofrece el Estado social, donde los poderes públicos pueden intervenir sobre el derecho de propiedad mediante cláusulas que lo habilitan para regular el ejercicio, con el fin de salvaguardar la libertad y la igualdad de las personas.

La concreción de los elementos que ayuden a identificar el contenido esencial del derecho no aparece en la Constitución. Pero, en todo caso, el Tribunal Constitucional ha recordado que la fijación del contenido esencial de la propiedad no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del de-

Lectura recomendada

A.M. López y López (1994). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madrid: Tecnos.

recho o de los intereses individuales subyacentes en éste. En este sentido, la referencia necesaria a la función social de la propiedad, ha de ser, entendida no como límite externo a la definición o al ejercicio de ésta, sino como parte integrante del mismo derecho de propiedad. Derecho subjetivo e interés social son los dos elementos definidores de este derecho.

Es evidente, pues, que el Tribunal Constitucional traslada al legislador la concreción de lo que deriva de la Constitución: la **necesidad de aunar el derecho del particular los intereses colectivos**. Por tanto, es obvio que la propiedad, como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto o ilimitado.

Con lo cual, la idea del derecho natural atribuida a la propiedad del primer liberalismo, dio paso con el liberalismo democrático a la concepción de los derechos y libertades como estatuto de libertad de la persona ante el Estado y también de los otros particulares; el resultado de esto fue la configuración de los derechos como instituciones limitadas por intereses de orden general.

11.1.2. El régimen del derecho a la propiedad

La falta de una definición explícita por parte de la Constitución que permita especificar el contenido esencial no impide hacer una aproximación conceptual a la propiedad, si se toma como referencia el artículo 348 del Código Civil, que la describe como el poder de uso, disfrute y disposición de los bienes.

La **titularidad del derecho a la propiedad** corresponde de una manera indiscriminada a las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras. Los extranjeros y las entidades de otra nacionalidad ejercen este derecho de acuerdo con los requisitos y limitaciones que la legislación establece.

Con la consolidación de la Unión Europea, el **proceso de liberalización del acceso en la propiedad**, que deriva de la libertad de circulación de bienes y servicios puesta en marcha en 1992 en Maastricht y desarrollada por los Tratados de Amsterdam (1997) y Niza (2000), tendrá que restringir considerablemente las limitaciones que todavía existen con respecto a la capacidad de las personas jurídicas para llevar a cabo negocios jurídicos que las habiliten para acceder a la propiedad en otros estados de la Unión Europea.

El **objeto del derecho a la propiedad privada** abraza todas las posiciones jurídicas de carácter patrimonial en las que el titular interviene. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia no reducen la delimitación del objeto a la propiedad de la cosa, sino que incluyen en la misma las prestaciones recibidas por el titular del derecho, que derivan de una relación jurídico-pública.

Como ha señalado Rey Martínez, inspirándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en la medida en que el individuo depende cada vez más de la intervención pública, los derechos del particular, por ejemplo, a las prestaciones de los seguros de invalidez y jubilación se integran en el objeto del derecho a la propiedad.

El **derecho a recibir una indemnización** por causa de la intervención del poder público –entendiendo por poder público cualquier ente administrativo– en la propiedad mediante la expropiación, está establecido en la Constitución sin especificar si tiene que ser **previa o posterior** al acto interventor del poder público.

Ambas posibilidades serían factibles en vista de la norma suprema. La actual Ley reguladora de la Expropiación Forzosa de 1954 establece que es previa.

Por lo que respecta al **carácter** y al **alcance de la ley expropiadora**, el Tribunal Constitucional no ha negado³²² la posibilidad de que pueda hacerse por ley singular, es decir, por ley de caso único, y ha declarado la constitucionalidad de la Ley de expropiación aplicada al caso Rumasa³²³.

El Tribunal Constitucional considera que la remisión que la Constitución hace a las leyes³²⁴ no cierra el paso a la expropiación singular de un solo propietario.

Los votos particulares de la sentencia pusieron el énfasis en el hecho de que un supuesto de este tipo merma las garantías del expropiado, ya que este último no puede impugnar la ley por falta de legitimación para hacerlo ante el único Tribunal competente: el Tribunal Constitucional.

En este sentido, y sin poner en cuestión la procedencia de las leyes singulares, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha considerado que la falta de audiencia del particular expropiado en un proceso de inconstitucionalidad contra la ley expropiatoria vulnera sus garantías.

Lectura recomendada

F. Rey Martínez (1994). *La propiedad en la Constitución española*. Madrid: BOE/CEC.



La expropiación de una propiedad con intervención del poder público da derecho a recibir una indemnización.

(322) Aunque con discrepancias en su seno.

(323) STC 166/1986.

(324) Art. 33.3 CE.

11.2. El derecho a la educación

La Constitución establece lo siguiente:

- 1) Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
- 2) La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
- 3) Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
- 4) La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
- 5) Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
- 6) Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
- 7) Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
- 8) Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
- 9) Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
- 10) Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

En lo que concierne al derecho a la enseñanza, hay que hacer las tres consideraciones siguientes:

a) La **libertad de enseñanza**, en general, es una extensión del derecho a la libertad ideológica³²⁵ y del derecho a la libertad de expresión y de producción y creación literaria, artística, científica y técnica³²⁶.

Así, se establecen los derechos siguientes:

- Las personas pueden crear centros donde se difundan sus ideas y sus conocimientos³²⁷.
- Los profesores pueden impartir la docencia en libertad³²⁸.
- Los padres tienen derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones³²⁹.



La Constitución declara la enseñanza básica obligatoria y gratuita.

Artículo 27 CE

El artículo 27 de la CE protege un conjunto de derechos que están vinculados al ámbito de la educación, como derechos de libertad, de prestación pública y de participación.

⁽³²⁵⁾Art. 16 CE.

⁽³²⁶⁾Art. 20 CE.

⁽³²⁷⁾Art. 27.6 CE.

⁽³²⁸⁾Art. 20.1 CE.

⁽³²⁹⁾Art. 27.3 CE.

Pero la libertad de enseñanza presupone que la enseñanza es para educar en la libertad: la **educación** tendrá como objeto el desarrollo pleno de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos, y a los derechos y libertades fundamentales³³⁰. Por otra parte, la libertad de los padres no puede llevar a negar a los hijos su derecho a recibir una educación: la enseñanza básica es obligatoria³³¹.

(330) Art. 27.2 CE.

(331) Art. 27.4 CE.

b) El derecho a la educación, por su parte, se concreta en el **derecho a recibir una enseñanza básica gratuita**³³², lo que comporta la intervención de los poderes públicos en el ámbito educativo, tanto mediante la creación de centros públicos³³³, como mediante el otorgamiento de ayudas públicas a los centros privados que reúnan determinadas condiciones³³⁴.

(332) Art. 27.4 CE.

(333) Art. 27.5 CE.

(334) Art. 27.9 CE.

La conexión entre el derecho a la educación y el estado social se manifiesta, sobre todo, en esta intervención pública. Esta intervención es necesaria, además, con el fin de garantizar que los estudios de validez académica que se ofrecen a las escuelas reúnan unos requisitos mínimos de calidad³³⁵.

(335) Art. 27.8 CE.

c) Finalmente, se protege también un **derecho de participación**: los profesores, los padres y los alumnos pueden intervenir en el control y gestión de todos los centros que sean sostenidos con fondos públicos³³⁶.

(336) Art. 27.7 CE.

Tiene que tenerse en cuenta que, históricamente, en el ámbito educativo la controversia política ha sido siempre intensa. Tanto en el momento de elaborar la Constitución de 1978 como en la política legislativa ordinaria, ha sido difícil poner de acuerdo a las diferentes fuerzas políticas y sectores sociales involucrados. De hecho, el artículo 27 de la Constitución recoge diferentes derechos que entran frecuentemente en conflicto, y la manera como tienen que armonizarse estos derechos es materia controvertida.

El desarrollo legislativo del derecho a la educación ha sido especialmente controvertido. Primero, impulsada por la UCD, se aprobó la Ley Orgánica 5/1980, de Estatuto de los Centros Escolares. Después, durante el primer periodo de Gobierno del PSOE, se aprobaron la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de octubre, Reguladora del Derecho a la Educación, y la Ley Orgánica 1/1990, de 20 de noviembre, de Ordenamiento General del Sistema Educativo. Luego, durante la época de Gobierno del Partido Popular, se aprobó la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. Finalmente, se aprobó la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, vigente actualmente.

Los derechos sociales

En la historia española la organización y la regulación del sistema escolar ha sido objeto de polémica y motivo de fuertes controversias políticas y sociales. La Constitución de 1978 ha tratado de encontrar una solución de equilibrio, aunque la concreción de esta resolución en las leyes también ha sido materia controvertida.

Lectura recomendada

A. Fernández-Miranda (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Tanto la LOECE³³⁷ como la LODE³³⁸ fueron impugnadas ante el Tribunal Constitucional por grupos parlamentarios de la oposición. El Tribunal, así, tuvo ocasión de concretar el contenido de los derechos constitucionales que entran en conflicto en el campo de la educación.

(337) Proyectada por el Gobierno de la UCD.

(338) Proyectada por el Gobierno del PSOE.

En este apartado no podemos examinar todas las cuestiones que el Tribunal Constitucional ha tenido que resolver. Nos centramos en el estudio del conflicto entre los cuatro protagonistas principales de la acción educativa en los centros privados.

- El titular del centro privado.
- Los padres.
- Los alumnos.
- Los profesores.

Es interesante observar que el **recurso contra la LOECE** se basaba, entre otros motivos, en la tesis de que se protegía en exceso el derecho a crear centros docentes privados, en detrimento de los derechos de padres, profesores y alumnos. Por el contrario, la **LODE** fue impugnada, entre otras cosas, con el argumento de que protegía los derechos de estos últimos en perjuicio del derecho del titular del centro docente.

El equilibrio entre estos derechos es, pues, difícil, porque en la controversia política los diversos grupos dan un peso diferente a los derechos que entran en tensión.

Según la STC 5/1981, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE, la libertad de creación de centros docentes incluye el **derecho de los titulares de centros privados a establecer un ideario educativo propio**. Este derecho no es meramente instrumental con respecto al derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos.



Aunque existe una conexión entre ambos derechos, el derecho a establecer un ideario propio del centro es un derecho autónomo. Por esta razón, dice el Tribunal Constitucional, el ideario puede hacer referencia a aspectos de la enseñanza que vayan más allá de los aspectos religiosos y morales. Este derecho no es, sin embargo, limitado.

El Tribunal Constitucional considera que su ejercicio tiene que ser compatible con los tres derechos siguientes:

- Derechos de los profesores.
- Derechos de los padres.

Ejemplo

El Tribunal Constitucional trató de establecer los criterios de acuerdo con los cuales tenían que resolverse los conflictos entre los derechos de los titulares de centros privados, profesores, padres y alumnos (STC 5/1981).

(339) Art. 20.1 CE.

- Derechos de los alumnos.

1) Por lo que respecta a los **derechos de los profesores**, el Tribunal Constitucional establece que la libertad de cátedra de los profesores³³⁹ constituye un derecho que tiene que armonizarse con el derecho de creación de centros docentes. El Tribunal Constitucional considera que el constituyente español ha querido extender la libertad de cátedra a todos los profesores, y no solamente a los de enseñanza superior.

Vale la pena reproducir literalmente la respuesta del Tribunal Constitucional:

"La existencia de un ideario, conocida por el profesor al incorporarse libremente al centro o libremente aceptada cuando el centro se dota de tal ideario después de esa incorporación, no le obliga, como es evidente, ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar su enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor. El profesor es libre como profesor, en el ejercicio de su libertad específica. Su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es decir, en un determinado centro y tiene que ser compatible, por lo tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta, por lo tanto, para dirigir ataques abiertos o solapados contra ese ideario, sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resultan contrarios a aquél. La virtualidad limitadora del ideario será, sin duda, mayor en lo que se refiere a los aspectos propiamente educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos, terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios."

Fundamento jurídico 10.

Ahora bien, ¿qué pasa con las **conductas o manifestaciones lícitas** que el profesor haga fuera de su función docente? ¿Podrían en algún caso ser consideradas contrarias al ideario del centro y, por lo tanto, dar lugar a la extinción de la relación contractual? La respuesta del Tribunal Constitucional es afirmativa.

Entre los **factores relevantes** que los Jueces ordinarios tienen que tener en cuenta para decidir el caso, el Tribunal Constitucional hace referencia al **grado de notoriedad de las actividades** del profesor y a la **intencionalidad** con que el profesor las lleve a cabo.

2) El **derecho de los padres** a participar en la gestión y el control de los centros privados sostenidos con fondo públicos³⁴⁰ tiene como límite el respeto al ideario. Según el Tribunal Constitucional, ya que los padres han escogido para sus hijos un centro con un ideario propio, no pueden pretender que el centro siga orientaciones o lleve a cabo actividades contradictorias con este ideario.

⁽³⁴⁰⁾Art. 27.7 CE.

3) Finalmente, por lo que respecta a los **alumnos**, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho de creación de centros docentes tiene una limitación adicional que no pesa sobre el derecho a la libertad ideológica y de expresión: la educación tiene que orientarse al servicio de los valores democráticos³⁴¹. Esta exigencia es necesaria con el fin de proteger el derecho del alumno a desarrollar libremente su personalidad³⁴².

⁽³⁴¹⁾Art. 27.2 CE.

⁽³⁴²⁾Art. 10.1 CE.

Reflexión

Ahora bien, ¿cómo puede resolverse la colisión entre el derecho de libertad de cátedra y el del titular del centro privado?

De hecho, el Tribunal Constitucional dice que los **valores constitucionales** no son meramente un límite externo al ideario, sino los valores que tienen que inspirarlo positivamente.

En relación con el conflicto entre los derechos mencionados, la STC 5/1981 contiene un voto particular importante de Francisco Tomás y Valiente³⁴³. Los **magistrados discrepantes** consideran que el Tribunal Constitucional tendría que haber concretado en reglas más específicas cómo tenían que resolverse los conflictos entre el derecho de creación de centros educativos y los derechos de padres, alumnos y profesores involucrados.

(343) Al cual se adhieren Ángel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco y Plácido Fernández Viagas.

En este sentido, el voto intenta poner de manifiesto estas reglas, que llevan a dar al ideario propio del centro una protección menos intensa de la que puede desprenderse de la sentencia del Tribunal Constitucional. Así, según el voto particular, el ideario de cada centro docente cumple una función meramente instrumental con respecto al derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos, con la consecuencia de que los centros privados no pueden alterar a su arbitrio el ideario educativo fijado, ya que eso comportaría una conducta fraudulenta en relación con los padres.

De la misma manera, se defiende la participación de todos los protagonistas de la comunidad escolar³⁴⁴ a interpretar y aplicar el ideario a los casos concretos. En lo que concierne al respeto del ideario por parte del profesor, el voto particular cree que no pueden considerarse vulneraciones del deber de respetar el ideario:

(344) Titular del centro, profesores, padres y, eventualmente, alumnos.

"[...] las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro que exponga al profesor al filo de sus normales actividades escolares, siempre que las manifieste razonadamente, con oportunidad y en la forma adecuada a la edad y grado de conocimiento y de madurez de sus alumnos. El pleno y libre desarrollo de la personalidad de éstos (art. 10.1 y 27.2 de la CE) se obtiene fomentando en ellos un espíritu crítico, que sólo se puede imbuirles si también los profesores hacen uso de él en sus explicaciones."

STC 5/1981.

En esta línea el voto particular hace las consideraciones siguientes:

- Que los profesores no dejan de respetar el ideario por el hecho de negarse a participar en ceremonias religiosas.
- Que el centro no puede exigir a los profesores, antes de ser contratados, una adhesión explícita al ideario del centro.
- Que las conductas del profesor fuera de la institución escolar en ningún caso podrán ser considerados contrarios al ideario del centro.

- Que en aquellas zonas geográficas en las que haya un monopolio de hecho de centros privados ideológicamente homogéneos, y financiados por fondos públicos, los titulares de estos centros no podrán establecer un ideario propio³⁴⁵.

(345) Ya que eso supondría una lesión del derecho de los padres discrepantes.

La doctrina establecida en la STC 5/1981 fue recogida en la STC 77/1985, que resolvió un recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto de la LODE. Los recurrentes alegaron, entre otras cosas, que la ley desprotegía el derecho de los titulares de centros privados a establecer un ideario propio.

El Tribunal Constitucional recordó la **necesidad de compatibilizar este derecho con los derechos de los padres, de los alumnos y de los profesores**. De todos modos, declaró inconstitucional un precepto de la LODE que sometía a autorización administrativa el ideario de los centros privados, con el fin de controlar que se respetaran los derechos de los padres, de los alumnos y de los profesores. Según el Tribunal Constitucional, esta tarea delicada de ponderación entre los derechos en juego corresponde a los Jueces ordinarios, no a la Administración.

Dejando de lado muchos otros aspectos de la regulación del ejercicio del derecho a la educación³⁴⁶, es importante retener tres datos que muestran la incidencia del estado social en el ámbito educativo:

(346) Que no hemos podido tratar en este apartado.

a) En primer lugar, la **educación de las personas** es un bien de suficiente importancia en un estado democrático como para justificar la exigencia de que el Estado satisfaga este bien mediante un sistema de prestaciones públicas y de subvenciones.

b) En segundo lugar, la **intervención del Estado para mantener centros docentes privados** justifica la restricción de los derechos de los titulares de los centros afectados.

c) Finalmente, hay que recordar la **no neutralidad del Estado con respecto a la existencia de una cultura pública democrática**, y, por lo tanto, se justifica la exigencia constitucional de que la educación en todas las escuelas, sea cual sea su régimen jurídico, se inspire en los principios de convivencia democrática y respecto a los derechos fundamentales.

Si, como suele decirse, el **estado social** es un tipo de estado donde la interacción entre la sociedad y los poderes públicos es especialmente intensa, esta característica se manifiesta de una manera especial en el ámbito educativo.

Actividad

Hace algún tiempo se planteó cierta polémica a raíz de una sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2000, que consideraba constitucional que los colegios financiados con fondos públicos admitan sólo chicos, o sólo chicas. ¿Creéis que la Constitución impone una educación mixta? ¿En todas las escuelas, o sólo en las escuelas que sean públicas o que estén financiadas con fondos públicos? ¿Puede formar parte del ideario de una escuela la opción a favor de una educación separada?

Resumen

En este módulo didáctico hemos examinado diferentes aspectos de la **teoría general de los derechos fundamentales**, así como los problemas principales que determinados derechos plantean.

a) Hemos constatado primeramente la **importancia histórica** de los derechos fundamentales, que son la consecuencia institucional de movimientos políticos de signo liberal y democrático, así como la variabilidad histórica del contenido material de estos derechos.

b) También nos hemos hecho eco de la **tendencia actual** a dotar los derechos fundamentales de la fuerza máxima, como se manifiesta en:

- La **tendencia a equiparar** a los extranjeros y nacionales en el disfrute de estos derechos.
- La **aceptación matizada** de la idea de que estos derechos vinculan a los particulares.
- Los **criterios de interpretación** que se utilizan a la hora de fijar el contenido de estos derechos y de determinar cuándo son legítimas las restricciones que se les impone.

c) También hemos señalado el **peso de los derechos fundamentales** cuando hemos estudiado las vías específicas que, más allá del proceso judicial ordinario, están previstas en el ordenamiento jurídico con el fin de protegerlos jurisdiccionalmente (tanto nacional como internacional).

Entre los derechos examinados, hemos comprobado que el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad tienen unas características especiales y una importancia primordial:

- El **derecho a la tutela judicial efectiva** ampara la posibilidad de obtener de los Tribunales la protección efectiva de los derechos y los intereses de las personas (incluyendo, naturalmente, los derechos fundamentales).
- El **derecho a la igualdad** restringe la manera como el Estado puede distribuir bienes y cargas (ya sean de rango constitucional o no).

d) Para acabar, hemos verificado que hay **diversos tipos de derechos**, según que protejan:

- El **ámbito personal**.

Ejemplo

Lo hemos visto, por ejemplo, en el conflicto entre libertad de expresión y honor, entre propiedad privada e intereses sociales determinados, o entre los derechos de padres, alumnos, profesores y titulares de centros privados en el ámbito del derecho a la educación.

- El **espacio de la participación política**.
- Los **bienes y recursos materiales** sin los cuales la igualdad y la libertad de las personas no son efectivas.

En el **estudio de los problemas** que los derechos seleccionados plantean, hemos constatado las dificultades interpretativas que se presentan cuando los diferentes derechos de las personas entran en conflicto.

Actividades

1. Un periodista escribe un artículo en el diario *Actualidad* en que afirma que la empresa alemana Krupp Constructora, SA ha hecho grandes negocios inmobiliarios en la provincia de Tarragona durante los últimos años, a base de hacer donaciones encubiertas a los partidos políticos con responsabilidades de gobierno municipal, a cambio de obtener contratos de obra pública. En el artículo, el periodista incluye una lista de casos, con las cifras de las donaciones ilegales y los nombres de los políticos involucrados. El Sr. Pedro Constructor, en nombre y representación de la sociedad alemana, quiere presentar una demanda civil contra el periodista y el diario por lesión del derecho al honor de la sociedad anónima mencionada.

Responda a las preguntas siguientes:

- a) ¿Puede esta sociedad extranjera alegar que es titular del derecho al honor del artículo 18 de la Constitución?
- b) ¿Qué medidas judiciales puede pedir en el ejercicio de esta acción civil con el fin de reparar la lesión producida?
- c) ¿Qué vías procesales ordinarias tiene abiertas esta sociedad?
- d) ¿Qué tendrían que alegar y probar el periodista y el diario con el fin de evitar una condena civil por lesión del derecho al honor?

2. Supongamos que el Juez ordinario considera que la sociedad Krupp Constructora, SA ha sido lesionada en su derecho al honor y, en consecuencia, condena civilmente al periodista y diario demandados. Supongamos que estos últimos consideran que la extensión a las personas jurídicas del derecho al honor constituye una interpretación errónea del artículo 18 de la Constitución. Una vez agotada la vía judicial ordinaria, deciden acudir al Tribunal Constitucional a través de un recurso de amparo.

Responde a la pregunta siguiente:

- a) ¿Pueden, desde un punto de vista procesal, alegar infracción del artículo 18 de la Constitución?

3. Supongamos que, por contra, el Juez ordinario considera que la sociedad Krupp Constructora, SA no ha sido lesionada en su derecho al honor, porque las sociedades anónimas no son titulares de este derecho.

Responda a las preguntas siguientes:

- a) Teniendo en cuenta que los autores de la originaria e hipotética lesión del derecho al honor son unos particulares (un periodista y un diario), ¿podría la sociedad alemana presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (una vez agotada la vía judicial previa)? ¿Cómo puede articularse el recurso en estos casos?
- b) Si el Juez ordinario afirmó, en una serie de casos anteriores, que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, ¿podría la sociedad interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (una vez agotada la vía judicial ordinaria) alegando infracción del artículo 14 de la Constitución? ¿En qué condiciones es aceptable el cambio de criterio judicial? ¿Puede una persona jurídica extranjera alegar el derecho a no ser discriminado reconocido en el artículo 14 de la Constitución?

Ejercicios de autoevaluación

De selección

1. Los extranjeros que viven en España disfrutan...

- a) sólo de los derechos que establezcan los tratados y las leyes.
- b) de todos los derechos del título I de la CE, en los mismos términos que los españoles, a excepción de los derechos del artículo 23 de la CE.
- c) de todos los derechos del título I, en los términos que establezca la Ley o los tratados, a excepción de los derechos del artículo 23 de la CE.
- d) de todos los derechos del título I, incluyendo el derecho de sufragio activo y pasivo.

2. ¿Cuál de estos derechos no se reconoce a las personas jurídicas?

- a) Inviolabilidad de domicilio.
- b) Vida.
- c) Igualdad.
- d) Tutela judicial efectiva.

3. Si los Jueces ordinarios competentes no han tutelado el derecho de libertad de expresión de un periodista frente a la lesión ocasionada por un particular, el periodista...

- a) no podrá, en ningún caso, plantear recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- b) podrá plantear recurso de amparo alegando que la falta de tutela por parte del Juez comporta una lesión en su derecho por parte de un poder público.
- c) sólo podrá plantear recurso de amparo si fue condenado penalmente, pero no si lo fue civilmente.
- d) sólo podrá plantear recurso de amparo si previamente se siguió el procedimiento preferente y sumario regulado en la LPJ.

4. Los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España...

- a) sólo vinculan el estado español desde un punto de vista interpretativo.
- b) imponen obligaciones al estado español, pero el Tribunal Constitucional no puede tenerlos en cuenta.
- c) forman parte del ordenamiento jurídico español una vez publicados, y el Tribunal Constitucional tiene que tenerlos en cuenta para interpretar las disposiciones constitucionales que garantizan derechos y libertades.
- d) son protegidos por el Tribunal Constitucional, ya que es competente para invalidar las leyes que contradigan los tratados.

5. ¿Cuál de estas atribuciones no es propia del Defensor del Pueblo?

- a) Interponer recurso de amparo.
- b) Interponer recurso de inconstitucionalidad.
- c) Iniciar una investigación que acabe con una decisión vinculante para la Administración.
- d) Presentar un informe anual a las Cortes Generales.

6. El principio de igualdad...

- a) sólo protege frente a la aplicación incorrecta de la Ley, pero no frente a las decisiones del legislador.
- b) no puede alegarse en un recurso de amparo.
- c) sólo lo protege el Tribunal Constitucional de las distinciones no razonables basadas en el nacimiento, raza, sexo, religión y opinión.
- d) protege el individuo frente a las distinciones no razonables que puedan hacer tanto el legislador como los órganos de aplicación del derecho.

7. El Tribunal Constitucional ha declarado...

- a) inconstitucional la pena de muerte prevista en las leyes militares.
- b) que el feto es una persona y que, por lo tanto, es titular del derecho a la vida.
- c) inconstitucional el aborto consentido que se practique en el caso de que el embarazo sea consecuencia de una violación.
- d) que el feto no es una persona, pero sí que es un bien constitucional que el legislador tiene que proteger a través de un sistema de normas penales.

8. En el caso de que el detenido o preso se encuentre incomunicado, no tendrá derecho...

- a) a un abogado.
- b) a un abogado de su elección.
- c) al silencio.
- d) a ser reconocido por un médico forense.

9. El Presidente del Parlamento vasco aprueba una resolución sobre los derechos de los Diputados del Grupo Mixto de la Cámara que resulta discriminatoria. Puede recurrirse contra esta resolución...

- a) directamente en amparo ante el Tribunal Constitucional.
- b) directamente ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.
- c) ante la Audiencia Provincial de Vitoria.
- d) en primera instancia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

10. La autocuestión de inconstitucionalidad se presenta...

- a) contra leyes y reglamentos.
- b) contra reglamentos y otras disposiciones administrativas.
- c) únicamente contra sentencias de los Tribunales ordinarios.
- d) únicamente contra leyes.

11. El derecho a la propia imagen protege...

- a) la buena imagen social y física.
- b) la buena imagen.
- c) la imagen física.
- d) la intimidad.

12. El derecho a la tutela judicial significa...

- a) el derecho a obtener una resolución judicial conforme derecho.
- b) el derecho a obtener una sentencia firme.
- c) el derecho a obtener un auto conforme derecho.
- d) el derecho a ver satisfechas las pretensiones de la demanda.

13. El estado de excepción es declarado...

- a) por las Cortes Generales a propuesta del Gobierno.
- b) por el Congreso de los Diputados a propuesta del Gobierno.
- c) por el Gobierno, previa autorización de las Cortes.
- d) por el Gobierno, previa autorización de la Cámara baja.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. c

2. b

3. b

4. c

5. c

6. d

7. d

8. b

9. a

10. d

11. d

12. b

13. d

Glosario

AP Alianza Popular.

BOE Boletín Oficial del Estado.

CE Constitución española.

CEE Comunidad Económica Europea.

contenido esencial del derecho fundamental Conjunto de facultades del derecho fundamental sin las cuales el derecho se desnaturaliza, se hace irreconocible para la comunidad de los juristas y pierde su capacidad de proteger los intereses para la satisfacción de los cuales existe el derecho.

CP Código Penal.

DA Disposición adicional.

defensor del pueblo Órgano designado por las Cortes Generales para defender los derechos fundamentales protegidos en el título I de la Constitución, al servicio del cual tiene reconocida la potestad de supervisar la actividad de la Administración.

DD Disposición derogatoria.

DF Disposición final.

derecho de excepción Conjunto de preceptos previsto por la Constitución, para proteger la norma suprema en situaciones de crisis de convivencia, que afecten a las condiciones de vida de las personas, el ejercicio de los derechos y libertades, la soberanía o integridad territorial del Estado.

derecho fundamental Derecho subjetivo reconocido por la Constitución y protegido jurisdiccionalmente de todos los poderes públicos, incluyendo el Poder Legislativo.

derechos de la personalidad Derechos fundamentales de la persona que protegen la propia estima y la reputación (honor), el ámbito más reducido de la vida privada (intimidad) y la reproducción de una manera reconocedora de la propia imagen física (imagen).

derechos de libertad y derechos de prestación Los derechos de libertad se caracterizan porque son un límite al poder del Estado respecto al individuo, mientras que los de prestación comportan un conjunto de acciones positivas de los poderes públicos para hacerlos efectivos.

DT Disposición transitoria.

EURATOM Comunidad Europea de la Energía Atómica.

FJ Fundamento jurídico.

garantía institucional de los derechos La teoría de la garantía institucional ha servido para resaltar la importancia del significado objetivo de los derechos y, de esta manera, limitar las posibilidades del legislador ordinario para modificar el contenido del derecho constitucionalmente reconocido.

IRPF Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

LDP Ley de Demarcación y Planta Judicial.

LECr Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LJCA Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

libertad de expresión y derecho a la información La distinción entre estos dos derechos fundamentales está en que el primero hace referencia al derecho a emitir opiniones, y el segundo, al derecho a comunicar o recibir información sobre hechos.

LO Ley Orgánica.

LODE Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación.

LOGSE Ley Orgánica de Ordenamiento General del Sistema Educativo.

LOLR Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOREG Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

LOTC Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LPJ Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

LRJAP Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

PCE Partido Comunista de España.

PNV Partido Nacionalista Vasco.

principio de igualdad en la ley Principio en virtud del cual el legislador, y, en general, los órganos de producción de normas jurídicas, no pueden tratar de manera diferente supuestos que, en principio, son iguales en las características relevantes, excepto en el caso de que existan razones objetivas que lo justifiquen.

principio de igualdad en la aplicación de la ley Principio en virtud del cual los órganos de aplicación del derecho tienen que imponer las mismas consecuencias jurídicas a todos los casos que integren el mismo supuesto de hecho abstracto previsto en la norma aplicable.

procedimiento preferente y sumario Garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales en la vía judicial ordinaria, de carácter rápido y especial que, como regla general, permite la suspensión cautelar del acto o la disposición impugnado y que, en la mayoría de ocasiones, es previa al recurso de amparo constitucional.

proceso de habeas corpus Proceso sumario que tiene como objeto poner inmediatamente a disposición judicial a toda persona detenida ilegalmente.

PSOE Partido Socialista Obrero Español.

PSUC Partido Socialista Unificado de Cataluña.

recurso de amparo Procedimiento especial de carácter jurisdiccional y extraordinario que se presenta ante el Tribunal Constitucional, previsto para proteger los derechos fundamentales.

STC Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

STS Sentencia del Tribunal Supremo.

TC Tribunal Constitucional.

TEDH Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

TJCE Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Tribunal Europeo de los Derechos Humanos Tribunal creado en virtud de la Convención Europea de los Derechos Humanos, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950, con el fin de interpretar y aplicar las disposiciones de esta convención. Tiene la sede en Estrasburgo.

UCD Unión de Centro Democrático.

Bibliografía

Bibliografía básica

Balaguer Callejón, F. y otros (2007). *Manual de Derecho Constitucional* (vol. II). Madrid: Tecnos.

López Guerra, L. y otros (2007). *Derecho constitucional* (vol. I). Valencia: Tirant lo Blanch.

Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.

Rubio Llorente, F. (1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel.

Bibliografía específica de cada apartado

1. La caracterización general del sistema de derechos y libertades

Artola, M. (1986). *Los derechos del hombre*. Madrid: Alianza Editorial.

Baño León, J.M. (1988). "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española". *REDC* (núm. 24). Madrid.

Cruz Villalón, P. (1989). "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 25). Madrid.

Pérez Luño, A. E. (2007). *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.

2. El régimen jurídico de los derechos y las libertades

Bastida Freijedo, F. J. y otros (1978). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*

Cruz Villalón, P. (1989). "Formación y evolución de los derechos fundamentales". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 25). Madrid.

López Pina, A. (1991). *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Madrid: Civitas.

Martín Retortillo, L.; De Otto, I. (1988). *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.

3. Las garantías jurisdiccionales (I): la tutela ordinaria de derechos y libertades

Carrillo, M. (1995). *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

García Morillo, J. (1993). *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

López Aguilar, J.F. (1989). "Problemas en la garantía y protección judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas". *Anuario de Derecho Público de la Universidad de Granada* (núm. 2). Granada.

4. Las garantías jurisdiccionales (II): el recurso de amparo

Cascajo J.L.; Gimeno Sendra, V. (1988). *El recurso de amparo*. Madrid: Tecnos.

Cruz Villalón, P. (1994). "Sobre el amparo". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 41). Madrid.

Fernández Farreres, G. (1994). *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Pérez Tremps, P. (1994). "La naturaleza del recurso de amparo y su configuración procesal". *Revista Vasca de Administración Pública* (núm. 39).

Rubio Llorente, F. (1994). *La jurisdicción constitucional en España (La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994)*.

5. Las garantías jurisdiccionales (III) y no jurisdiccionales

García de Enterría, E. y otros (1983). *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madrid: Civitas.

Requejo, J.L. (1992). "La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91; «Caso Bultó»)". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 12).

Varela Suanzes-Carpegna, J. (1983). "La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 8).

6. La suspensión de derechos y libertades

Carrillo, M. (1978). *Sistema de garantías y suspensión de los derechos y libertades en la Constitución española de 1978*

Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.

Terradillos Basoco, J. (1988). *Terrorismo y Derecho (Comentario a las leyes orgánicas 3/4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*

Vírgala Foruria, E. (1994). "La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 40).

7. El principio de igualdad

Jiménez Campo, J. (1983). "La igualdad jurídica como límite frente al legislador". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 9).

Rodríguez-Piñero, M.; Fernández López, F. (1985). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.

Rubio Llorente, F. (1991). *Revista Española de Derecho Constitucional La forma del poder*

8. El derecho a la tutela judicial

Figueroa Burrieza, A. (1990). *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos.

Gimeno Sendra, V. (1988). *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos.

González Pérez, J. (1989). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas.

9. Los derechos del ámbito individual y privado

Berdugo de la Torre, I. (1987). *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos.

Carrillo, M. (1993). *Honor, intimidad y propia imagen Cuadernos de Derecho Judicial*

Dworkin, R. (1994). *El dominio de la vida*. Barcelona: Ariel.

Gimeno Sendra, V. (1996). *El proceso de Habeas Corpus*. Madrid: Tecnos.

Martínez de Pisón Caveno, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.

Polo Sabau, J. R. (2007). *Estudios sobre la Constitución y la libertad de creencias*. Málaga: Universidad de Málaga.

Ruiz Miguel, A. (1996). "La objeción de conciencia a deberes cívicos". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 47).

Santolaya Machetti, P. (2001). "De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)". En: AA. VV. *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.

10. Los derechos del ámbito político de participación

Carrillo, M. (1993). *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*. Madrid: Civitas.

Lucas Murillo de la Cueva, E. (1996). *El derecho de asociación*. Madrid: Tecnos.

Pérez Escalona, S. (2007). *El derecho de asociación y las asociaciones: Sistema constitucional español*. Cizur Menor: Aranzadi.

Ramírez, M. (1985). *La participación política*. Madrid: Tecnos.

Salvador Coderch, P. (1997). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas.

Salvador, P. y otros (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Torres Muro, I. (1991). *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas.

11. Los derechos sociales

Fernández-Miranda, A. (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

López y López, A.M. (1994). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madrid: Tecnos.

Rey Martínez, F. (1994). *La propiedad en la Constitución española*. Madrid: BOE/CEC.

Referencias bibliográficas

García Pelayo, M. (1984). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza (pág. 166).

Pérez Serrano, N. (1976). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas (pág. 418).

