

Drets i llibertats

Marc Carrillo López
Víctor Ferreres i Comella

Revisió a càrrec de
Jordi Jaria i Manzano

PID_00144324



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció.....	7
Objectius.....	9
1. La caracterització general del sistema de drets i llibertats....	11
1.1. L'evolució històrica i la positivització	11
1.2. La sistemàtica constitucional	14
1.3. La naturalesa jurídica	17
2. El règim jurídic dels drets i les llibertats.....	19
2.1. La titularitat dels drets fonamentals	19
2.1.1. Els estrangers	19
2.1.2. Les persones jurídiques	26
2.2. L'eficàcia dels drets fonamentals	27
2.3. Els criteris d'interpretació, la reserva de llei i el límit del contingut essencial	31
3. Les garanties jurisdiccionals (I): la tutela ordinària de drets i llibertats.....	36
3.1. Els antecedents del procediment preferent i sumari	36
3.2. La naturalesa jurídica	37
3.2.1. El caràcter preferent i sumari	38
3.2.2. El caràcter especial	38
3.2.3. La desaparició del requisit de la divisió entre els vicis de constitucionalitat i de legalitat com a condició per a accionar el procediment especial de tutela dels drets fonamentals	39
3.2.4. La condició de via judicial prèvia del recurs preferent i sumari	40
3.3. L'àmbit material	40
3.4. Els requisits processals	41
3.4.1. El caràcter potestatiu dels recursos administratius	41
3.4.2. La competència jurisdiccional i les qüestions de legitimació processal	41
3.4.3. El tràmit d'admissió prèvia del recurs, no previst per l'LPJ però aplicat a bastament pels tribunals ordinaris	43
3.4.4. Els elements objectius del procediment	44
3.5. Les mesures cautelars	46
3.6. El règim dels recursos i els efectes de la sentència	48

4. Les garanties jurisdiccionals (II): el recurs d'empara.....	49
4.1. El concepte i la naturalesa del recurs d'empara	49
4.2. L'àmbit material i l'objecte del recurs d'empara	51
4.3. El procediment del recurs d'empara	54
4.3.1. Els actes dels poders públics que poden ser objecte de recurs	54
4.3.2. La legitimació del recurs d'empara	55
4.3.3. Els criteris d'admissió del recurs d'empara	56
4.4. Les mesures cautelars	57
4.5. L'efecte de la sentència constitucional d'empara	58
5. Les garanties jurisdiccionals (III) i no jurisdiccionals.....	60
5.1. La protecció internacional dels drets: referència especial a la Convenció Europea dels Drets de l'Home de 1950	60
5.2. El Defensor del Poble	68
6. La suspensió de drets i llibertats.....	71
6.1. L'estat de dret i la suspensió de garanties	71
6.2. La suspensió general: els estats excepcionals	73
6.2.1. Els antecedents	73
6.2.2. Les disposicions comunes als tres estats excepcionals ...	74
6.2.3. L'estat d'alarma	75
6.2.4. L'estat d'excepció	77
6.2.5. L'estat de setge	81
6.3. La suspensió individual: l'àmbit material i les garanties	84
7. El principi d'igualtat.....	87
7.1. La caracterització general	87
7.2. La igualtat en l'aplicació de la llei	88
7.3. La igualtat en la llei	92
7.4. La igualtat entre homes i dones. La Llei Orgànica 3/2007	97
8. El dret a la tutela judicial.....	99
8.1. El concepte de tutela com a dret i com a garantia	99
8.2. El dret a la jurisdicció	100
8.3. El dret al jutge ordinari predeterminat per la llei	103
8.4. Les garanties sobre el procés	105
8.4.1. El dret a la defensa i a l'assistència jurídica	106
8.4.2. El dret a ser informat de l'acusació formulada	107
8.4.3. El dret a un procés públic	107
8.4.4. El dret a un procés sense dilacions inadequades	108
8.4.5. El dret a utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la defensa	109
8.4.6. Els drets a no declarar contra si mateix, a no confessar-se culpable i a la presumpció d'innocència	110
8.4.7. L'exclusió del deure de declarar	110

9. Els drets de l'àmbit individual i privat.....	111
9.1. El dret a la vida i a la integritat física i moral	111
9.1.1. La pena de mort	111
9.1.2. L'avortament	112
9.1.3. La vaga de fam	115
9.2. El dret a la llibertat ideològica i religiosa	116
9.3. Els drets a la llibertat i a la seguretat (consideració especial al dret d' <i>habeas corpus</i>)	120
9.3.1. Els supòsits de privació de llibertat	120
9.3.2. Les garanties del detingut	122
9.3.3. El procediment d' <i>habeas corpus</i>	125
9.4. Els drets de la personalitat: honor, intimitat i pròpia imatge	125
9.4.1. La dignitat de la persona com a fonament del contingut essencial dels drets de la personalitat	126
9.4.2. El dret a l'honor	127
9.4.3. El dret a la intimitat	128
9.4.4. El dret a la pròpia imatge	129
9.5. Inviolabilitat del domicili, secret de les comunicacions i autodeterminació informativa	131
10. Els drets de l'àmbit polític i de participació.....	134
10.1. La llibertat d'expressió i el dret a la informació	134
10.2. Els drets de reunió i de manifestació	139
10.2.1. Qüestions prèvies	139
10.2.2. El concepte i els tipus de reunió	140
10.2.3. El règim jurídic del dret de reunió	140
10.3. El dret d'associació	142
10.4. El dret de sufragi	148
10.5. El dret de petició	155
11. Els drets socials.....	157
11.1. La funció social del dret a la propietat privada	157
11.1.1. Consideracions generals	157
11.1.2. El règim del dret a la propietat	158
11.2. El dret a l'educació	159
Resum.....	166
Activitats.....	169
Exercicis d'autoavaluació.....	169
Solucionari.....	172
Glossari.....	173
Bibliografia.....	175

Introducció

Un dels elements més significatius de la Constitució espanyola de 1978 és el seu catàleg de drets fonamentals. En aquest mòdul didàctic estudiem diversos aspectes relacionats amb aquests drets.

Els drets fonamentals són els drets civils, polítics i socials recollits en la Constitució, protegits particularment pel que fa a la jurisdicció, i que vinculen a tots els poders públics, incloent-hi el legislador.

Però, quan van sorgir els drets fonamentals? Han tingut sempre el mateix contingut material? La Constitució espanyola de 1978 conté un catàleg ampli i heterogeni de drets, de característiques diverses. Com podem classificar els drets? Quines diferències hi ha entre uns tipus i uns altres, i quines conseqüències pràctiques en deriven?

Qui pot ser titular de drets fonamentals? En són els estrangers? I les persones jurídiques? Els drets tenen eficàcia envers els particulars, o només tenen eficàcia envers els poders públics? Quins límits defineixen els diferents drets? Com es poden identificar aquests límits? Es poden restringir els drets? Qui pot fer-ho, i amb quines condicions?

Quines vies de protecció jurisdiccional dels drets hi ha, tant en l'àmbit nacional com en l'internacional? Hi ha altres institucions no jurisdiccionals encarregades de vetllar pels drets fonamentals de les persones?

Poden ser suspesos temporalment els drets fonamentals? Quins drets, i en quines condicions?

A part d'aquestes qüestions de tipus general, que tenen incidència en tots els drets, examinem diversos drets en particular. No és possible estudiar tots els drets que la Constitució protegeix, ja que això requereix molt més espai del que disposem en aquest mòdul. Ens limitem a fer una selecció dels drets que poden ser més interessants.

Hi ha dos drets fonamentals que tenen unes característiques peculiars que en justifiquen un estudi previ i particularitzat:

- el **dret a la tutela judicial efectiva**,
- el **dret a la igualtat**.

Lectura recomanada

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

Els altres drets que protegeix la Constitució els dividim, a efectes classificadors, en els tres grups següents:

- 1) **Drets d'àmbit individual i privat.**
- 2) **Drets d'àmbit polític i de participació.**
- 3) **Drets socials.**

De cada àmbit de drets, n'estudiem uns quants exemples, provant d'explorar els problemes centrals que la seva interpretació i la seva aplicació plantegen.

Objectius

Els objectius que es pretén que els estudiants assoleixin amb aquest mòdul didàctic són els següents:

1. Dominar els elements de la teoria general dels drets fonamentals, que són els següents:
 - Concepte de dret fonamental.
 - Origen i evolució històrica dels drets fonamentals.
 - Classificació dels drets fonamentals a partir de la Constitució espanyola de 1978.
 - Titularitat, eficàcia i límits dels drets fonamentals.
 - Garanties jurisdiccionals dels drets en l'àmbit nacional (procediment preferent i sumari, procediment d'empara constitucional) i en l'internacional.
 - Garanties no jurisdiccionals dels drets, particularment, el Defensor del Poble.
 - Suspensió dels drets fonamentals.

2. Conèixer la problemàtica que presenten diversos drets en concret:
 - Dret o principi d'igualtat.
 - Dret a la tutela judicial efectiva.
 - Característiques (il·lustrades a través de diversos drets en particular) dels drets d'àmbit privat, els drets d'àmbit públic i de participació política, i els drets socials.

1. La caracterització general del sistema de drets i llibertats

1.1. L'evolució històrica i la positivització

El títol I de la Constitució espanyola (CE) compleix amb un dels dos **requisits paradigmàtics** que permeten identificar l'existència de la Constitució en sentit modern: òbviament, ens referim a una declaració de drets i llibertats de la persona, que es complementa amb un sistema de garanties jurisdiccionals i no jurisdiccionals.

L'altre requisit és la **divisió de poders**, que es planteja en un altre mòdul de l'assignatura.

Els drets i les llibertats, tal com han estat reconeguts pels textos constitucionals posteriors a 1945, obeeixen, amb matisos, a la **confluència de dues tradicions** que es complementen:

- la del liberalisme, que es va concretar en els primers textos constitucionals moderns i que es va desenvolupar durant el segle XIX;
- la del socialisme reformista, que va deixar l'empremta en el constitucionalisme social i democràtic del període d'entreguerres.

En aquest sentit, la Constitució de 1978 no n'és una excepció, perquè ha incorporat al seu text un conjunt de drets que pertanyen a generacions diferents però complementàries.

No es pot oblidar que la Constitució, com a norma, no permet diferenciar l'exigibilitat jurídica dels drets en funció del seu origen històric.

Els referents de la CE de 1978

El constitucionalisme americà als Estats Units, el constitucionalisme francès que s'inicia el 1789 i l'aportació del constitucionalisme alemany de la República de Weimar són els referents imprescindibles per a entendre el present que informa la Constitució espanyola de 1978.

No hi ha dubte que la Constitució, amb les seves particularitats i, sobretot, els seus antecedents històrics, és tributària d'una sèrie de tradicions. Tot i que els antecedents més llunyans estan vinculats a la història constitucional britànica (*Bill of Rights*, de 13 de febrer de 1689), en realitat la història constitucional contemporània dels drets i les llibertats va començar en el moment fundacional dels Estats Units, amb la Declaració de drets de Virgínia, del 12 de juny de

Observació

El significat de les abreviatures i les sigles emprades en aquest mòdul didàctic es troba al glossari.

Vegeu també

Vegeu el mòdul "Els òrgans constitucionals de l'Estat" d'aquesta assignatura.

Vegeu també

Connectant-vos a la biblioteca de la UOC, podreu consultar directament els textos de la Constitució espanyola.

1776, a la qual van seguir la Declaració de drets de Massachusetts de 1780 i la mateixa declaració de drets de la Constitució de la Unió de 1787, consistent en les deu primeres esmenes al text, introduïdes el 1791.

Paral·lelament, a Europa en el marc de la Revolució Francesa, es van promulgar la cèlebre Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà de 26 d'agost de 1789 i la posterior, de 24 de juny de 1793. A Espanya, sota la influència dels processos revolucionaris de França, es va aprovar la Constitució de Cadis de 1812, que, d'una manera molt asistemàtica, va reconèixer alguns dels drets del liberalisme de la primera època.

En aquesta primera fase de formes de govern liberal representatiu, el reconeixement dels drets responia a un plantejament carregat de iusnaturalisme. Els drets es formulaven com a **drets naturals** i previs a la vida de l'home en societat.

El títol I de la Constitució francesa de 1791 era prou explícit respecte a això:

El poder legislatiu no podrà fer cap llei que atempti o obstaculitzi l'exercici dels drets naturals i civils.

El problema en la tradició constitucional de matriu francesa va ser que aquest objectiu mai no es va traduir en normes efectives perquè la Constitució no va preveure instruments per a fer front a la vulneració dels drets per part del legislador.

A l'altre costat de l'Atlàntic, el procés va ser prou diferent. Els drets reconeguts per la Constitució dels Estats Units, com també la resta del contingut de la norma suprema, aviat van ser objecte de control judicial per part dels tribunals ordinaris; el *judicial review* incorporat després de la famosa Sentència del Tribunal Suprem en el cas Marbury contra Madison, de 1803, va permetre la tutela dels drets i les llibertats enfront dels excessos del legislador¹.

A Europa, i especialment a França i la seva àrea d'influència, al segle XIX, que va conèixer la **transformació de l'Estat liberal en Estat democràtic** a través del reconeixement del dret al sufragi universal i el dret d'associació, la norma suprema no era la Constitució, sinó la llei.



La Declaració dels Drets de l'Home i del Ciutadà de 1789 promoguda per França, a diferència de la declaració americana, va intentar ser universal.

La Constitució francesa

A França, no estava previst el control de constitucionalitat de les lleis.

⁽¹⁾ Els drets podien ser defensats davant de la jurisdicció.

La positivització dels drets, és a dir, la seva incorporació a l'ordenament jurídic, no es feia mitjançant la Constitució, que llavors encara no era norma directament aplicable pels tribunals, sinó per la via del reconeixement legal, és a dir, per una llei del Parlament. Quan aquesta llei no era promulgada, els drets reconeguts formalment per la Constitució no tenien eficàcia jurídica, és a dir, no eren aplicats pels tribunals.

La República de Weimar

El règim republicà alemany del període comprès entre el novembre de 1918 i el gener de 1933 va sorgir de l'Assemblea Constituent alemanya reunida per primer cop a la ciutat de Weimar. Aquesta assemblea aprovà una constitució (2 d'agost de 1919), que va instaurar la República de Weimar, federal, parlamentària i democràtica.

A Espanya la realitat obeïa a aquest plantejament, malgrat que, en ocasions, fossin vigents textos constitucionals com la Constitució democràtica de 1869, que reconeixia un catàleg ampli de drets. De fet, aquí, la font principal de dret era el reglament administratiu, i això en matèria de drets suposava més la limitació de drets i llibertats que no pas el seu reconeixement.

El constitucionalisme alemany va dominar el període d'entreguerres. La Constitució de Weimar (1919) va ser el text jurídic que va incorporar els elements característics del concepte d'estat social: d'una banda, la constitucionalització dels drets socials, econòmics i culturals, i, d'una altra, la positivització dels mecanismes jurídics d'intervenció de l'Estat en l'economia i la propietat privada (nacionalitzacions, expropiacions, etc.) per procurar conjuminar la llibertat amb la igualtat. És evident que Weimar va ser la resposta a l'esclat revolucionari soviètic de 1917.

A Espanya, anys després, la Constitució de 1931 de la Segona República va recollir l'espirit d'aquest constitucionalisme, tot incorporant un sistema de garanties constitucionals dels drets i les llibertats a través del recurs d'empara davant del Tribunal de Garanties Constitucionals. Va ser llavors quan la Constitució va esdevenir norma suprema.

Després de la Segona Guerra Mundial, les constitucions europees van recollir la síntesi d'aquestes tradicions històriques sobre els drets fonamentals, enfortint els sistemes de garanties en la via judicial ordinària.

En alguns casos –com a Alemanya, Espanya, Àustria, Portugal, etc.–, també mitjançant el recurs especial d'empara davant el Tribunal Constitucional.

La legislació internacional també ha incorporat garanties processals per a la protecció dels drets fonamentals

La legislació internacional també ha incorporat garanties processals per a la protecció dels drets fonamentals. A tall d'exemple, no es pot deixar de remarcar la importància política de la Declaració Universal dels Drets Humans de l'ONU, aprovada el 10 de desembre de 1948, i, sobretot, la importància jurídica de la Convenció Europea per a la Salvaguarda dels Drets de l'Home (Roma, 1950).



La plaça de la Democràcia a la ciutat de Weimar, amb l'estàtua equestre del gran duc Carles August de Saxònia-Weimar-Eisenach.



Seu del Tribunal Europeu de Drets Humans a Estrasburg

1.2. La sistemàtica constitucional

1) Els drets i els deures fonamentals

Les Corts Constituents van optar per recollir explícitament en el text de la Constitució un catàleg ampli de drets i llibertats que fos l'**expressió del canvi radical** que la Constitució significava respecte al passat dictatorial anterior.

En aquest sentit, es va rebutjar una opció prèvia promoguda per la UCD i per AP, consistent en el fet que un únic precepte de la Constitució fes una remissió general als textos internacionals en matèria de drets i llibertats i, per tant, que la carta de drets dels espanyols estigués integrada per les normes de dret internacional aplicades mitjançant recepció a Espanya.

L'altra opció, avalada per l'esquerra parlamentària (PSOE, PCE-PSUC) i els nacionalistes (PNB i Pacte Democràtic per Catalunya), pretenia donar rellevància especial, tenint en compte el passat no democràtic, a l'**existència d'una declaració pròpia de drets i llibertats** incorporada a la Constitució normativa.

Aquesta declaració de drets figura en el llarg títol I de la Constitució espanyola, elaborat sota la influència de referents comparats, singularment, com ara els de les constitucions següents:

- la italiana de 1947;
- la llei fonamental alemanya de 1949, especialment en matèria de configuració del sistema de garanties jurisdiccionals;
- la portuguesa de 1976, per a regular alguns drets de la persona (per exemple, el dret a la intimitat) o per a configurar els límits de l'ús abusiu de la informàtica;
- la part vigent de la Constitució de 1946 de la Quarta República Francesa en matèria de drets de prestació.

La sistemàtica del títol I de la CE no ofereix uns criteris indiscutibles de classificació dels drets i les llibertats per raó de la seva naturalesa. Sobre els cinc capítols que integren aquest títol, cal fer les precisions següents:

- El capítol "Drets i llibertats" és la part més rellevant.
- El capítol primer, "Dels espanyols i dels estrangers", en regula les condicions d'exercici i reconeix alguns drets dels estrangers.

Drets i llibertats fonamentals

El títol I de la CE és tributari de les diverses tradicions jurídiques exposades en l'apartat anterior.

Lectura recomanada

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

- El capítol tercer, "Dels principis rectors de la política social i econòmica", no recull drets que impliquin l'exigibilitat directa davant dels tribunals de prestacions per part dels poders públics.
- El capítol quart regula el sistema de garanties jurisdiccionals i no jurisdiccionals (Defensor del Poble).
- El capítol cinquè regula els supòsits de suspensió dels drets en cas d'aplicació del dret d'excepció.

Els drets fonamentals recollits al capítol segon constitueixen l'eix més important dels drets i les llibertats de l'Estat democràtic.

Són la suma dels drets de llibertat que conformen:

- els **drets individuals** i de l'àmbit privat de les persones (dret a la vida, llibertat religiosa, dret a la intimitat, etc.),
- els **drets polítics** i de participació (la llibertat d'expressió, el dret de sufragi, etc.),
- els **drets socials** (llibertat sindical i dret de vaga).



Els drets fonamentals que recull la Constitució són els individuals, els polítics i els socials.

Tanmateix, hi ha discrepància entre la doctrina i la jurisprudència per a determinar l'abast dels drets fonamentals. El Tribunal Constitucional ha considerat que la condició de drets fonamentals afecta els reconeguts a l'article 14 de la Constitució i a la secció 1a del capítol segon²; per a arribar a aquesta conclusió l'Alt Tribunal s'ha fonamentat en una interpretació literal i sistemàtica de la Constitució.

⁽²⁾Art. 15 a 29 CE, més art. 30 CE, que reconeix el dret a l'objectió de consciència.

Per contra, alguns sectors de la doctrina (P. Cruz Villalón, entre altres) han considerat que no hi ha raons suficients per a excloure de la condició de fonamentals alguns drets³ de la secció 2a del capítol segon.

⁽³⁾Per exemple, el dret al matrimoni.

En qualsevol cas, i independentment de quina sigui la secció en què estiguin recollits, no hi ha dubte que tots els drets del capítol segon són exigibles directament davant de la jurisdicció ordinària.

2) Criteris de classificació dels drets

Els criteris de classificació dels drets poden ser d'ordre divers, d'entre els quals n'assenyalem els tres següents:

a) Segurament el més operatiu és el fonamentat en el **grau de garanties**⁴ de què gaudeixen els drets i les llibertats.

⁽⁴⁾Regulades al capítol quart de la CE.

Pel que fa a aquest grau de garanties, cal remarcar que tots els drets del títol I de la Constitució gaudeixen de l'aixopluc de la tutela judicial; tots, fins i tot els que deriven del desenvolupament dels principis rectors de la política social i econòmica, estan sotmesos a un **nivell determinat de garanties jurisdiccionals**.

Així, el principi d'igualtat de l'article 14 de la CE i els drets fonamentals i les llibertats públiques de la secció 1a del capítol segon són els que disposen del grau màxim, en la mesura que, a més de la tutela que els proporcionen els tribunals ordinaris mitjançant el recurs preferent i sumari, poden ser objecte –subsidiàriament– del **recurs d'empara** davant del Tribunal Constitucional. Aquest darrer recurs també cobreix l'objecció de consciència al servei militar, recollida en l'article 30.2 CE).

Els de la secció 2a del capítol segon⁵ disposen de la garantia judicial ordinària davant dels tribunals. El mateix criteri opera respecte als **drets dels estrangers** recollits al capítol primer.

Solament els principis del capítol tercer estan sotmesos en aquest sentit a un grau de **garantia mediata**, perquè els drets subjectius que puguin derivar dels principis rectors de la política social i econòmica únicament podran ser exigibles davant dels tribunals segons el que disposin les lleis que els desenvolupin; és a dir, caldrà esperar l'anomenada *interpositio legislatoris* perquè, si escau, la tutela judicial es faci efectiva⁶.

b) Un segon tipus respon a la naturalesa, és a dir, es fonamenta en la **distinció entre drets de llibertat i de prestació**, molt tradicional i de vegades equívoca.

Els **drets de llibertat** són els drets del primer liberalisme⁷ i els que es reconeixen a l'Estat democràtic⁸; la majoria es troben a la secció 1a del capítol segon de la Constitució.

Pel que fa als **drets de prestació**, apareixen també en aquesta secció 1a⁹, a la secció 2a¹⁰ i, principalment, al capítol tercer. Ara bé, aquest criteri de classificació és equívoc, perquè separa els drets i les llibertats en una mena de compartiments estancs que la seva naturalesa no admet.

Es tracta d'un criteri molt esquemàtic, de fet **més descriptiu que real**, perquè en el marc de l'estat social i democràtic de dret la **dimensió social** afecta tots els drets en la mesura que, d'una manera més o menys directa, amb més o menys bel·ligerància, els poders públics promouen accions prestacionals¹¹ de naturalesa diversa.

Lectura recomanada

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

⁽⁵⁾Art. 31 a 38 CE.

Principis del capítol tercer

Cal assenyalar que de tota manera, si bé no es poden derivar prestacions directament previstes en la Constitució dels drets inclosos en el capítol tercer, això no obsta perquè es puguin utilitzar en els processos de control de constitucionalitat de l'activitat dels poders públics.

⁽⁶⁾Per exemple, els drets derivats de la protecció del medi ambient (art. 45.1 CE).

⁽⁷⁾Llibertat d'expressió, llibertat religiosa, drets de llibertat i seguretat...

⁽⁸⁾Dret d'associació, sufragi universal, llibertat sindical...

⁽⁹⁾Per exemple, el dret a l'educació.

⁽¹⁰⁾Per exemple, el dret a la propietat privada, el dret al treball, etc.

⁽¹¹⁾Mitjançant l'activitat de foment, l'aprovació de normativa de tutela específica, etc.

La noció de dret de prestació va més enllà dels drets qualificats tradicionalment com a socials.

c) El tercer criteri es construeix en funció de l'**àmbit d'actuació de la persona** i classifica els drets d'acord amb la posició que l'individu té respecte a l'Estat, que en el seu temps va ser teoritzada per Jellinek. Aquesta classificació és la següent:

- **Drets de l'àmbit individual i privat de les persones:** dret a la vida, drets de la personalitat, dret a la tutela judicial, dret a la inviolabilitat del domicili, etc.
- **Drets de l'àmbit polític i de participació:** el dret a la informació, el dret de reunió, el dret de sufragi, etc.
- **Drets de l'àmbit social i econòmic:** la llibertat sindical, el dret de vaga, els derivats dels principis rectors, etc.

1.3. La naturalesa jurídica

Els drets i les llibertats són un **element constitutiu de l'Estat de dret**: una constitució sense una declaració de drets no és una constitució. Així ho estableix l'article XVI de la Declaració dels drets de l'home i del ciutadà, de 26 d'agost de 1789, encara vigent a França per imperatiu del preàmbul de la Constitució de 1958:

Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a point de constitution¹².

La Constitució espanyola recull al títol I el resultat de la **síntesi de la tradició liberal i la tradició socialista** del període d'entreguerres. Aquest referent històric i dogmàtic cristal·litza en la configuració normativa del sistema de drets i llibertats dissenyat per aquest títol.

Per tant, aquests antecedents permeten sostenir que el reconeixement dels drets no suposa establir un simple límit a l'activitat dels poders públics, que és la concepció que caracteritzava el plantejament clàssic del primer liberalisme.

En el marc d'un model d'estat social i democràtic de dret, els drets ocupen una posició institucional que supera visions reduccionistes del liberalisme de les primeres èpoques, en què els drets eren vistos únicament com a drets de llibertat respecte a l'Estat.

(12) 'Qualsevol societat en la qual la garantia dels drets no estigui assegurada i en la qual no s'hagi determinat la separació de poders, no té constitució.'

L'**evolució** en una línia interventora del paper de l'Estat en els diversos àmbits individuals i col·lectius de la vida de la persona, la **consolidació** de la Constitució democràtica com a norma jurídica suprema i l'**augment de la democràcia** en la vida social han ocasionat que els drets i les llibertats, deixant de banda el fet de mantenir la seva condició de drets públics subjectius, fruit de la tradició liberal heretada, també presentin una **dimensió objectiva i institucional**.

Aquesta funció no solament opera com a limitadora del poder de l'Estat i dels particulars per tal de tutelar l'estatut de llibertat de la persona, sinó també com a promotora dels valors constitucionals, raó per la qual el Tribunal Constitucional l'ha definit en entendre els drets com a:

"Elements essencials d'un ordenament objectiu de la comunitat nacional, perquè aquesta es configura com a marc d'una convivència humana justa i pacífica, plasmada històricament en l'estat de dret i, més tard, en l'estat social de dret o l'estat social i democràtic de dret, segons la fórmula de la nostra Constitució."

STC 25/1981.

La faceta subjectiva dels drets fonamentals els fa exigibles davant dels poders públics i també respecte a les relacions entre particulars. El poder de reacció de què disposa el titular d'un dret no solament es produeix quan la presumpta lesió té l'origen en un poder públic, sinó també quan l'autoria d'un acte lesiu pertany a un particular.

La condició d'**elements essencials d'un ordenament objectiu** presenta una determinació més difícil. Tanmateix, aquesta característica planteja la necessitat d'entendre els drets fonamentals com un concepte polivalent, perquè justament expressa una realitat dels drets que supera la concepció liberal clàssica.

És per això, com ha expressat J.M. Baño León, que els drets fonamentals no solament són drets públics subjectius, sinó que també són **institucions de garantia**¹³ o elements objectius als quals es refereix la jurisprudència del Tribunal Constitucional esmentada abans i, finalment, constitueixen un mandat per al legislador que aquest ha de concretar tot respectant el seu contingut essencial.

⁽¹³⁾Art. 53.1 CE.

La faceta objectiva dels drets fonamentals es concreta en la seva condició de fonament de la legitimació de l'ordre constitucional, la qual cosa condiona l'activitat dels poders públics sotmesos a la Constitució.

Els drets, en la seva faceta objectiva, esdevenen el límit últim per al legislador en el sistema constitucional i, en aquest sentit, es configuren, particularment en relació amb el seu contingut essencial, com a garanties institucionals en el sentit de Carl Schmitt, és a dir, delimiten l'activitat legislativa imposant-se davant del legislador com a institucions inviolables i intangibles.

2. El règim jurídic dels drets i les llibertats

A continuació tractem diversos aspectes del règim jurídic dels drets fonamentals protegits a la Constitució espanyola de 1978. Analitzarem qui són els titulars d'aquests drets (en particular si ho són els estrangers i les persones jurídiques), si tenen eficàcia envers els particulars, o només envers els poders públics, i quines restriccions es poden imposar a aquests drets i amb quines garanties.

2.1. La titularitat dels drets fonamentals

2.1.1. Els estrangers

En les democràcies modernes hi ha una tendència al fet que la titularitat dels drets fonamentals transcendeixi la distinció per raó de nacionalitat: tant els nacionals com els estrangers són reconeguts com a titulars de drets fonamentals. En la mesura que molts d'aquests drets són l'expressió constitucional dels anomenats **drets humans**, és lògic que la distinció entre les persones per raó de nacionalitat perdi importància quan es tracta dels drets fonamentals. La universalització dels drets fonamentals, però, és limitada en el constitucionalisme comparat, particularment, en allò que fa referència als drets polítics, els quals s'acostumen a reservar, d'alguna manera, als ciutadans.

La Constitució estableix amb caràcter general el **règim dels drets fonamentals dels estrangers** i disposa que:

Els estrangers gaudiran a Espanya de les llibertats públiques que garanteix el Títol present en els termes que estableixin els tractats i la llei.

Article 13.1 CE.

A la regla general establerta per l'article 13.1, s'hi afegeix l'excepció següent:

Només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23, llevat d'allò que, d'acord amb criteris de reciprocitat, fos establert per tractat o per llei per al dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals.

Article 13.2 CE.

Aquest segon apartat és el resultat de la reforma constitucional del 27 d'agost de 1992: abans d'aquesta reforma només es preveia la possibilitat d'estendre als estrangers el dret de **sufragi actiu** –el dret a votar– en les eleccions municipals, però no el dret de **sufragi passiu** –el dret a ser votat.

Lectura recomanada

F. J. Bastida Freijedo; I. Villaverde Menéndez; P. Requero 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.

Els drets fonamentals

En les democràcies modernes es tendeix a equiparar els nacionals amb els estrangers a l'hora de gaudir dels drets fonamentals.

Drets dels estrangers

L'Estatut dels estrangers en matèria de drets i llibertats a Espanya s'expressa, fonamentalment, a l'article 13 de la CE i a LO 4/2000.

L'Estatut jurídic dels estrangers es concreta a la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre "drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social" (que deroga la llei anterior en aquesta matèria, la Llei orgànica 7/1985).

Per la seva banda, el Tribunal Constitucional s'ha hagut de pronunciar sobre algunes qüestions constitucionals relatives als estrangers. Per tal d'entendre millor la seva jurisprudència, cal que plantegem les qüestions controvertides principals:

a) De quines llibertats i drets són titulars els estrangers

En primer lloc, l'article 13 de la Constitució estableix com a regla general que els estrangers gaudiran a Espanya de les **llibertats públiques** que garanteix el títol I en els termes que defineixin els tractats i la llei.

Vol dir això que els estrangers només són titulars de les llibertats públiques (i els drets fonamentals) que la llei o els tractats decideixin reconèixer? Segons el Tribunal Constitucional, la resposta és negativa perquè els estrangers gaudeixen de tots els drets vinculats directament a la dignitat de la persona (com ara, el dret a la vida, a la integritat física i moral, a la intimitat, a la llibertat ideològica o a la tutela judicial efectiva) en les mateixes condicions dels espanyols, mentre que, en els altres, el legislador pot introduir un règim jurídic específic, sempre que no desnaturalitzi el dret.

Pel que fa als drets no vinculats directament a la dignitat de la persona, en el cas dels estrangers, es produeix una atribució diferida d'un dret constitucional en uns termes particulars. Per tant, una vegada se'ls reconeix un dret constitucional en la legislació, els estrangers també gaudeixen de les garanties procedimentals assignades al dret en qüestió, particularment, si és el cas, el procediment preferent i sumari davant dels tribunals ordinaris i el recurs d'emparament davant del Tribunal Constitucional.

Llibertats dels estrangers

Segons el Tribunal Constitucional, l'article 13 de la CE no s'ha d'interpretar en el sentit que els estrangers només són titulars dels drets fonamentals que els reconeix la llei (vegeu la STC 107/1984).

Exemple

No es pot castigar amb una pena més lleu l'assassinat d'un estranger que l'assassinat d'un espanyol, ja que el dret a la vida no es pot protegir d'una manera diferent en funció de la nacionalitat.

b) Excepcions a la regulació diferent o més restrictiva de l'exercici dels drets fonamentals dels estrangers

El Tribunal Constitucional afirma que hi ha drets la regulació dels quals no pot introduir distincions entre espanyols i estrangers, perquè es tracta de drets tan directament vinculats a la dignitat humana que no es justifica la introducció de distincions per raó de nacionalitat.

Per tant, el Tribunal Constitucional ha distingit tres grups de drets fonamentals:

1) **Drets de què han de gaudir els estrangers en els mateixos termes que els nacionals**¹⁴, ja que estan vinculats a la dignitat humana: dret a la vida, a la integritat física, a la intimitat i a la llibertat religiosa.

(14)STC 107/1984.

2) **Drets que la Constitució reserva exclusivament als nacionals**: els drets de sufragi actiu i passiu, i el dret d'accés als càrrecs públics de l'article 23, amb l'única excepció referida a les eleccions municipals.

3) **Drets de què han de poder gaudir els estrangers**, però no necessàriament en els mateixos termes que els nacionals.

c) El límit de les distincions dels drets entre espanyols i estrangers

Pel que fa als drets dels quals poden gaudir els estrangers però no necessàriament en els mateixos termes que els espanyols, es planteja el problema de si el legislador és lliure d'establir les distincions que cregui convenientes.

Segons el Tribunal Constitucional, hi ha un límit que és la **necessitat de respectar el contingut essencial**¹⁵ del dret, perquè la llei no pot regular l'exercici del dret fonamental per part dels estrangers en uns termes tan restrictius que el dret es desnaturalitzi.

(15)L'article 53.1 de la CE estableix que les lleis que regulin l'exercici dels drets i les llibertats del capítol segon del títol I han de respectar-ne el contingut essencial.

(16)Art. 7 LO 7/1985.

(17)Art. 8 LO 7/1985.

Exemples de resolucions del TC quant a limitació de drets

A l'STC 115/1987, el Tribunal Constitucional va considerar inconstitucional, entre altres, un precepte¹⁶ de la Llei orgànica 7/1985 que subjectava el dret de reunió pública dels estrangers al règim d'autorització administrativa prèvia, com també un altre precepte¹⁷ que permetia al Consell de Ministres decidir la suspensió de les activitats de les associacions promogudes o integrades majoritàriament per estrangers, en determinades condicions.

(18)Com es desprèn clarament de l'article 21.1 de la CE.

(19)Com evidencia l'article 22.4 de la CE.

El Tribunal Constitucional va argumentar que la inexistència d'un deure de demanar autorització prèvia a l'autoritat administrativa forma part del **contingut essencial del dret de reunió**¹⁸. De la mateixa manera va considerar que la regla que estableix que només els tribunals poden suspendre les activitats d'una associació pertany al **contingut essencial del dret d'associació**¹⁹.

En conseqüència, els preceptes esmentats de la Llei orgànica 7/1985 van ser declarats inconstitucionals per establir una regulació dels drets de reunió i d'associació que desconeixia el contingut essencial d'aquests drets.

Per tant, hi poden haver **distincions entre espanyols i estrangers** pel que fa a les condicions d'exercici dels drets fonamentals del tercer grup, però en cap cas la llei no pot negar als estrangers les facultats que integren el contingut essencial del dret en qüestió.

És important d'assenyalar que l'actual Llei orgànica 4/2000 estableix una regulació dels drets i llibertats dels estrangers que, almenys en el cas dels que resideixen legalment a Espanya, els equipara als espanyols en un grau molt més

(20)Vegeu la STC 236/2007, de 7 de novembre, especialment les consideracions sobre els drets dels estrangers sense residència legal a Espanya.

alt que no pas l'antiga llei (la llei orgànica 7/1985). Vegeu els articles 3 a 15 de l'actual llei (relatius als drets substantius), així com els articles 18 a 20 (relatius a les garanties processals dels drets), per tal de comprovar aquest punt²⁰.

d) El dret a la igualtat

Un quart problema que es planteja és el de si els estrangers són titulars del dret a la igualtat²¹.

(21) Art. 14 de la CE.

El Tribunal Constitucional, a l'STC 107/1984, sembla negar-ho:

"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."

Fonament jurídic 3.

De totes maneres, la posició del Tribunal Constitucional en aquest punt no és clara, ja que aquesta afirmació la va fer en un context on es tractava de dir que el règim dels drets i les llibertats dels estrangers es troba a l'article 13 de la Constitució, i no al 14.

A favor de la tesi que els estrangers són titulars del dret a la igualtat, es poden adduir els arguments següents:

1) L'article 13 de la Constitució estableix de quins drets fonamentals gaudeixen els estrangers. Segons aquest article, gaudeixen de tots els drets del títol I; l'única excepció són els drets de l'article 23. En conseqüència, el dret a la igualtat de l'article 14²² és un dret que, per imperatiu de l'article 13, s'ha de reconèixer als estrangers.

(22) Art. 14 CE.

És cert que l'article 14 reconeix el **dret a la igualtat dels espanyols**, però això no es pot interpretar com una exclusió dels estrangers en la titularitat del dret a la igualtat, ja que, si féssim aquesta interpretació, estaríem ampliant la llista d'excepcions més enllà de l'única excepció que preveu l'article 13, és a dir, la dels drets de l'article 23 de la Constitució.

De fet, aquest va ser l'argument que va utilitzar el Tribunal Constitucional per a declarar que els estrangers són titulars del dret a la llibertat de residència i de circulació, tot i que l'article 19 de la Constitució, on es troba recollit aquest dret, només fa referència als espanyols²³.

(23) STC 94/1993.

Si aquest argument és vàlid en relació amb el dret de l'article 19, també ho ha de ser respecte al dret a la igualtat de l'article 14.

2) Negar que els estrangers són titulars del dret a la igualtat i a la no-discriminació, reconegut a l'article 14 de la Constitució, pot portar a resultats absurds com en els supòsits següents:

- Es pot sostenir, realment, que els estrangers poden ser discriminats per raó de sexe?
- Si un conjunt de treballadores són discriminades a la feina, haurà de dir el Tribunal Constitucional que només les que siguin espanyoles poden al·legar **violació del dret a no patir discriminacions per raó de sexe**, però que les estrangeres no ho poden fer, amb l'argument que aquestes darreres no són titulars del dret reconegut a l'article 14²⁴ de la Constitució?

⁽²⁴⁾Art. 14 CE.

Negar que una estrangera tingui dret a no ser discriminada per raó de sexe apareix com un resultat absurd valorativament, però aquest és l'efecte de negar que els estrangers són titulars del dret a la igualtat.

En la **preocupació legítima** per a assegurar que les distincions legislatives entre espanyols i estrangers siguin considerades com a constitucionalment permeses, es cau sovint en l'error d'afirmar que els estrangers no són titulars del dret a la igualtat. Es tracta d'un error per excés.

Per tal d'assegurar la permissibilitat de les distincions entre espanyols i estrangers, no cal afirmar que els estrangers estan exclosos de la protecció de l'article 14 de la Constitució. N'hi ha prou d'invocar l'article 13, que dóna cobertura per a establir un règim diferent entre espanyols i estrangers en l'exercici dels drets fonamentals²⁵. Però no cal afirmar, a més, que els estrangers no gaudeixen de la protecció de l'article 14 de la Constitució. Això últim no és necessari i, a més, porta a resultats absurds com el que hem vist.

⁽²⁵⁾ *a fortiori* en l'exercici de drets no fonamentals.

De fet, el Tribunal Constitucional ha reconegut que els estrangers tenen dret a la igualtat a l'hora d'aplicar la llei, que és una de les manifestacions del dret a la igualtat de l'article 14 de la Constitució; però aquest reconeixement només és possible si la menció que fa dels espanyols no s'interpreta en sentit exclusiu.

Vegeu també

Vegeu les STC 150/1994 i 130/1995.

3) De fet, podríem arribar més lluny i sostenir que els estrangers tenen dret a no ser discriminats, no solament per raó de sexe, raça, religió, etc., sinó també per raó de nacionalitat. Com veurem més endavant, el **dret a la igualtat** no és el dret al fet que no hi hagi distincions entre les persones, sinó el dret al fet que les distincions que es facin siguin raonables.

Per tant, dir que els estrangers no han de ser discriminats en relació amb els espanyols vol dir simplement que les distincions entre espanyols i estrangers han d'estar justificades per raons objectives.

Hi ha bones raons que justifiquen en molts casos que els espanyols siguin tractats d'una manera diferent dels estrangers. El dret a la igualtat garanteix que el legislador es basi en aquestes raons i les expliciti si s'impugna la llei. Negar als estrangers el dret a no ser discriminats en relació amb els espanyols equival a afirmar que la Constitució admet distincions entre espanyols i estrangers encara que siguin irraonables. Això no sembla una posició acceptable. Que en molts casos les distincions siguin raonables no vol dir que ho siguin sempre.

Exemple de distinció no raonable

Podria la llei establir, per exemple, una velocitat de circulació màxima diversa a les autopistes segons que el conductor del vehicle sigui espanyol o estranger? Aquí no es discuteix el contingut essencial del dret de circulació, simplement s'està introduint una distinció que no es justifica per raons objectives.

Ara bé, una llei com aquesta només es podria considerar inconstitucional si els estrangers tinguessin dret a no ser discriminats per raó de nacionalitat.

4) Finalment, als arguments que acabem d'exposar cal que afegim el que estableix el Pacte internacional de drets civils i polítics de 1966:

Totes les persones són iguals davant la llei i tenen dret sense discriminació a la igual protecció de la llei. En aquest sentit, la llei prohibirà tota discriminació i garantirà a totes les persones protecció igual i efectiva contra qualsevol discriminació per raó de raça, color, sexe, idioma, religió, opinions polítiques o de qualsevol mena, origen nacional o social, posició econòmica, naixement o qualsevol altra condició social.

Article 26.

Tenint en compte la **importància interpretativa dels tractats internacionals** en matèria de drets humans ratificats per Espanya²⁶, l'article 26 del Pacte internacional de drets civils i polítics constitueix un argument a favor de la tesi segons la qual l'article 14 de la Constitució també protegeix els estrangers de la discriminació.

Activitat

Considerem aquests quatre arguments i digueu què en penseu.

Fins ara ens hem preguntat si la Constitució reconeix als estrangers el dret a no ser discriminats. Hem vist quatre arguments per dir que sí. Doncs bé, què estableix la llei orgànica 4/2000 en matèria d'igualtat?

Aquesta llei inclou un importantíssim article, l'article 23, que defineix en un primer apartat els "actes discriminatoris". Diu així:

"Als efectes d'aquesta Llei, representa discriminació qualsevol acte que, directament o indirectament, comporti una distinció, exclusió, restricció o preferència contra un estranger basada en la raça, el color, l'ascendència o l'origen nacional o ètnic, les conviccions i pràctiques religioses, i que tingui com a fi o efecte destruir o limitar el reconeixement o l'exercici, en condicions d'igualtat, dels drets humans i de les llibertats fonamentals en el camp polític, econòmic, social o cultural."



L'article 26 del Pacte internacional de drets civils i polítics de 1966 reconeix a tota persona el dret a no ser discriminada i prohibeix qualsevol mena de discriminació sigui quina sigui la raó.

⁽²⁶⁾Art. 10.2 CE.

Després, aquest article enumera un conjunt de supòsits de discriminació, per tal d'exemplificar aquest concepte general (vegeu l'apartat 2 de l'article 23, lletres a) a e)). S'ha de tenir en compte que la llei considera la realització d'algun d'aquests actes discriminatoris com a infracció molt greu (article 54.1 c)) i els castiga amb un multa de 6.001 a 60.000 euros (article 55).

És convenient fixar-se en dues coses: en primer lloc, la víctima de la discriminació prevista a l'article 23 és un estranger (no un espanyol). En segon lloc, el motiu pel qual se'l discrimina pot ser tant la seva condició d'estranger (exemple: un francès és discriminat perquè és francès) com la seva raça, color, ascendència o origen nacional o ètnic, o conviccions i pràctiques religioses (exemple: un estranger és discriminat perquè és de religió musulmana). Aquest article, per tant, no s'aplica a aquells espanyols que siguin discriminats per la seva raça, color, etc. (Exemple: un espanyol de raça gitana que sigui discriminat per raó de la seva raça no es beneficia de l'article 23). Fins un cert punt, això és lògic: es tracta d'una llei sobre els drets i llibertats dels estrangers, i és coherent que les normes que aquesta llei inclou tinguin per finalitat protegir els estrangers.

El problema, però, és el següent: hem de suposar que aquest article 23 no és redundant. És a dir: hem de suposar que inclou una norma que afegeix quelcom de nou en l'ordenament jurídic. I, en efecte, així és: la legislació penal i la legislació administrativa sancionen determinats actes de discriminació, però no tots els actes. El nou article 23 té un abast més ampli, gràcies a la clàusula general del apartat 1. Ara bé, pot aquest abast més ampli protegir només les víctimes estrangeres? En la mesura que la norma de l'article 23 no "es repeteix", per dir-ho així, en una altra llei sancionatòria que protegixi els espanyols –o les persones en general– contra la discriminació per raó de raça, religió, etc., sembla que hi ha una discriminació.

Per tal de reflexionar, pregunteu-vos el següent: no hauria estat millor, per tal de reaccionar front el racisme i la xenofòbia, haver aprovat, com s'ha fet en altres països, una llei general que definís els actes discriminatoris contra les persones (siguin nacionals o estrangeres) i establís sancions i mesures de protecció? Us sembla correcte que el dret antidiscriminatori es monti sobre la llei d'estrangeria? Tindria sentit als Estats Units, per exemple, dir que el problema del racisme és un problema que s'ha de tractar a través d'una llei d'estrangeria (quan la majoria de negres són nordamericans)? No hauríem d'acostumar-nos a pensar que també els nostres conciutadans (i no només els estrangers) poden ser "diferents" a la majoria de nosaltres i, per tant, poden ser víctimes de discriminació per la seva raça, religió, ètnia, etc.?

2.1.2. Les persones jurídiques

La Constitució espanyola no incorpora cap article que d'una manera explícita resolgui si les persones jurídiques són titulars dels drets fonamentals amb caràcter general. El fet que les persones jurídiques poden ser titulars de determinats drets es desprèn fàcilment del mateix text constitucional en alguns casos.

Així, per exemple, es reconeixen els **drets** següents:

- dret de **llibertat de culte**²⁷ de les comunitats religioses,
- dret de les associacions a la **dissolució o suspensió**²⁸ de les seves activitats només per resolució judicial motivada,
- dret de les persones jurídiques a la **llibertat de creació**²⁹ de centres docents,
- dret dels sindicats a **formar confederacions**³⁰.

(27)Art. 15.1 CE.

(28)Art. 22.4 CE.

(29)Art. 27.6 CE.

(30)Art. 28.1 CE.

Totes les persones mencionades són persones jurídiques.

Ara bé, en altres casos, la referència a les persones jurídiques no és explícita, amb la qual cosa haurem d'examinar si el dret en qüestió és d'una naturalesa tal que se'n pot reconèixer la titularitat a les persones jurídiques.

En efecte, la Constitució espanyola no conté un precepte similar a l'article 19.3 de la Llei fonamental alemanya, que estableix que els drets fonamentals també regeixen per a les persones jurídiques nacionals en la mesura que, per la seva naturalesa, els resultin aplicables.

Ara bé, el Tribunal Constitucional ha considerat que aquest mateix criteri és vàlid a Espanya³¹.

(31)STC 137/1985.

Així, les persones jurídiques poden ser titulars, entre d'altres, dels **drets** següents:

- dret a la **igualtat**³²,
- dret a la **tutela judicial efectiva**³³,
- dret al **principi de legalitat**³⁴ en matèria sancionadora,
- dret de **propietat**³⁵.

(32)Art. 14 CE.

(33)Art. 24 CE.

(34)Art. 25 CE.

(35)Art. 33 CE.

En canvi, no tenen els drets següents:

- dret a la **vida**³⁶ i a la **integritat física**³⁶,
- dret a la **seguretat personal**³⁷,
- dret a rebre **ensenyament bàsic gratuït**³⁸.

⁽³⁶⁾Art. 15 CE.

⁽³⁷⁾Art. 17 CE.

⁽³⁸⁾Art. 27.4 CE.

Ara bé, hi ha altres casos més controvertits, com ara els dos següents:

- Pel que fa al **dret a la intimitat** de les persones jurídiques, el Tribunal Constitucional³⁹ diu que, si bé són titulars del dret a la inviolabilitat del domicili⁴⁰, no ho són del dret a la intimitat⁴¹.
- Quant al **dret a l'honor**, el Tribunal Constitucional⁴² diu que les persones jurídiques en són titulars.

⁽³⁹⁾STC 137/1985.

⁽⁴⁰⁾Art. 18.2 CE.

⁽⁴¹⁾Art. 18.1 CE.

⁽⁴²⁾STC 139/1995.

Les **persones jurídiques** no són titulars de tots els drets fonamentals, sinó només dels que, per la seva naturalesa, els resultin aplicables.

2.2. L'eficàcia dels drets fonamentals

Un dels problemes més importants que la teoria dels drets fonamentals ha examinat durant les darreres dècades és l'eficàcia d'aquests drets en relació amb els particulars. En la gènesi històrica dels drets fonamentals, la pretensió de protecció es dirigia cap al poder públic: els individus eren els titulars dels drets i l'Estat era el subjecte passiu que estava obligat a respectar-los. La garantia constitucional dels drets operava com un límit de l'actuació de l'Estat.

En relació amb l'eficàcia dels drets fonamentals en les relacions entre particulars, cal tractar tres qüestions separatament.

Si examinem la Constitució espanyola, trobem arguments per a sostenir que els drets fonamentals poden tenir eficàcia en les relacions entre particulars, però, a l'hora de plantejar aquesta qüestió, cal partir de dues consideracions prèvies. D'una banda, la faceta objectiva dels drets fonamentals, que es projecta en el conjunt de l'ordenament jurídic i que també afecta, per tant, la interpretació que cal donar a l'abast de l'autonomia de la voluntat. En segon lloc, cal notar que els particulars són subjectes de drets, no pas com els poders públics, de manera que, en realitat, en les relacions entre particulars, el que hi ha és un conflicte entre drets constitucionals que delimiten mútuament el contingut constitucional respectiu. A partir d'aquí, s'ha d'entendre la naturalesa de la vinculació dels ciutadans a la Constitució que estableix l'article 9.1,

Lectura recomanada

Sobre aquest tema, el llibre més complet es de **Juan María Bilbao Ubillos** (1997). *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.

Reflexió

En el sistema constitucional espanyol, els drets fonamentals són eficaços en les relacions entre particulars, com succeeix a Alemanya, on es predica la *Drittwirkung der Grundrechte*.

diferent de la que es predica dels poders públics, i el respecte als drets dels altres que postula l'article 10.1. Els drets fonamentals dels altres operen, en definitiva, com a límit a l'exercici dels propis.

És evident, doncs, que un particular pot violar un dret fonamental, en la mesura que actua més enllà dels límits previstos pel sistema constitucional, tot incidint en els drets d'un altre. Un exemple paradigmàtic d'això és el dret a la vida⁴³. De fet, la Constitució estableix específicament la funció de límit per a l'exercici dels drets fonamentals que exerceixen els drets dels altres, com és cas de les llibertats d'expressió i d'informació que, d'acord amb la mateixa Constitució, tenen per límit:

Els drets reconeguts en aquest Títol [...], especialment el dret a l'honor, a la intimitat, a la imatge pròpia i a la protecció de la joventut i de la infància.

Article 20.4 CE.

Això comporta que, segons la Constitució, un **exercici abusiu del dret a la llibertat d'expressió per part d'un particular** pot tenir com a conseqüència la lesió d'un dret fonamental d'un altre particular, la qual cosa vol dir que els drets fonamentals operen com a límits de l'actuació dels particulars, i no solament de la dels poders públics.

Ara bé, hi ha drets que, per la seva pròpia naturalesa, no poden tenir eficàcia envers els particulars. Entre aquests **drets** hi ha els següents:

- El dret a **no ser expropiat**⁴⁴ més que amb determinades garanties només pot vincular l'Estat, perquè només l'Estat pot expropiar.
- El dret al **principi de legalitat penal**⁴⁵ només pot ser violat per un poder públic, perquè només el poder públic pot portar a terme actes que signifiquin una condemna o una sanció de les que parla la Constitució.
- El dret a l'**ensenyament bàsic gratuït**⁴⁶ només té per destinataris els poders públics, perquè l'escola privada que fa pagar uns diners a qui vulgui rebre els seus serveis docents no viola la Constitució.

En definitiva, la pregunta relativa a si els drets fonamentals vinculen els particulars ha de ser resposta de manera afirmativa, sempre que el dret de què es tracti, per la seva naturalesa, no impliqui una contraprestació o una prohibició que només pugui ser satisfeta pels poders públics. En qualsevol cas, la vinculació dels particulars s'articularà com un límit a l'exercici dels seus propis drets fonamentals, la qual cosa en modularà el contingut en relació amb aquell que es predica dels poders públics.

⁽⁴³⁾Art. 15 CE.

⁽⁴⁴⁾Art. 33.3 CE.

⁽⁴⁵⁾Art. 25.1 CE.

⁽⁴⁶⁾Art. 27.4 CE.

2) Per a veure el grau de vinculació dels drets fonamentals, plantejarem tot seguit dos grups de casos, en els quals hi ha involucrat el **dret a no ser discriminat** (art. 14 CE).

Primer grup de casos

1. Una parella formada per un home i una dona volen llogar un pis a Barcelona. La propietària els pregunta si estan casats formalment, i ells contesten que no⁴⁷. Davant d'això, la senyora els diu que no els pot llogar el pis perquè considera immoral que dues persones visquin juntes sense casar-se formalment i no vol contribuir a un acte immoral.

Pot la parella acudir a un jutge al·legant violació del dret a no ser discriminat i demanar-li que obligui la senyora propietària a llogar-los el seu pis?

2. Un home sol·licita ser membre d'un determinat club⁴⁸, però és rebutjat: el club és només per a dones divorciades.

Pot aquest home acudir al jutge i demanar-li que obligui el club a admetre'l, ja que la negativa constitueix una lesió del seu dret a no ser discriminat per raó de sexe?

3. Dins de l'Església catòlica, les dones no poden ser sacerdotesses.

Podria una dona catòlica acudir al jutge i exigir que se suprimeixi aquesta regla d'organització interna de l'Església, per ser contrària a l'article 14 de la CE?

Segurament, la majoria de lectors estareu d'acord que en cap d'aquests tres casos no podria prosperar la pretensió judicial de la persona que al·lega haver estat discriminada. Però, per què arribem a aquesta conclusió? Algú podria dir que, si arribem a aquesta conclusió, és perquè el dret a no ser discriminat no vincula els particulars. Però aquest seria un raonament precipitat.

En efecte, imaginem-nos els casos següents:

Segon grup de casos

4. Un empresari paga salaris més alts per la mateixa feina als homes que a les dones.

Poden les dones afectades acudir al jutge invocant el seu dret a no ser discriminades?

5. Un empresari imposa en els seus contractes de treball una clàusula en virtut de la qual si la treballadora queda embarassada, la relació laboral s'extingirà.

Es pot considerar vàlida aquesta clàusula?

En aquest segon grup de casos, és clar que, d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol, hi ha discriminació per part de l'empresari, l'actuació del qual no és lícita. El **dret a no ser discriminat per raó de sexe** vincula l'empresari⁴⁹.

Per tant, no podem afirmar que la raó per la qual neguem fonament a les pretensions judicials del primer grup de casos (1, 2 i 3) és que el dret a no ser discriminat no vincula els particulars. Acabem de veure dos casos (4 i 5) on es manifesta que aquesta vinculació existeix. Llavors, com es pot explicar la diferència entre un grup de casos i l'altre?

Reflexió

Tenen els drets fonamentals la mateixa força en les relacions entre particulars que en les relacions entre particular i poder públic?

⁽⁴⁷⁾Són una parella de fet.

⁽⁴⁸⁾L'activitat principal del club consisteix a organitzar discussions sobre els diferents problemes d'aquestes dones en la societat contemporània.

⁽⁴⁹⁾Art. 14 CE.

Segurament la manera més encertada d'afrontar aquesta qüestió exigeix tenir en compte que, molt sovint, el particular (A) que és titular d'un dret fonamental que vincula un altre particular (B) es troba en la circumstància que aquest darrer (B) també pot esgrimir un dret fonamental envers el primer (A).

En els casos examinats, per exemple, el dret a no ser discriminat entra en conflicte amb:

- En el cas 1, el **dret de propietat**⁵⁰ i la **llibertat de consciència**⁵¹ de la senyora que es nega a llogar.
- En el cas 2, el **dret d'associació**⁵² de les dones membres del club.
- En el cas 3, el **dret de llibertat religiosa**⁵³ dels individus i de les comunitats, que pot adduir l'Església catòlica.
- En els casos 4 i 5, la **llibertat d'empresa**⁵⁴ que pot esgrimir l'empresari que estableix salaris diferents i condicions especials que afecten desfavorablement les dones.

⁽⁵⁰⁾Art. 33 CE.

⁽⁵¹⁾Art. 16 CE.

⁽⁵²⁾Art. 22 CE.

⁽⁵³⁾Art. 16 CE.

⁽⁵⁴⁾Art. 38 CE.

Si en el primer grup de casos no triomfa la pretensió judicial de qui se sent discriminat, no és perquè el dret de l'article 14 de la CE no vinculi els particulars en aquests casos, sinó perquè en les circumstàncies d'aquests tres casos el dret d'aquest article ha de cedir davant dels contradrets que els particulars al·leguen. Es produeix una **col·lisió entre drets** que es resol en contra del dret a no ser discriminat i a favor dels contradrets de les altres parts.

En els casos del segon grup també es produeix una col·lisió entre drets fonamentals, però es resol en una direcció oposada: a favor del dret a no ser discriminat per raó de sexe i en contra de la llibertat d'empresa.

Si això és així, el problema teòric que hem d'afrontar és la **identificació dels criteris** que permeten justificar la manera com es resolen els conflictes entre els drets i els contradrets dels particulars.

En els casos esmentats, amb quins criteris justificaríeu la conclusió que el dret de l'article 14 de la CE ha de cedir en el primer grup de casos però no en el segon? Hi ha una resposta ben directa en la Constitució que prohibeix expressament la discriminació per raó de sexe en el treball⁵⁵.

⁽⁵⁵⁾Art. 35.1 CE.

En qualsevol cas, es tracta d'un problema de delimitació mútua entre els drets fonamentals. En aquest sentit, el mandat d'optimització que suposa el seu reconeixement constitucional implica que un dret no pot comportar la desnaturalització d'un altre, de manera que això operarà com a límit per a determinar l'abast d'un determinat dret fonamental en les relacions entre particulars.

Així, en el cas que una associació estigui obligada a acceptar qualsevol membre que hi vulgui ingressar, això desnaturalitzaria el mateix dret d'associació, en la mesura que les persones no es podrien associar per a determinats fins en la mesura que estarien obligades a admetre en l'associació persones que hi són contràries o que, senzillament, són indiferents. De la mateixa manera, si la llibertat d'empresa i la llibertat ideològica permetessin un tractament diferent per raó de sexe en el món laboral, això implicaria la consagració de la discriminació per aquest motiu i el buidament de contingut del principi d'igualtat en aquest aspecte.

3) Finalment, es planteja un problema procedimental. L'article 41.2 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional (LOTC) configura el **recurs d'empara** com un mecanisme de protecció enfront de les violacions de drets fonamentals originades pels poders públics.

Malgrat això, el Tribunal Constitucional ha acceptat que, si un jutge ordinari no dóna tutela al particular que reclama contra un altre particular per la violació d'un dret fonamental, llavors és el mateix jutge, que és poder públic, qui viola el dret perquè els poders públics estan constitucionalment obligats a "donar efectivitat als drets quant a la seva vigència en la vida social", amb la qual cosa queda oberta la porta del recurs d'empara⁵⁶.

2.3. Els criteris d'interpretació, la reserva de llei i el límit del contingut essencial

Els drets fonamentals apareixen expressats en disposicions constitucionals que utilitzen **conceptes abstractes** i essencialment controvertits: *llibertat d'expressió, vida, tractes degradants, intimitat*, etc.

En alguns casos no és fàcil determinar quins actes estan coberts pel concepte abstracte previst per la disposició constitucional, i quins en queden fora. Els **límits** que defineixen el tipus d'acte protegit o prohibit per la norma constitucional no són sempre clars. Fixeu-vos en aquestes qüestions: fins on arriba l'expressió d'idees? L'acte de cremar una bandera nacional en públic, constitueix un exemple d'exercici de la llibertat d'expressió? Ho és la publicació de pornografia? O l'acte de donar diners a un partit polític per tal de promoure una causa determinada?

Reflexió

Com es pot acudir en empara al Tribunal Constitucional quan s'al·lega violació de drets fonamentals originada en actes d'un particular?

⁽⁵⁶⁾STC 18/1984, de 7 de febrer.

Lesions dels drets fonamentals

El Tribunal Constitucional ha permès que accedeixin a aquest tribunal casos en què la lesió originària d'un dret fonamental provingui d'un particular.

Deixant de banda la dificultat de fixar els límits dels drets fonamentals, n'apareix una altra: la de determinar quan són legítimes les restriccions d'aquests drets.

Els drets fonamentals poden **entrar en conflicte** amb altres drets fonamentals o amb béns d'importància constitucional, i davant d'aquests conflictes s'hauran de ponderar els diversos drets i béns en joc per tal de trobar una solució d'equilibri. La solució pot comportar **haver de restringir un dret fonamental**.

Segons el Tribunal Constitucional, la restricció d'un dret fonamental és legítima, ja que els drets no són absoluts, sempre que es compleixin els requisits següents:

- La restricció ha de ser adequada i necessària per tal de protegir un altre dret fonamental o un bé d'importància constitucional.

Exemple

A l'hora d'interpretar i aplicar les disposicions constitucionals que protegeixen drets fonamentals, es presenta el problema de determinar els límits dels drets i les condicions que s'han de complir per a poder justificar restriccions determinades d'aquests drets.

- Hi ha d'haver una relació de proporcionalitat entre el grau de restricció del dret restringit i el pes del dret o del bé que es tracta de protegir amb la restricció.

El **judici d'adequació, necessitat i proporcionalitat** és un judici controvertit. De vegades és el mateix poder constituent qui ha fet aquest judici i l'ha expressat explícitament en el text constitucional.

Així, per exemple, quan la Constitució estableix que en cas de **delicte flagrant** es pot entrar en el domicili d'una persona sense el seu consentiment i sense autorització judicial, el contingut del dret a la inviolabilitat del domicili resta delimitat de manera que el supòsit esmentat resta fora de l'àmbit constitucionalment protegit, davant la preferència de l'ordre públic, la seguretat i la protecció dels drets dels altres⁵⁷.

Però no és freqüent que la Constitució estableixi regles específiques d'aquest tipus. Davant dels **conflictes entre drets i altres béns d'importància constitucional**, l'intendent es veu obligat a fer el judici de necessitat, adequació i proporcionalitat.

A causa del caràcter abstracte dels conceptes utilitzats per la Constitució i de la freqüència de col·lisions entre els diversos drets i béns constitucionals, no és estrany que la Constitució cridi el legislador democràtic perquè sigui ell qui, en

Lectura recomanada

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

⁽⁵⁷⁾Art. 18.2 CE.

⁽⁵⁸⁾Art. 53.1 CE.

principi, s'encarregui de concretar amb regles més específiques el **contingut constitucionalment reconegut dels drets fonamentals i les restriccions** que s'hagin d'imposar a aquests drets⁵⁸.

La Constitució, en efecte, estableix, en relació als drets del capítol II del títol I, que:

Només per llei, que en tot cas haurà de respectar el contingut essencial, podrà regular-se l'exercici d'aquests drets fonamentals (els drets del capítol segon del títol I).

Article 53.1 CE.

Aquesta reserva a la llei es justifica perquè en un règim de democràcia representativa ha de ser el legislador elegit per sufragi universal qui estableixi la **normativa reguladora** d'una matèria de tanta importància com els drets fonamentals. El reglament només pot incidir en la regulació de l'exercici d'aquests drets en la mesura que serveixi com a complement indispensable de la llei per motius tècnics o per a optimitzar el compliment de les finalitats d'aquesta⁵⁹.

⁽⁵⁹⁾STC 83/1984.

D'altra banda, la reserva de llei prevista a l'article 53.1 de la CE no és una reserva en favor únicament de la **lleï estatal**, sinó que també les **comunitats autònomes** que tinguin competència legislativa sobre una matèria, la regulació de la qual comporti necessàriament una regulació de l'exercici dels drets fonamentals, podran **exercir aquesta competència**, i la reserva de llei s'entendrà satisfeta.

L'únic límit a l'exercici de la potestat legislativa autonòmica en relació amb el desenvolupament dels drets fonamentals en l'àmbit de les seves competències materials és que no poden afectar les condicions bàsiques que garanteixin la igualtat dels espanyols en l'exercici dels seus drets constitucionals, la regulació de les quals és competència exclusiva de l'Estat en virtut de l'article 149.1.1a de la Constitució.

Vegeu també

Vegeu l'STC 37/1981 i STC 173/1998.

A més, quan es tracta dels drets i les llibertats reconeguts a la secció 1a del capítol segon del títol I⁶⁰, l'article 81 de la Constitució reforça la reserva de llei i exigeix que sigui una **lleï orgànica**⁶¹ la que reguli els aspectes bàsics del dret.

⁽⁶⁰⁾És a dir, els drets reconeguts als articles 15 a 29 de la CE.

⁽⁶¹⁾Aprovada per majoria absoluta pel Congrés dels Diputats en una votació final sobre el conjunt del text.

Segons el Tribunal Constitucional⁶² només estan reservats a la lleï orgànica els drets esmentats (i no tots els del capítol segon), i es reserva el desenvolupament directe de les normes constitucionals que consagren aquests drets, sense que, per tant, sigui necessari que les lleïs⁶³ que merament incideixin o afectin els drets siguin lleïs orgàniques.

⁽⁶²⁾STC 76/1983.

⁽⁶³⁾STC 6/1982.

L'article 53.1 de la Constitució reserva a la llei la regulació de l'exercici dels drets fonamentals del capítol segon del títol I. A més, l'article 81.1 de la CE reserva a la llei orgànica la matèria relativa al desenvolupament dels drets fonamentals i les llibertats públiques, que el Tribunal Constitucional ha entès que són els drets de la secció 1a del capítol segon del títol I.

L'existència d'aquesta reserva de llei (i de llei orgànica en determinats casos) no vol dir que els drets només vinculin en la mesura que el legislador hagi dictat la corresponent llei desenvolupadora. Però sí que comporta, per tal que el dret pugui ser exercit amb plena normalitat, que sigui necessari que el legislador hagi concretat en una determinada regulació la norma constitucional, la qual és susceptible de concrecions diferents segons quines siguin les opcions polítiques dominants i les circumstàncies històriques vigents.

Aquesta intervenció concretiva de la llei no està exempta del control jurisdiccional: el Tribunal Constitucional pot examinar la llei i determinar si és o no constitucional el desenvolupament realitzat pel legislador.

El contingut essencial del dret fonamental⁶⁴ és el límit (o un dels límits) que restringeix l'autonomia política del legislador a l'hora de regular l'exercici dels drets fonamentals, i el Tribunal Constitucional ha de garantir el respecte a aquest límit. Ara bé, la identificació del contingut essencial dels drets constitueix una de les qüestions més complexes i debatudes.

Eficàcia directa de la Constitució

La Constitució té eficàcia directa especialment en matèria de drets fonamentals, els quals vinculen tots els poders públics (art. 53.1 CE i STC 15/1982).

⁽⁶⁴⁾Art. 53.1 CE.

Segons el Tribunal Constitucional, el contingut essencial d'un dret és:

"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 decirlo así."

STC 11/1981.

El Tribunal Constitucional afegeix:

"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.

Contingut essencial dels drets

Són dos criteris complementaris, l'un vinculat a la **jurisprudència de conceptes** (Savigny), i l'altre, a la **jurisprudència d'interessos** (Ihering).

La llei pot restringir un dret si és adequat i necessari per tal de garantir un altre dret o un altre bé de suficient importància, i sempre que hi hagi proporcionalitat entre el grau de la restricció i la importància del dret o el bé a protegir.

En tot cas, però, no és acceptable una restricció del dret que faci que la comunitat jurídica rellevant (en cada moment històric) ja no pugui reconèixer el dret que queda després de la restricció com allò que fins aleshores es considerava un exemple d'un dret determinat.

El **criteri de l'interès** està vinculat més directament al criteri de la proporcionalitat: estableix que, en tot cas, l'interès al servei del qual està cada dret fonamental s'ha de poder satisfer, però és clar que tota restricció dificulta satisfer aquest interès.

Exemple

La llei pot restringir el dret de llibertat d'expressió, però si estableix un sistema de censura prèvia, el dret que en resulta ja no es pot reconèixer com a llibertat d'expressió.

Criteri de proporcionalitat

Es pretén que les dificultats de satisfacció siguin raonables, i això ens porta una altra vegada al criteri de la proporcionalitat.

3. Les garanties jurisdiccionals (I): la tutela ordinària de drets i llibertats

3.1. Els antecedents del procediment preferent i sumari

La configuració d'un règim democràtic a Espanya va plantejar, des de l'inici, el fet d'incorporar a la Constitució futura un reconeixement ampli de drets i llibertats dotats de garanties jurídiques, que n'asseguessin la tutela davant dels òrgans que integraven el Poder Judicial.

La referència immediata del règim franquista, caracteritzat per la negació sistemàtica de les llibertats, va fer necessari articular **instruments jurisdiccionals** que proporcionessin a la ciutadania vies directes de recurs davant de violacions eventuais dels drets per part dels poders públics.

El caràcter normatiu de la Constitució assegurat per la jurisdicció constitucional, dotada de **competència per a entendre dels recursos d'empara** per a protegir extraordinàriament els drets fonamentals, va posar en relleu la importància que a partir de llavors van tenir els òrgans judicials ordinaris com a seu natural o habitual per a garantir jurídicament els drets reconeguts al títol I⁶⁵.

⁽⁶⁵⁾Art. 9.1 i 53.1 CE i la DD.

La protecció per part de la jurisdicció ordinària dels drets i les llibertats està regulada en general per les lleis processals comunes.

Lectura recomanada

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

Tanmateix, des de l'inici del procés constituent es va creure que calia introduir un procediment més ràpid que permetés a la ciutadania obtenir la tutela judicial sobre els seus drets lesionats en un període de temps més curt que el que suposa l'accés a la jurisdicció per les vies processals ordinàries⁶⁶.

⁽⁶⁶⁾Lleis d'enjudiciament civil, Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa, etc.

Amb aquesta finalitat i com a resultat dels acords en matèria jurídica presos en els Pactes de la Moncloa (tardor de 1977), es va aprovar, amb caràcter de norma provisional, la Llei 62/1978, de 26 de desembre, de protecció jurisdiccional dels drets fonamentals de la persona (LPJ).

Aquesta llei és coetània a la Constitució i, malgrat la provisionalitat inicial, ha estat norma vigent pel que fa a la garantia contenciosa administrativa fins a la promulgació de la nova Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA), per a cobrir la previsió de l'article 53.2 de la CE a propòsit de la via judicial prèvia al recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional:

Qualsevol ciutadà podrà demanar la tutela de les llibertats i dels drets reconeguts en l'article 14 i en la Secció 1a del Capítol Segon davant els Tribunals ordinaris per un procediment basat en els principis de preferència i sumarietat [...].

El procediment de garantia en l'àmbit civil previst per la LPJ ha estat substituït per un nou procediment mitjançant la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, mentre que el procediment previst en l'àmbit penal ha estat suprimit per la Llei 38/2002, de 24 d'octubre, de reforma de la Llei d'enjudiciament criminal. En l'àmbit laboral, el procediment preferent i sumari previst en l'article 53.2 de la CE es regula en el Reial decret legislatiu 2/1995, de 7 d'abril, pel que s'aprova la Llei de procediment laboral.

Els antecedents d'aquest precepte en el dret públic espanyol es poden trobar a l'article 105 de la Constitució de la Segona República, en què es feia remissió a una llei⁶⁷ d'organització de "tribunals d'urgència per a fer efectiu el dret d'empara de les garanties individuals".

⁽⁶⁷⁾Finalment no promulgada.

En dret comparat, el punt de referència del legislador constituent ha estat el model alemany previst a la Llei del Tribunal Constitucional Federal, de 3 de febrer de 1971:

Quan la lesió [d'un dret reconegut a la Llei Fonamental de Bonn] pugui ser reparada per la via jurídica normal, el recurs d'empara no pot ser interposat mentre no s'hagi esgotat aquesta via jurídica.

Actualment, hi ha procediments específics de defensa dels drets fonamentals davant de la jurisdicció ordinària en els àmbits contenciós administratiu, laboral i civil. Per la preeminència en aquesta matèria, així com per les característiques processals específiques que tenen, cal fixar-se especialment en la LJCA.

En les dues primeres garanties la novetat més important era la reducció dels terminis que les lleis processals comunes establien, mentre que la contenciosa administrativa va ser la que va aportar les novetats més importants. Per aquesta raó, l'anàlisi del règim jurídic del procediment previ d'empara judicial dels drets i les llibertats se centra en aquesta última garantia.

Lectura recomanada

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 naturalesa jurídica

Del contingut de l'article 53.2 de la Constitució es dedueix que el procediment judicial de protecció ordinària dels drets ha de ser presidit pels **principis de preferència i sumarietat**.

Però, així mateix, si es pretén abordar en la seva integritat la naturalesa jurídica del recurs de l'LJCA, cal afegir a aquests caràcters la qualitat de **recurs especial**, a més de la seva compatibilitat amb el recurs contenciós administratiu ordinari i la posició de subsidiarietat del recurs d'empara constitucional respecte al recurs preferent i sumari que es configura com a via judicial prèvia.

3.2.1. El caràcter preferent i sumari

El caràcter preferent⁶⁸ del procediment establert a l'LJCA suposa assignar una posició processal avantatjosa a totes les causes que tinguin per objecte la presumpta violació d'un dret fonamental. Aquesta **noció processal de preferència** significa que la tramitació del recurs plantejat d'acord amb aquest procediment serà sempre anterior a qualsevol altre, fins i tot en el cas que aquest hagi estat instat amb anterioritat.

⁽⁶⁸⁾Art 114.3 LJCA.

La sumarietat comporta un coneixement limitat d'allò que constitueix l'objecte del recurs: la protecció dels drets fonamentals davant de presumptes violacions. Tanmateix, cal precisar que la doctrina (Salas i González Pérez, entre altres) coincideix a remarcar que la regulació efectiva del procediment preferent i sumari en la legislació no dona lloc a un veritable procediment sumarial, sinó, més aviat, a un procediment plenari abreujat.

Sumarietat i celeritat

Sembla evident que el legislador ha equiparat la sumarietat amb la celeritat quan en realitat els dos conceptes no són la mateixa cosa.

3.2.2. El caràcter especial

Tot i que no és una imposició que es derivi de la CE, la LJCA ha mantingut l'opció processal de crear un procediment especial de protecció dels drets fonamentals, per bé que ja existeixen altres procediments especials per raó del contingut d'alguns drets fonamentals com és el cas del dret de reunió, el dret d'*habeas corpus*, el dret de rectificació, el dret de sufragi.

La singularitat d'aquest procediment especial es justifica per l'**atribució d'un plus de garantia jurisdiccional** que es fonamenta en tres raons bàsiques:

- 1) La seva utilització queda limitada a un **àmbit material definit**, la tutela dels drets fonamentals i les llibertats públiques.
- 2) Aquest procediment únicament es pot accionar quan s'ha produït una **lesió dels drets fonamentals**.
- 3) Les innovacions procedimentals que aportava l'LPJ i que es concreten en les següents:

- el caràcter optatiu de la via administrativa prèvia (art. 115.1 LJCA);
- la passivitat de l'Administració en cap cas no suspèn el procediment endegat pel recurrent (116.4 LJCA);
- la possibilitat d'adoptar, en qualsevol fase del procés, les mesures cautelars que calgui (per tant, tant les negatives com la suspensió, com les positives de fer i de no fer) per a assegurar l'efectivitat de la sentència (art. 129.1 LJCA), tot i que, a diferència d'allò que preveia la LPJ, ara no s'estableix cap criteri sobre la suspensió de l'acte administratiu i queda en mans de l'òrgan judicial la plena potestat de valorar de forma circumstanciada els interessos en conflicte (art.130.1 LJCA).

3.2.3. La desaparició del requisit de la divisió entre els vicis de constitucionalitat i de legalitat com a condició per a accionar el procediment especial de tutela dels drets fonamentals

Abans de l'entrada en vigor del procediment especial de protecció dels drets fonamentals del Títol V de la LJCA, la relació de compatibilitat i simultaneïtat entre l'antic procediment especial de la Llei 62/1978 (LPJ) i el procediment ordinari de l'antiga Llei Jurisdiccional de 1956 (LJCA) era una conseqüència lògica. És a dir, la lesió produïda sobre un dret fonamental sovint exigia una duplictat de procediments.

La raó de la separació entre els dos procediments es fonamentava en què la via ràpida prevista en la LPJ solament podia ser invocada quan el vici de l'acte impugnat era de constitucionalitat, mentre que si el recurrent decidia accionar la via lenta de la LJCA, podia fonamentar el *petitum* de la seva demanda en qüestions de constitucionalitat, però també de legalitat ordinària. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional (TC) i el Tribunal Suprem (TS) van considerar que l'especificitat del procediment de la LPJ es fonamenta en la naturalesa constitucional del seu objecte; altrament dit, la línia divisòria que permetia instrumentar aquest procediment passava perquè l'acte o disposició impugnada incidís sobre aspectes de constitucionalitat i no simple legalitat ordinària (SSTC 37/82 i 34/89). Cal precisar, però, que la distinció entre una cosa i l'altra no sempre era senzilla i que en moltes ocasions la verificació d'una acció lesiva sobre aspectes de constitucionalitat obligava, forçosament, a analitzar també els factors de legalitat ordinària (per exemple, en el cas dels drets i llibertats dels estrangers).

Doncs bé, en la nova regulació del procediment especial s'han posat les bases perquè l'esmentada duplictat ja no s'hagi de produir. El recurs contenciós administratiu és admissible amb relació a actes, disposicions o també enfront d'actes presumptes (art. 25 LJCA), sempre que tingui com a finalitat restablir o preservar els drets fonamentals (art. 114.2 LJCA), i la sentència que es dicti esti-

Lectura recomanada

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).

marà el recurs quan la disposició, l'actuació o l'acte puguin incórrer en qualsevol **infracció de l'ordenament jurídic**, incloent-hi la desviació de poder (art. 121. 2 LJCA). En la mesura que el paràmetre normatiu de referència ja no és únicament la Constitució sinó un concepte més ampli com és el d'ordenament jurídic (que lògicament inclou la llei o qualsevol altra disposició general), el recurs en defensa dels drets fonamentals podrà ser fonamentat de manera simultània tant en raons en vicis de constitucionalitat com també, i si escau, en vicis de legalitat. En el mateix sentit, podem considerar que avala també aquest plantejament el que preveu l'article 2.a de la LJCA, segons el qual les qüestions que se suscitin sobre la protecció dels drets fonamentals versarà –entre altres elements– sobre els de caràcter reglat dels actes dels poders públics.

3.2.4. La condició de via judicial prèvia del recurs preferent i sumari

La **relació de subsidiarietat** del recurs d'empara constitucional respecte a la tutela ordinària o recurs d'empara ordinari atribueix al primer la condició de recurs extraordinari i especialíssim. Aquesta condició impedeix que pugui ser considerat una mena de tercera instància judicial.

Al recurs d'empara constitucional no li correspon, per tant, la revisió amb caràcter general dels fets declarats provats ni tampoc el dret aplicat en la resolució judicial impugnada. La via prèvia, el recurs d'empara ordinari, impedeix accedir directament al Tribunal Constitucional mitjançant el recurs d'empara constitucional.

L'única excepció a aquesta regla general es produeix quan la presumpta violació del dret fonamental és imputable a òrgans legislatius.

Vegeu també

Vegeu l'apartat 4 d'aquest mòdul.

3.3. L'àmbit material

L'àmbit material del recurs preferent i sumari el determina, en principi, el mateix article 53.2 de la Constitució. Tanmateix, es planteja la qüestió de saber si aquesta relació de drets és exclouent o bé és susceptible d'incloure altres drets que no tinguin el caràcter de drets fonamentals.

Sembla evident que la **naturalesa especial i sumària del recurs d'empara ordinari** no pot admetre una generalització de la seva aplicació a tots els drets i les llibertats, perquè, de fet, neutralitzaria els efectes de celeritat que el procediment vol assegurar. D'una manera limitada, el legislador ordinari ha decidit ampliar l'aplicació d'aquest procediment a l'exercici del dret d'asil, els drets del refugiat, el dret a l'objecció de consciència i els drets i deures militars.



Manifestació d'objectors de consciència.

En relació amb altres drets fonamentals, el procediment presenta algunes peculiaritats. Per exemple, l'*habeas corpus*, com a dret fonamental de llibertat, pot ser considerat simultàniament un procediment preferent i sumari pel seu caràcter abreujat, a fi de permetre la llibertat d'una persona en cas de detenció il·legal.

Aquest procediment també s'aplica en l'àmbit de les relacions jurícolaborals d'acord amb els criteris fixats pel Reial Decret legislatiu 2/1995, de 7 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la llei de procediment laboral, que permet la tutela, per una via preferent i sumària similar, dels drets de llibertat sindical i de les situacions de discriminació, sempre que en aquest últim supòsit no estiguin sotmeses a la jurisdicció d'un procediment laboral especial⁶⁹. En l'àmbit militar, el procediment s'aplica per mitjà de la llei orgànica 2/1989, de 13 d'abril, processal militar (art. 518 i 453.3).

3.4. Els requisits processals

Tot seguit veurem els quatre aspectes que integren l'element formal del recurs preferent i sumari.

3.4.1. El caràcter potestatiu dels recursos administratius

El procediment ordinari contenciós administratiu està precedit obligatòriament per la necessitat del recurrent d'exhaurir la via administrativa prèvia. Per contra, com hem vist anteriorment, l'LJCA suprimeix l'obligatorietat esmentada.

El recurrent pot obviar la presentació dels recursos administratius de reposició i d'alçada⁷⁰, i accedir directament al **recurs jurisdiccional davant dels tribunals**.

3.4.2. La competència jurisdiccional i les qüestions de legitimació processal

La **competència jurisdiccional** d'aquest procediment correspon als jutjats del contenciós administratiu (art. 8 LJCA), als jutjats centrals del contenciós (art. 9 LJCA) i a les sales del contenciós administratiu dels tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes. L'atribució competencial sobre els drets fonamentals no s'estableix de manera concreta a un òrgan judicial (amb l'excepció de drets específics com el dret de reunió i el dret de sufragi), sinó que el criteri per a determinar quin és l'òrgan judicial competent ha estat material i també en funció de l'àmbit territorial de l'acte o disposició objecte del recurs.

Dret de reunió i dret de sufragi

Un criteri semblant es pot aplicar als procediments de tutela del dret de reunió i el dret de sufragi (en aquest cas, tant pel que fa als recursos contra la proclamació de candidats com a la proclamació de resultats).

⁽⁶⁹⁾ Acomiadaments, prestacions de la Seguretat Social, etc.

⁽⁷⁰⁾ Previstos per la Llei 4/1999 de modificació de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, del Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú (art. 107.1)



El Palau de Justícia de Barcelona és la seu del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

Exemple

Així, per exemple, l'article 8.b) de l'LJCA estableix que els jutjats del contenciós administratiu "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"; mentre que, sobre la mateixa matèria, els jutjats centrals del contenciós administratiu coneixeran sobre "los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado" (art.9.b, LICA); i les sales del contenciós administratiu dels tribunals superiors de justícia de les CA "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 conseqüència, i d'acord amb la nova configuració de l'objecte del procediment (en el qual poden ser invocats de manera simultània vicis de constitucionalitat i de legalitat), és evident que en els recursos poden ser substanciades qüestions referides a la lesió dels drets fonamentals, sense que la nova LJCA atribueixi a un òrgan judicial únic la competència en primera instància per a entendre d'aquest recurs.

La **legitimació** o capacitat de portar a terme actes processals amb efectes jurídics és un altre dels aspectes del procediment de tutela dels drets fonamentals que suscita més interès teòric i pràctic. El criteri que introdueix l'LJCA amplia la condició de subjectes legitimats no solament als que tinguin un interès directe en la causa, sinó també als que hi puguin manifestar un interès legítim.

En el primer cas els titulars del dret són els únics que estan legitimats, mentre que en el segon la legitimació es pot estendre a altres persones que demostrin una relació de causalitat de l'acte o la disposició impugnats amb interessos vinculats al dret lesionat.

Continuant amb els aspectes relacionats amb la legitimació processal, és important posar atenció a la funció del Ministeri Fiscal en aquest procediment. D'entrada, cal subratllar que la Constitució va introduir una concepció que supera el paper tradicional d'**acusador públic en el procés penal** ampliant el seu àmbit d'actuació a la defensa objectiva de la legalitat (art. 126.1 CE).

D'acord amb aquest plantejament, la seva posició en el procediment especial no es pot adscriure a priori com a part activa o passiva; ben al contrari, en funció de les característiques específiques de cada causa, el Ministeri Fiscal haurà de decidir el següent:

- Si ell mateix inicia el procediment presentant el recurs, tot i que aquesta possibilitat no pot ser una regla general, perquè l'LJCA (art. 119) únicament li atribueix habilitació, un cop formalitzada la demanda, a fi que presenti les al·legacions oportunes.
- Si col·labora a sostenir la pretensió que conté la demanda presentada pel recurrent afectat per la lesió del dret.

- Si, per contra, es decideix a oposar-se a la pretensió del recurrent.

En tot cas, no hi ha dubte que, del conjunt de l'ordenament jurídic, deriva una posició més bel·ligerant del Ministeri Fiscal en la defensa dels drets i les llibertats i la Constitució ho reconeix de fet com una de les seves funcions més rellevants. D'aquesta manera es configura com un **òrgan ultra parts** que és garant de la legalitat.

L'advocat de l'Estat

Per la seva banda, l'advocat de l'Estat resta com a lletrat de la part pública.

3.4.3. El tràmit d'admissió prèvia del recurs, no previst per l'LPJ però aplicat a bastament pels tribunals ordinaris

L'LJCA exclou que la interposició del recurs especial pugui substanciar-se amb una simple i genèrica invocació al dret fonamental eventualment lesionat. En aquest sentit, l'article 115.2 de l'LJCA estableix 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 procedència i la funcionalitat de l'admissió prèvia del recurs, el Tribunal Constitucional ha recordat que preveure un procediment especial per a protegir els drets i les llibertats no comporta la disponibilitat lliure i indiscriminada d'usar-lo. Per aquesta raó, és condició necessària que es fonamenti jurídicament en una lesió sobre un dret fonamental.

En aquest sentit, si com a conseqüència de l'absència de fonamentació o per la seva insuficiència, el tribunal no admet un recurs, el dret a la tutela judicial no es pot considerar vulnerat automàticament si la decisió de l'òrgan judicial és raonada en termes de dret.

Doncs bé, a partir d'aquest pressupòsit, l'experiència que aporta la jurisprudència dels tribunals ordinaris permet establir una sèrie de **critèris de rellevància notable** sobre els requisits per a admetre el recurs.

Aquests criteris de la doctrina jurisprudencial es poden sintetitzar de la manera següent:

- a) És necessari que l'acte o la disposició impugnats produeixin una lesió sobre un dret fonamental.
- b) Les qüestions referides únicament a problemes de legalitat ordinària queden excloses d'aquest procediment.

c) La **resolució d'inadmissió** no suposa una vulneració del dret a la tutela judicial ni tampoc una sanció al recurrent. Tanmateix el Tribunal Constitucional ha assenyalat a la seva jurisprudència que una decisió d'inadmissió podrà ser lesiva del dret a la tutela quan sigui arbitrària⁷¹.

⁽⁷¹⁾STC 11/1982, 68/1983 i 126/1984, entre d'altres.

Exemples de lesió del dret de tutela a causa de l'arbitrarietat de la inadmissió

- Quan s'estimi inaplicable un procediment que sí que ho era.
- Quan s'hagi produït un error patent.
- Quan la normativa processal no s'hagi interpretat en el sentit més favorable per a l'efectivitat del dret fonamental.

d) L'**argumentació jurídica del recurs** no pot quedar reduïda a la simple invocació formal del dret lesionat.

e) La **inadmissió del recurs** no pot ser conseqüència de rigideses formals per part de l'òrgan jutjador; així, per exemple, en cas de dubte sobre l'admissió del recurs convé, que el tribunal ordinari opti sempre per una solució favorable, ja que sempre hi haurà temps perquè es pugui verificar posteriorment.

f) Finalment, el fet que un tribunal es declari incompetent sobre el recurs plantejat no significa que aquest últim hagi estat inadmissiu.

3.4.4. Els elements objectius del procediment

L'article 53.2 de la Constitució no determina quin ha de ser l'objecte del recurs. Per la seva banda, l'article 43.1 de la LOTC, que regula el procediment del recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional en cas de violació de drets fonamentals per part d'òrgans executius, estableix que el recurs es podrà interposar:

- contra disposicions normatives,
- contra actes jurídics,
- o simple via de fet (inacció o omissió) dels poders públics.

Un cop més, la jurisprudència del Tribunal Constitucional ha definit el criteri a aplicar considerant, encertadament, que allò que és possible plantejar mitjançant recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional també ha de ser-ho per a recórrer, en la mesura que és una via prèvia, davant dels òrgans jurisdiccionals ordinaris de les comunitats autònomes en demanda de tutela dels drets fonamentals⁷².

⁽⁷²⁾STC 31/1984.

Lectura recomanada

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

En l'àmbit contenciós administratiu, l'article 2.a) de l'LJCA estableix que aquesta jurisdicció coneixerà de les qüestions que li siguin suscidades amb relació a "la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes (...)". Així mateix, quan a l'article 25 defineix l'activitat administrativa impugnable, l'objecte del recurs descrit s'expressa en quatre modalitats:

1) Contra les disposicions de caràcter general.

2) Contra els actes expressos i presumptes que posin fi a la via administrativa, ja siguin definitius o de tràmit; en aquest últim supòsit, el recurs procedirà plantejar-se si es dóna algun d'aquests requisits:

- si l'acte de tràmit decideix directament o indirectament el fons de l'assumpte;
- si determina la no continuació del procediment;
- si produeix indefensió o un perjudici irreparable a drets o interessos legítims.

3) Contra la inactivitat de l'Administració.

4) Contra les actuacions administratives materials que constitueixin via de fet.

A més de la impugnació directa de les disposicions de caràcter general, l'article 26 de l'LJCA estableix que també serà admissible el recurs plantejat contra actes que es produeixin en aplicació d'aquestes disposicions argumentant que aquestes no són conformes a dret; i en el cas que la impugnació directa no s'hagués produït o hagués estat desestimada, aquesta circumstància no serà obstacle per a impugnar els actes d'aplicació, perquè la disposició general és contrària a dret.

La *vis expansiva* del recurs preferent i sumari també sobre l'anomenada **via de fet dels poders públics** resulta necessària i lògica en un marc com el de l'estat social i democràtic de dret, caracteritzat per la penetració constant dels poders públics, especialment els òrgans administratius, en els diversos àmbits del teixit social.

L'omnipresència d'aquest nou *Leviatan* que és l'Administració ha suposat multiplicar òrgans públics i, com a conseqüència, també disposicions i actes administratius reguladors de matèries de naturalesa diversa, entre els quals destaquen actes materials i inaccions administratives que poden resultar lesives sobre els drets fonamentals de les persones.

No s'ha d'oblidar, en aquest sentit, que l'Administració ha esdevingut gestora i responsable d'un ventall ampli de serveis públics atribuïts a l'Estat social. Aquesta circumstància ha augmentat l'activitat amb transcendència jurídica dels poders públics i, per tant, ha fet més necessari **controlar l'activitat dels poders públics** no solament quan actuen d'una manera expressa, sinó també quan, tenint l'obligació de fer-ho, no ho fan.

Amb aquesta mateixa lògica la jurisprudència del Tribunal Suprem ha defensat majoritàriament que els **actes administratius** objecte de recurs no solament siguin els que, òbviament, són definitius, sinó que no exclou que també ho puguin ser els **actes de tràmit**, sempre que del seu contingut pugui derivar la lesió d'un dret fonamental⁷³.

(73) STS 29/7/1983 i 9/2/1988.

3.5. Les mesures cautelars

L'establiment de la suspensió de l'acte administratiu impugnat com a regla general d'aplicació, i no com a excepció, va ser la innovació més rellevant que la Llei 62/78 va introduir respecte a la regulació d'aquesta mesura cautelar. Aquest criteri ha desaparegut a la nova LJCA, ja que les mesures cautelars que pugui prendre l'òrgan judicial per a assegurar l'efectivitat de la sentència s'hauran de decidir: "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).

És a dir, ara ja no existeix una regla general –en principi– favorable a la suspensió cautelar sinó que s'atribueix al jutge un marge de decisió més ampli per a decidir al respecte, tant per a suspendre l'acte impugnat com també –i aquesta és una novetat important– per a prendre altres tipus de mesures que l'LJCA no concreta en la seva modalitat:

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

La suspensió és una mesura cautelar per a garantir l'efectivitat de la decisió final de l'òrgan jurisdiccional. Es tracta d'un procediment que té caràcter jurisdiccional, urgent i peremptori, provisional i instrumental, i la decisió d'aplicar-lo correspon a la ponderació pertinent que els òrgans jurisdiccional ordinaris han de fer sobre la procedència de la suspensió de l'acte o la disposició impugnats per a protegir millor els drets i els interessos en joc.

Les regles d'interpretació que els òrgans jurisdiccional ordinaris acostumen a utilitzar per a resoldre el contingut de la interlocutòria de suspensió giren al voltant de la ponderació acurada entre els **criteris** següents:

a) El *periculum in mora*, que obliga a verificar si hi ha perill d'una lesió irreversible dels drets afectats per l'objecte de la impugnació, com a conseqüència del transcurs del temps des que es presenta el recurs fins que aquest es resol.

b) El *fumus boni iuris*, que, així mateix, obliga a verificar si el contingut del recurs presenta indicis o aparença de bon dret, és a dir, que el recurs presentat no conté una pretensió temerària.

c) La **clàusula d'interès públic**, que sempre ha de ser avaluada per l'òrgan jutgador amb l'objectiu de preservar els interessos generals que, com a conseqüència de la suspensió acordada, poguessin resultar afectats negativament d'una manera desproporcionada en relació amb el dret que es pretén tutelar.

L'adopció *ad cautelam* de la suspensió de l'acte o la disposició administrativa impugnats ha estat –històricament– l'única modalitat específica que el contenciós administratiu ha previst. Tanmateix, amb la nova Llei 29/1998, sembla que s'obre una escletxa favorable a les mesures positives de fer i de no fer. En d'altres ordenaments jurídics estrangers també es preveuen mesures cautelars de caràcter positiu que permeten fer front a les lesions de drets fonamentals produïdes per la **via de l'omissió o de la inactivitat dels poders públics**. Aquest és el cas, entre d'altres, del *referé* i el *constat d'urgence* a França, o les ordres provisionals de caràcter judicial a Alemanya.

El *referé* té la finalitat de garantir béns jurídics objecte de litigi enfront del retard processal; el *constat d'urgence* és un procediment simple i limitat, encetat per raons d'urgència amb la finalitat d'impedir que, a causa del transcurs del temps, una part pugui resultar perjudicada.

Per la seva banda, les ordres provisionals persegueixen una finalitat similar, consistent a assegurar cautelament drets fonamentals, fins i tot creant un vincle jurídic provisional.

En conjunt, aquest tipus de solucions reben la denominació de **mesures cautelars positives**, que, per incitació de l'autoritat judicial, obliguen l'Administració pública a actuar en un sentit determinat quan de la seva inacció deriva una situació lesiva sobre determinats drets fonamentals. A més de ser previstos per les lleis processals, aquests tipus de cautela han estat utilitzats pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) –Sentència de 19 de juny de 1990, cas Factortame–, pel Tribunal Europeu dels Drets de l'Home (TEDH) –Sentència de 7 de juliol de 1989, cas Soering– i també, per alguns tribunals superiors de justícia de les comunitats autònomes.

Un cop vigent el nou procediment regulador de la tutela dels drets fonamentals de l'LJCA, cal precisar que, sigui quina sigui la interpretació judicial sobre l'aplicació de mesures cautelars, amb relació a la suspensió sembla necessari que ni el recurrent ni l'Administració quedin deslliurats de justificar la raonabilitat del seu recurs o l'oposició al mateix. És més adient afirmar que amb la



El Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea es va crear l'any 1958 i té la seu a la vila de Kirchberg, a Luxemburg.

nova LJCA s'ha produït una redistribució de la càrrega de la prova, en la qual recurrent i Administració assumeixen un grau major de responsabilitat per a demostrar que la raó els assisteix.

Per a decidir la procedència de la suspensió de la disposició o l'acte administratiu impugnats, és a dir, per a resoldre el conflicte entre el dret invocat i els interessos col·lectius afectats, la ponderació ha esdevingut el mètode d'interpretació jurídica més adient, tot i que no n'estigui exclòs el perill del subjectivisme judicial.

En tot cas, la ponderació o balanç d'interessos ha de tenir en compte el següent:

1) Que la **protecció dels drets fonamentals** és un element prevalent; aquesta condició ha de permetre resoldre, en casos dubtosos, en favor de la concessió de la suspensió.

2) Que la **protecció de l'interès general** és una excepció al principi general favorable a la mesura cautelar de la suspensió; la denegació d'aquesta última, com a conseqüència de la prevalença de l'interès general, ha de demostrar d'una manera objectiva que la concessió de la mesura cautelar produiria efectes negatius irreversibles.

Exemples de supòsits en què la jurisprudència ordinària considera procedent denegar la mesura cautelar

A tall d'exemple, enumerem els dos supòsits següents:

- Quan la interlocutòria decideixi la suspensió, l'Administració no tindrà instruments alternatius per a resoldre el conflicte produït.
- Quan la suspensió ocasioni un augment notori de la despesa pública, o també quan el recurrent sigui funcionari adscrit a les forces i els cossos de seguretat, en la mesura que es tracti d'un servei públic d'interès general.

3.6. El règim dels recursos i els efectes de la sentència

La nova LJCA ha reintroduït el recurs d'apel·lació en procediment contenciós administratiu. Aquest recurs es pot plantejar contra les resolucions dels jutjats davant les sales dels tribunals superiors de justícia (art. 10.2); contra les resolucions dels jutjats centrals davant la Sala de l'Audiència Nacional (art. 11.2). I, així mateix, el Tribunal Suprem serà competent en els recursos de cassació contra les resolucions dictades en apel·lació pels tribunals anteriors (art.12.2).

Pel que fa als efectes econòmics del procediment, la Llei 62/78 va introduir el **criteri del venciment** sobre la condemna en costes, que en permet la imposició a la part processal les pretensions de la qual hagin estat totalment desestimades. L'LJCA ha variat el criteri introduint una fórmula mixta que conjunja el criteri de la temeritat amb el del venciment en les diverses instàncies processals.

4. Les garanties jurisdiccionals (II): el recurs d'empara

4.1. El concepte i la naturalesa del recurs d'empara

a) Concepte

El recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional és un procediment especial de caràcter jurisdiccional i extraordinari, previst per a protegir els drets fonamentals reconeguts per la Constitució i concebut amb la finalitat de procurar restablir-ne immediatament l'exercici.

Lectura recomanada

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

El recurs d'empara no és un recurs pròpiament, sinó un procediment diferenciat que està destinat exclusivament a depurar la violació dels drets fonamentals comesa per part dels poders públics. En aquest sentit, presenta un caràcter revisor d'actes, disposicions i, fins i tot, omissions que hagin produït una lesió dels drets de la persona.

El recurs d'empara de la Constitució mexicana

Els antecedents d'aquesta modalitat de garantia jurisdiccional es troben probablement en el recurs d'empara previst per la Constitució mexicana de 1917, tot i que la seva naturalesa no és exactament la mateixa, especialment a causa del caràcter ampli del seu objecte.

En el dret públic espanyol el referent anterior a la regulació actual es troba en el recurs d'empara previst a la Constitució de 1931 de la Segona República; és evident, doncs, que a Espanya no és una institució de nova planta.

Actualment el recurs d'empara està previst en una part dels ordenaments constitucionals europeus⁷⁴; però també hi ha estats les jurisdiccions constitucionals dels quals no disposen d'aquesta competència, la qual cosa no és un obstacle insuperable perquè els drets fonamentals puguin trobar en altres procediments constitucionals, com el cas de la qüestió d'inconstitucionalitat, una via subsidiària de garantia⁷⁵.

⁽⁷⁴⁾Com el cas de les constitucions espanyola, alemanya o austríaca, entre altres.

⁽⁷⁵⁾Per exemple a Itàlia.

b) Naturalesa

El recurs d'empara presenta una dimensió doble:

- Sens dubte, en primer lloc, és una **garantia jurisdiccional especial** per a tutelar els drets fonamentals de la persona; en aquest sentit, l'efecte primer d'una sentència estimativa d'empara constitucional és la declaració de nul·litat de l'acte o la disposició impugnats, el reconeixement del dret violat i, si escau, el restabliment del recurrent en l'exercici del dret invocat. És a dir, en principi, l'efecte de la sentència vincula únicament les parts litigants: el poder públic i la persona que ha accionat aquesta via jurisdiccional.
- Però, simultàniament, en moltes ocasions el recurs d'empara també té una **funció de caràcter general** en la mesura que el Tribunal Constitucional estableix en la sentència d'empara els criteris que, sense excepció, ha de tenir en compte la jurisdicció ordinària per a resoldre casos semblants que es produeixin en el futur.

No s'ha d'oblidar, en aquest sentit, que el Tribunal Constitucional té la condició d'interpret suprem de la Constitució⁷⁶ i que, d'acord amb l'article 5.1 de la LOPJ:

La Constitució és la norma suprema de l'ordenament jurídic i vincula tots els Jutges i els Tribunals [...] que interpretaran i aplicaran les lleis i els reglaments d'acord amb els preceptes i principis constitucionals, conforme a la interpretació de les normes que resultin de les resolucions dictades pel Tribunal Constitucional en tot tipus de processos.

Aquesta funció del Tribunal Constitucional en el recurs d'empara també permet atribuir a aquesta garantia jurisdiccional una dimensió general que condiciona i prefigura la jurisprudència dels jutges i els tribunals ordinaris en matèria de drets fonamentals.

Per tant, a més del **caràcter subjectiu del recurs** com a instrument de defensa dels drets de la persona, l'empara constitucional presenta una **dimensió objectiva** de gran rellevància per a configurar la jurisdicció constitucional com a garantia de la Constitució a tots els nivells.

Un altre aspecte característic és el **caràcter extraordinari del recurs**, que es justifica per la mateixa naturalesa especial de la jurisdicció constitucional. L'accés al Tribunal Constitucional en demanda de tutela dels drets fonamentals es fonamenta únicament en l'existència d'una violació de dret fonamental, però no en problemes de legalitat ordinària, que, en principi, sempre pertanyen als tribunals ordinaris i que la jurisdicció constitucional no pot resoldre.

Tanmateix, la qüestió no és senzilla, tenint en compte la dificultat notable que de vegades es planteja per a establir la línia divisòria entre l'àmbit dels aspectes propis de la constitucionalitat i aquells altres de la simple legalitat, especialment quan es tracta dels anomenats *drets de configuració legal*⁷⁷.

Lectura recomanada

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

⁽⁷⁶⁾Art. 1 LOTC.

⁽⁷⁷⁾Per exemple, el dret a la tutela judicial, els drets de participació política o els dels estrangers.

Finalment, el recurs d'empara també presenta un **caràcter de subsidiarietat** respecte al recurs substanciat davant dels tribunals ordinaris. Aquest caràcter subsidiari és ple quan la violació del dret fonamental procedeix d'un òrgan públic de naturalesa executiva o judicial; no és així quan l'acció lesiva és imputable a un òrgan legislatiu, ja que en aquest supòsit –que és l'únic en aquest sentit– l'accés al Tribunal Constitucional mitjançant l'empara és directe.

Tanmateix, convé subratllar que la subsidiarietat no és una conseqüència absoluta i indubtable de la Constitució (Rubio Llorente), perquè la literalitat del precepte constitucional no exclou la possibilitat que l'empara constitucional pugui no existir en la mesura que la tutela dels drets fonamentals es formalitza

[...] per un procediment preferent i sumari i, si escau, mitjançant el recurs d'empara [...].

Article 53.2 CE.

Cal dir, però, que, d'acord amb la regulació actual que estableix la LOTC, la subsidiarietat és una característica plenament vigent.

4.2. L'àmbit material i l'objecte del recurs d'empara

a) L'àmbit material d'aplicació del recurs d'empara està establert d'una manera precisa i limitada per l'article 53.2 de la Constitució.

El recurs d'empara és una garantia jurisdiccional per als drets i llibertats reconeguts en l'article 14 i en la secció primera del capítol II del títol I de la Constitució, i també el dret a l'objecció de consciència reconegut en l'article 30 de la Constitució.

b) L'objecte del recurs d'empara està delimitat amb un criteri ampli a l'article 41.2 de la LOTC.

El recurs és procedent enfront de les **violacions dels drets i les llibertats comeses pels poders públics** en actes, disposicions o, també, mitjançant la simple via de fet.

Aquesta previsió normativa permet accionar el recurs d'empara no solament contra els actes administratius dels poders públics, que són la via més habitual i més nombrosa per a expressar l'activitat administrativa, sinó contra les disposicions administratives, és a dir, els reglaments administratius⁷⁸ que innoven l'ordenament jurídic, i també contra la via de fet⁷⁹. Es tracta, doncs,

Accés directe al Tribunal federal alemany

A Alemanya, l'accés directe al Tribunal Federal és possible en els casos en què el transcurs del temps derivat de l'esgotament de les vies judicials prèvies ocasioni un dany irreparable.

Lectura recomanada

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

L'empara constitucional

Es tracta, doncs d'un àmbit material acotat i no susceptible d'ampliació per una decisió del legislador.



La violació dels drets i les llibertats per part dels poders públics mitjançant la via de fet és objecte del recurs d'empara.

⁽⁷⁸⁾Per exemple decrets, ordres, etc.

⁽⁷⁹⁾Les omissions o la manca d'actuacions dels poders públics.

d'un objecte material que permet accionar el recurs d'empara contra totes les activitats possibles de l'aparell administratiu de l'Estat que puguin suposar una lesió de l'estatut de llibertat de la persona, concretat en els drets fonamentals.

Des d'un punt de vista subjectiu, el **concepte de poders públics** no abasta solament, com és obvi, els òrgans integrats en l'Administració central i perifèrica de l'Estat, sinó que també incorpora:

- 1) Els òrgans de l'Administració autonòmica i local.
- 2) Els òrgans dels ens públics de caràcter corporatiu⁸⁰ i de caràcter institucional⁸¹.
- 3) Altres òrgans de naturalesa administrativa integrats en l'aparell de l'Estat⁸².
- 4) Finalment, també s'hi inclouen els poders públics de caràcter legislatiu⁸³ i judicial⁸⁴.

(80) Per exemple un col·legi professional.

(81) Per exemple una universitat.

(82) Per exemple les decisions del Consell General del Poder Judicial.

(83) Les Corts Generals, els parlaments de les comunitats autònomes.

(84) Un jutjat o un tribunal.

El recurs d'empara està previst, per tant, com a garantia enfront de les decisions i les disposicions de rang inferior a la llei dels poders públics que vulnerin la Constitució, però no és així respecte als actes dels particulars. Naturalment això no significa que els ens privats i les persones físiques restin al marge de l'eficàcia de la norma suprema: les vies establertes per les lleis processals davant de la jurisdicció ordinària són l'instrument habitual per a obtenir la tutela dels drets fonamentals que hagin estat violats per l'acció d'un particular.

Ara bé, constatat aquest marc jurídic sobre l'eficàcia dels drets fonamentals enfront de tercers, cal precisar que, mitjançant el procediment del recurs d'empara, el Tribunal Constitucional pot arribar a ser competent d'una lesió de dret fonamental que hagi tingut el seu inici en l'actuació d'un ens privat.

Lectura recomanada

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

Sobre aquest aspecte el Tribunal Constitucional ha construït una doctrina raonablement restrictiva però que li permet exercir la seva competència jurisdiccional en determinats supòsits⁸⁵: es tracta del supòsit que, un cop plantejada la violació d'un dret fonamental davant de la jurisdicció ordinària, el tribunal competent apliqui d'una manera lesiva el dret a la tutela judicial⁸⁶, ja sigui perquè ignora en la seva resolució el dret fonamental invocat pel particular i, per tant, produeix indefensió, o perquè inaplica incorrectament alguna de les garanties processals previstes a l'article 24.2 de la Constitució, cosa que impedeix una defensa adient del dret fonamental invocat.

(85) Vegeu l'STC 47/1985, cas Pilar Sala.

(86) Art. 24 CE.

És llavors quan el Tribunal Constitucional pot considerar procedent admetre un recurs d'empara plantejat pel mateix particular que havia estat part en la via judicial ordinària contra un altre particular, però fonamentant ara el seu recurs –*prima facie*– en la violació del dret a la tutela judicial, violació que, com és obvi, únicament pot procedir d'una resolució judicial.

Aquesta és la circumstància que, al capdavant, permet l'accés d'un particular mitjançant recurs d'empara al Tribunal Constitucional, tot i que la lesió inicial del dret fonamental procedeixi de l'acte d'un altre subjecte privat.

Sigui com sigui, aquesta doctrina de l'eficàcia dels drets respecte a tercers⁸⁷ no permet una aplicació automàtica o indiscriminada basada en la invocació sistemàtica de l'article 24 de la Constitució, com a argument per a sostenir l'accés a la jurisdicció constitucional; així ho ha recordat sovint el Tribunal Constitucional en les seves resolucions.

(87) La denominada *Drittwirkung* per la doctrina alemanya.

Una altra qüestió de rellevància és l'**impediment constitucional per a plantejar el recurs d'empara contra lleis**. En efecte, els particulars no poden acudir directament al Tribunal Constitucional per a impugnar una llei que lesiona els seus drets fonamentals.

La potestat per a impugnar una llei que pugui lesionar drets fonamentals, doncs, queda reduïda als òrgans públics⁸⁸.

(88) President del Govern, Congrés, Senat, assemblees legislatives de les comunitats autònomes, etc.

Ara bé, hi ha una possibilitat indirecta prevista per la Llei orgànica del Tribunal Constitucional: es tracta del supòsit en què, si durant la tramitació d'un recurs d'empara, l'òrgan corresponent del Tribunal Constitucional considera que l'origen de la possible violació del dret fonamental en qüestió no és per causa directa imputable a un òrgan judicial o administratiu, sinó que es troba en la llei habilitant aplicable al cas, llavors ha de remetre la qüestió al Ple del Tribunal Constitucional, que pot declarar la inconstitucionalitat de la llei esmentada en una sentència amb els efectes *erga omnes* de tota declaració d'inconstitucionalitat⁸⁹.

(89) Art. 55.2 LOTC.

Veiem d'aquesta manera que, indirectament, el recurs d'empara accionat per un recurrent pot servir per a expulsar de l'ordenament jurídic una llei contrària a la Constitució.

Vegeu també

Vegeu l'STC 45/1989, cas de l'IRPF.

4.3. El procediment del recurs d'empara

4.3.1. Els actes dels poders públics que poden ser objecte de recurs

Els articles 42 i següents de la LOTC estableixen les diverses modalitats de procediment a seguir segons quina sigui la naturalesa de l'òrgan a qui hagi estat imputada la lesió del dret:

1) **Òrgans legislatius**⁹⁰. Les decisions o els actes sense valor de llei derivats de les Corts o de qualsevol dels seus òrgans, o de les assemblees legislatives de les comunitats autònomes, que violin els drets susceptibles d'empara constitucional podran ser recorreguts en el termini de tres mesos des que siguin fermes, d'acord amb les normes internes dels òrgans parlamentaris⁹¹. Com s'ha assenyalat abans, aquest és el supòsit en què el recurs d'empara es presenta directament davant del Tribunal Constitucional.

⁽⁹⁰⁾Art. 42 LOTC.

⁽⁹¹⁾És a dir, els seus reglaments respectius.

2) **Òrgans executius**⁹². Quan la violació dels drets i les llibertats és originada per disposicions, actes jurídics, omissions o la simple via de fet del Govern o de les seves autoritats i funcionaris, o dels òrgans executius col·legiats de les comunitats autònomes o de les seves autoritats, funcionaris o agents, es pot interposar recurs d'empara un cop exhaurida la via judicial precedent.

⁽⁹²⁾Art. 43 LOTC.

Cal precisar que, tot i que la Llei orgànica del Tribunal Constitucional no esmenta específicament altres administracions públiques com la local i la institucional, no hi ha dubte que els actes i les disposicions de totes dues queden afectats per les previsions d'aquesta llei.

3) **Òrgans judicials**. Finalment, si la violació dels drets i les llibertats procedeix d'un acte o una omisió d'un òrgan judicial, es podrà interposar recurs d'empara sempre que es compleixin els requisits següents:

a) Que hagin estat exhaurits tots els recursos utilitzables en la via judicial ordinària, d'acord amb les previsions que en aquest sentit estableixen les diferents lleis processals.

b) Que la violació del dret invocat en empara sigui imputable d'una manera immediata i directa a una acció o una omisió de l'òrgan judicial, independentment dels fets que van donar lloc al procés i sobre els quals el Tribunal Constitucional no podrà dictaminar.

c) Que el dret fonamental lesionat hagi estat invocat formalment en el procés desenvolupat davant de la jurisdicció ordinària.

Probablement, el segon requisit és el que ha suscitat més controvèrsia i també el que ha fomentat un conflicte⁹³ soterrat d'atribucions entre la jurisdicció constitucional i l'ordinària. Ara bé, la interdicció establerta en aquest requisit no impedeix que el Tribunal Constitucional hagi de verificar si l'estudi dels elements fàctics elaborat per la jurisdicció ordinària ha estat dut a terme respectant les previsions processals de l'article 24 de la CE, a fi d'evitar una valoració incorrecta dels fets per part de la jurisdicció ordinària.

⁽⁹³⁾La doctrina italiana anomena "guerra de corts" aquest conflicte.

4.3.2. La legitimació del recurs d'empara

L'accés al recurs d'empara està previst a la Constitució i a la Llei orgànica del Tribunal Constitucional amb criteris raonablement amplis. No tant, però, com a l'època de la Segona República, en què l'ordenament no solament atribuïa legitimació activa a les persones directament afectades sinó també a qualsevol altra que hagués dipositat una fiança determinada.

Per contra, a Alemanya, que ha estat un referent habitual de la legislació espanyola, l'àmbit de la legitimació activa personal es redueix als titulars del dret lesionat, excloent-ne sempre els òrgans de l'Estat.

A l'ordenament jurídic espanyol cal distingir entre una legitimació pública i una legitimació privada per a exercir el recurs d'empara:

1) **Legitimació pública.** La Constitució reconeix legitimació activa per a interposar el recurs a dues institucions de naturalesa diferent però amb el mateix objectiu: la defensa i la protecció dels drets i les llibertats de la persona. Aquestes institucions són:

- El Defensor del Poble.
- El Ministeri Fiscal.

La naturalesa pròpia d'aquests dos òrgans fa que sigui diferent el moment processal en què han d'intervenir per a defensar els drets i les llibertats, però de la seva complementarietat i el seu respecte envers els àmbits d'actuació respectius depèn la funcionalitat del control que exerceixen.

La **legitimació atorgada al Defensor del Poble** implica una forma activa de fomentar la seva funció de protecció dels drets en els diversos àmbits de l'Administració pública. Ara bé, s'ha d'entendre sempre com una atribució a exercir d'una manera restrictiva, que ha d'evitar el perill de suplantació de la iniciativa dels titulars dels drets o els interessos legítims.

Caràcter restrictiu de la legislació alemanya

La preocupació per a evitar l'allau de recursos i el consegüent perill de col·lapse del Tribunal ha donat lloc a aquest plantejament restrictiu del legislador alemany.

2) **Legitimació privada.** La Constitució restringeix l'àmbit de legitimació a les persones físiques o jurídiques que invoquin un interès legítim. És evident, per tant, que hi estan inclosos tant els nacionals com els estrangers; però en aquest últim cas, tenint en compte que es tracta de drets de configuració legal, la legitimació s'ajusta als criteris establerts per la llei.

La LOTC concreta la **legitimació processal** de la manera següent:

a) Quan la violació dels drets i les llibertats procedeixi d'òrgans legislatius o afecti el dret a l'objecció de consciència, la legitimació correspondrà a la persona afectada directament⁹⁴.

(94) Art. 46.a LOTC.

b) Quan la violació procedeixi d'òrgans executius o judicials, hi estaran legitimades les persones que hagin estat part en el procés judicial corresponent, la qual cosa suposa introduir un criteri que amplia el ventall de subjectes que poden accedir al Tribunal Constitucional en empara⁹⁵.

(95) Art. 46.b LOTC.

4.3.3. Els criteris d'admissió del recurs d'empara

L'experiència que ofereix el dret comparat sobre els criteris d'admissió del recurs d'empara (Alemanya, Àustria, etc.) i les xifres percentuals del nombre dels que superen aquest tràmit processal permeten afirmar que les restriccions que aplica el Tribunal Constitucional espanyol es troben en la línia de la resta de tribunals constitucionals que tenen competència en matèria d'empara. No hi ha dubte que aquest és el procediment constitucional que genera més casos davant del Tribunal Constitucional.

El legislador orgànic ha anat limitant l'accés al recurs d'empara, atès que l'ús massiu d'aquest procediment és un element determinant en la sobrecàrrega del Tribunal Constitucional, a banda que els tribunals ordinaris han anat desenvolupant progressivament el paper de defensors dels drets fonamentals. La Llei orgànica 6/2007, de 24 de maig, és un bon exemple de les reformes que s'han produït en aquest sentit.

Lectura recomanada

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

La **competència per a decidir l'admissió del recurs** correspon a les seccions del Tribunal Constitucional, òrgans integrats per tres magistrats. La secció pot decidir per unanimitat o per majoria.

En principi, la **inadmissió del recurs** es pot acordar per provisió⁹⁶ quan hi concorri algun dels supòsits següents:

(96) Resolució judicial que no exigeix motivació.

1) Que la demanda incompleixi d'una manera manifesta i irreparable alguns dels requisits processals establerts a la Llei orgànica del Tribunal Constitucional⁹⁷.

(97) Art. 41 a 46 LOTC.

2) Que la demanda s'invoqui respecte a drets o llibertats no susceptibles d'empara constitucional.

3) Que el contingut del recurs no justifiqui una decisió sobre el fons per causa de la seva transcendència constitucional.

De tots aquests supòsits, segurament el que suscita més controvèrsia sobre l'abast de la seva interpretació és el tercer. Aquest supòsit, de fet es formulava de manera molt menys restrictiva abans de la reforma del 2007. En qualsevol cas, tant en la formulació anterior com en l'actual, es concep com un instrument que permet al Tribunal Constitucional filtrar els casos que ha de decidir. Després de la darrera reforma, la idea és que, en aquest moment, el recurs d'empara només s'ha d'utilitzar perquè el Tribunal es pronunciï sobre aspectes nous i continuï construint una doctrina en matèria de drets fonamentals, diferint la defensa ordinària dels drets fonamentals al Poder Judicial, d'acord amb la jurisprudència que el Tribunal Constitucional va desenvolupant en aquesta matèria.

Exemple d'inadmissió d'un recurs d'empara

Així, per exemple, el Tribunal Constitucional ha arribat a inadmetre un recurs d'empara⁹⁸, malgrat que no hagi rebutjat les raons que tenia la persona recurrent, perquè la quantia econòmica d'allò que invocava era molt insignificant. Tanmateix, cal precisar que aquest és un criteri fins ara aïllat, ja que no s'ha consolidat en resolucions posteriors de la mateixa línia argumental.

⁽⁹⁸⁾ Interlocutòria del Tribunal Constitucional de 9/9/1994.

L'admissió a tràmit ha de ser decidida per la secció per unanimitat. En cas que no n'hi hagi, cal traslladar la resolució a la sala corresponent. En qualsevol cas, la providència d'inadmissió és recurrible pel Ministeri Fiscal en un recurs de súplica.

Així doncs, la Llei orgànica del Tribunal Constitucional intenta enfortir la capacitat de decisió d'aquesta institució perquè, de la manera més àgil i breu possible, pugui resoldre els recursos que per raó del seu contingut no són mereixedors d'un pronunciament de fons per part seva.

4.4. Les mesures cautelars

En el procediment del recurs d'empara la LOTC també preveu, igual que l'LPJ en la via judicial prèvia, la possibilitat de prendre mesures cautelars amb l'objectiu de preservar provisionalment la integritat del dret fonamental que ha estat objecte del recurs. Aquesta mesura cautelar és, també, la suspensió de l'acte, la disposició o la resolució impugnats.

D'acord amb l'article 56 de la LOTC, la Sala o Secció del Tribunal Constitucional pot acordar la suspensió esmentada de l'acte dels poders públics, d'ofici o a instància de part. La **causa d'aquesta decisió incidental** dins del procés constitucional es produeix quan la seva execució hagi d'ocasionar un perjudici que faci perdre al recurs d'empara la seva finalitat⁹⁹.

⁽⁹⁹⁾Per exemple la privació de llibertat d'un periodista com a conseqüència d'unes expressions suposadament injurioses.

Tanmateix, es pot negar la suspensió quan d'aquesta pogués derivar una pertorbació greu dels interessos generals, o dels drets fonamentals i les llibertats públiques d'un tercer.

La **jurisprudència del Tribunal Constitucional** ha establert alguns criteris diferenciadors de la suspensió entesa com a mesura cautelar, segons que operi en l'àmbit de la jurisdicció ordinària o bé hagi estat decidida en el procediment constitucional d'empara:

a) En la jurisdicció ordinària la suspensió de l'acte del poder públic objecte d'impugnació és essencialment preceptiva, exceptuant que es justifiqui un perjudici greu per a l'interès general.

És per aquesta raó que la mesura cautelar constitueix la regla i no l'excepció de la decisió judicial.

b) Per contra, en el procediment d'empara la suspensió és una decisió jurisdiccional sobre la qual la Sala o Secció del Tribunal Constitucional disposa de més poder decisor per a valorar la seva procedència, en funció del fet que la decisió de l'acte impugnat tingui com a efecte que l'empara perdi la seva finalitat.

D'acord amb la Interlocutòria del Tribunal Constitucional 529/1983, de 8 de novembre, la diferència entre tots dos criteris s'explica perquè:

"[...] 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. L'efecte de la sentència constitucional d'empara

La competència per a resoldre els recursos d'empara correspon a les Sales o Seccions del Tribunal Constitucional, integrades cadascuna per sis magistrats.

La Sala o la Secció, quan ha analitzat el fons de l'assumpte, pot pronunciar en la seva sentència qualsevol de les **resolucions** següents:

- L'atorgament de l'empara.
- La denegació de l'empara.

En el **supòsit primer**, quan l'empara ha estat estimada pel Tribunal Constitucional, els pronunciaments d'aquest últim poden ser algun o alguns dels següents:

- a) Declaració de nul·litat de la decisió, l'acte o la resolució objecte del recurs, determinant, si escau, l'extensió dels seus efectes.
- b) Reconeixement de dret o llibertat pública.
- c) Restabliment del recurrent en la integritat del seu dret o la seva llibertat, tot adoptant les mesures cautelars que atribueixin eficàcia plena a la resolució judicial.

Quan la sala o la secció conegui d'un recurs d'empara plantejat respecte a decisions dels jutges i els tribunals (la possibilitat més habitual), limitarà la seva funció a concretar si han estat violats els drets o les llibertats objecte del procés, però s'haurà d'abstenir de qualsevol altra consideració sobre l'actuació dels òrgans jurisdiccionals¹⁰⁰.

⁽¹⁰⁰⁾Art. 54 LOTC.

La **finalitat d'aquest precepte** és evitar interferències entre una jurisdicció i l'altra. La llibertat i la independència, que corresponen a la funció genuïna de jutjar les diferències de criteri interpretatiu, no poden ser causa d'advertiments o recomanacions; ara bé, dit això, no hi ha cap mena de dubte a afirmar també que aquest precepte de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional no tutela ni l'arbitrarietat, ni la negligència flagrant, ni l'abús, etc. per part dels òrgans de la jurisdicció ordinària.

En conseqüència, les limitacions establertes per aquest precepte de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, fonamentades en el fet d'evitar l'anomenada *guerra de tribunals*, no prohibeixen que el Tribunal Constitucional dugui a terme, si ho creu oportú, els raonaments i les consideracions que escaiguin per a establir amb criteris d'objectivitat jurídica les conseqüències que han motivat la seva resolució.

5. Les garanties jurisdiccionals (III) i no jurisdiccionals

5.1. La protecció internacional dels drets: referència especial a la Convenció Europea dels Drets de l'Home de 1950

1) En l'àmbit internacional hi ha una protecció de molts dels drets que també es troben constitucionalment garantits en els ordenaments jurídics interns. Hi ha una certa coincidència material entre els drets fonamentals¹⁰¹ i els drets humans que es protegeixen en l'àmbit internacional.

Especialment des de la fi de la Segona Guerra Mundial, s'ha anat estenent una cultura dels drets que ha estat expressada tant en constitucions nacionals noves com en instruments internacionals nous. Així, cal destacar:

- La Declaració Universal dels Drets Humans, de 10 de desembre de 1948.
- El Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, de 19 de desembre de 1966.

Exemple

Els tractats o convenis internacionals que protegeixen drets humans protegeixen addicionalment els drets fonamentals garantits a les constitucions nacionals.

- El Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, de la mateixa data.

Dins de l'àmbit europeu, és important esmentar la Convenció Europea dels Drets de l'Home, celebrada a Roma el 4 de novembre de 1950, a la qual ens referim d'una manera especial.

2) Els tractats internacionals en matèria de drets humans tenen una incidència doble en l'ordenament jurídic espanyol:

a) En primer lloc, aquests tractats formen part de l'ordenament intern, una vegada ratificats per l'Estat espanyol i publicats oficialment a Espanya. Per tant, l'Estat ha de respectar les exigències d'aquests tractats, que els particulars poden al·legar davant dels tribunals com a dret aplicable¹⁰².

b) En segon lloc, en virtut de l'article 10.2 de la CE, aquests tractats tenen incidència en la interpretació del text constitucional espanyol:

⁽¹⁰¹⁾ Drets que estan reconeguts a la Constitució nacional i dotats de garantia jurisdiccional enfront del legislador.



Lectura recomanada

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.

⁽¹⁰²⁾ Art. 96 CE.

Les normes relatives als drets fonamentals i a les llibertats públiques que la Constitució reconeix s'interpretaran de conformitat amb la Declaració Universal de Drets Humans i els Tractats i Acords Internacionals sobre aquestes matèries ratificats per Espanya.

Article 10.2 CE.

En conseqüència, tant els jutges ordinaris com el Tribunal Constitucional han de tenir en compte aquests tractats a l'hora d'interpretar i aplicar les disposicions constitucionals que protegeixen els drets i les llibertats. Això no vol dir que el Tribunal Constitucional tingui competència per a controlar que els actes dels poders públics espanyols (incloent-hi les lleis) respectin els tractats. La impugnació davant del Tribunal Constitucional d'una llei o un acte d'un poder públic només pot apel·lar als tractats com a font interpretativa de les disposicions constitucionals, que el Tribunal Constitucional està cridat a protegir¹⁰³.

⁽¹⁰³⁾Art. 96 CE.

Convenis internacionals de drets humans

L'article 10.2 de la Constitució obliga a interpretar les disposicions constitucionals de drets i llibertats d'acord amb els convenis internacionals en matèria de drets humans.
STC 64/1991.

La Convenció de Roma

Hem de fer una referència especial a la Convenció de Roma de 1950. Aquesta convenció, que va ser redactada en el si del Consell d'Europa, va ser ratificada per Espanya el 26 de setembre de 1979.

El contingut d'aquest Conveni ha estat modificat en virtut del Protocol número 11, d'11 de maig de 1994, ratificat per Espanya el 28 de novembre de 1996, i que ha entrat en vigor el dia 1 de novembre de 1998. Com veurem, la principal modificació introduïda per aquest Protocol és que suprimeix la Comissió Europea de Drets Humans i amplia les competències del Tribunal Europeu de Drets Humans.

Drets protegits per la Convenció de Roma

- Dret a la vida (art. 2).
- Dret a no ser torturat (art. 3).
- Dret a no ser sotmès a esclavatge, servitud o treballs forçats (art. 4).
- Dret a la llibertat i la seguretat (art. 5).
- Dret a la resolució equitativa de les causes per un tribunal independent i imparcial (art. 6).
- Dret al principi de legalitat penal (art. 7).
- Dret a la vida privada i familiar (art. 8).
- Dret a la llibertat de pensament, de consciència i de religió (art. 9).
- Dret a la llibertat d'expressió (art. 10).
- Dret a la llibertat de reunió, d'associació i de sindicació (art. 11).
- Dret a contraure matrimoni (art. 12).
- Tota persona a qui s'hagi violat algun d'aquests drets té dret a recorre-hi en contra davant d'una instància nacional (art. 13).
- El gaudiment d'aquests drets ha d'estar assegurat pels estats, sense discriminació (art. 14).

Exemple

Segons l'article 9, la llibertat de manifestació de creences religioses només es pot restringir quan sigui necessari "en una societat democràtica, per a la seguretat pública, la protecció de l'ordre, de la salut o de la moral públiques, o la protecció dels drets o les llibertats dels altres".

La Convenció preveu la possibilitat que alguns d'aquests drets siguin restringits. Però s'exigeix que les **restriccions** estiguin justificades en la necessitat de satisfer uns drets i uns interessos generals que la Convenció enumera en cada cas. També s'hi imposa l'exigència que les restriccions només siguin aplicades amb la finalitat per a la qual han estat previstes¹⁰⁴.

⁽¹⁰⁴⁾Art. 18.

És diferent de la restricció dels drets el **supòsit de les mesures derogatòries** previstes a l'article 15. En cas de guerra o altres perills públics que amenacin la vida de la nació, l'Estat:

Supòsit de les mesures derogatòries

Es tracta d'un supòsit similar al de la suspensió general de drets prevista a l'article 55.1 de la Constitució.

[...] podrà prendre mesures que deroguin les obligacions previstes en el present Conveni en la mesura estricta que ho exigeixi la situació.

Hi ha, però, una excepció i una càrrega:

a) L'**excepció** és que no es poden suspendre en cap cas els drets a la vida (exceptuant el cas de morts que resultin d'actes lícits de guerra), a no ser torturat, a no ser sotmès a esclavatge o servitud i al principi de legalitat penal¹⁰⁵.

⁽¹⁰⁵⁾ Article 15.2 de la Convenció.

b) La **càrrega** és que l'Estat ha de tenir plenament informat el secretari general del Consell d'Europa de les mesures preses, dels seus motius i de la data en què deixin d'estar en vigor¹⁰⁶.

⁽¹⁰⁶⁾ Article 15.3 de la Convenció.

La Convenció conté una clàusula important:

Cap de les disposicions del present Conveni no serà interpretada en el sentit de limitar o perjudicar aquells drets humans i llibertats fonamentals que podrien ser reconeguts de conformitat amb les lleis de qualsevol Altra Part Contractant o en qualsevol altre Conveni de què aquesta darrera sigui part.

Article 53.

En conseqüència, l'obertura de la Constitució espanyola a la Convenció de Roma no pot portar a interpretar d'una manera més restrictiva el catàleg de drets i llibertats que la mateixa Constitució protegeix¹⁰⁷.

⁽¹⁰⁷⁾ Per la via de l'article 10.2 de la CE.

Amb la finalitat d'assegurar que els Estats signataris del Conveni respectin les obligacions que en deriven, el Conveni estableix un Tribunal. Es tracta del Tribunal Europeu de Drets Humans, amb seu a Estrasburg.

Abans que entrés en vigor el Protocol 11, el Conveni establí una segona institució: la Comissió Europea de Drets Humans. Aquesta coneixia, en primera instància, de les denúncies i demandes per violació dels drets, i intentava obtenir de les parts involucrades una solució amistosa de la controvèrsia. En cas que aquest intent fracassés, la Comissió redactava un informe, que enviava al Comitè de Ministres del Consell d'Europa. El Tribunal només intervenia al final, si la Comissió o un dels Estats afectats hi acudia.

A partir del Protocol 11, el sistema de protecció és diferent. La Comissió desapareix, i el Tribunal passa a actuar des del primer moment. Per altra banda, l'individu que considera violat un dels seus drets pot acudir al Tribunal, cosa que no era possible abans, quan només ho podien fer els Estats o la Comissió.

Vegem, amb un cert detall, el sistema vigent:

El Tribunal es compon d'un nombre de jutges igual al dels Estats que han ratificat el Conveni. Cada Estat presenta una llista de tres candidats, i l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa n'escull un (article 22). La idea subjacent és que la composició d'aquest Tribunal internacional ha de reflectir la diversitat d'Estats.

Els jutges són elegits per un període de sis anys, però són reelegibles. S'estableix un sistema que tracta d'assegurar que cada tres anys es renovin la meitat dels jutges (article 23).

El Tribunal té una estructura interna bastant complexa. Es divideix en Comitès (de tres jutges), Sales (de set jutges) i una Gran Sala (de disset jutges). En general, són les Sales les que decideixen sobre l'admissió i sobre el fons de les demandes que es presenten. Ara bé, si l'assumpte presenta una qüestió greu relativa a la interpretació del Conveni (o dels seus protocols) o si la solució donada pogués ser contradictòria amb una sentència anterior del Tribunal, llavors la Sala es pot inhibir en favor de la Gran Sala. Hi ha, però, una excepció ja que: no es pot inhibir si una de les parts s'hi oposa (articles 29 i 30).

Hi ha dos tipus de demandes de les quals coneix el Tribunal:

- a) demandes que un Estat presenta contra un altre Estat, per incompliment del Conveni (article 33);
- b) demandes que presenta una persona física, organització no governamental o grup de particulars, que es consideri víctima d'una violació dels drets per part d'un Estat (article 34).

En cap cas es pot acudir al Tribunal si prèviament no s'han exhaurit totes les possibilitats processals internes. La demanda s'ha de presentar en el termini de sis mesos des de la data de la resolució interna definitiva (article 35).

Curiosament, el Tribunal (una vegada admesa la demanda) no passa directament a jutjar el cas. Intentarà una solució amistosa entre les parts. (Articles 38 i 39). Per tant, si abans de l'entrada en vigor del Protocol 11, la Comissió intentava la solució amistosa i, només en cas de fracàs, podia arribar l'assumpte al Tribunal, ara que s'ha suprimit la Comissió, és el propi Tribunal qui intenta la solució amistosa.

Si aquest intent no té èxit, el Tribunal continua el procediment i dicta sentència. Si declara que hi ha hagut violació del Conveni, i el Dret intern de l'Estat només permet de manera imperfecta reparar les conseqüències d'aquesta violació, el Tribunal concedirà a la part perjudicada, si s'escau, una "satisfacció equitativa" (article 41).

Hem vist que normalment són les Sales les que resolen els casos. Doncs bé, una vegada han dictat sentència, l'assumpte pot ser remès a la Gran Sala, en el termini de tres mesos. Es tracta d'una espècie de recurs, però previst només per a "casos excepcionals", en què es planteja una "qüestió greu relativa a la interpretació o aplicació del Conveni o protocols, o una qüestió greu de caràcter general" (article 43).

Totes les sentències han d'estar motivades, i poden incloure vots particulars (article 45).

Fins aquí, l'estructura i procediment del Tribunal. Un dels problemes més importants és el de l'execució de les sentències. L'article 46 estableix que els Estats "es comprometen a acatar les sentències definitives del Tribunal", sentències que són trameses al Comitè de Ministres, que "vetllarà per la seva execució". Ara bé, què passa quan la resolució estatal que va causar la violació és una decisió judicial que ha adquirit valor de cosa jutjada? Es pot revisar aquesta decisió si el Tribunal Europeu considera que l'Estat ha violat el Conveni?

En l'anomenat *cas Bultó*, el Tribunal Constitucional espanyol es va haver de pronunciar sobre aquest problema (STC 245/1991). Vegem-ho:

El cas Bultó

En síntesi, els fets que van donar lloc a la sentència del Tribunal Constitucional van ser els següents:

- El 1982, l'Audiència Nacional va condemnar unes persones a la pena de presó per l'assassinat de l'industrial català Sr. Bultó.
- El Tribunal Suprem confirmà la sentència.
- Els condemnats van interposar recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional, que el va inadmetre el 1983.
- Llavors, esgotats els recursos interns, els condemnats van interposar una demanda contra l'Estat espanyol davant de la Comissió Europea dels Drets de l'Home, que va traslladar el cas al TEDH.
- En una sentència de 6 de desembre de 1988, aquest tribunal va declarar que l'Estat espanyol havia violat el dret de l'article 6.1 de la Convenció¹⁰⁸.
- Quant a l'article 50 de la Convenció, el TEDH en va reservar l'aplicació per a un moment posterior, en el cas que no s'arribés a un acord entre els demandants i l'Estat espanyol.
- Amb aquesta sentència a la mà, els demandants van acudir a l'Audiència Nacional i van sol·licitar la nul·litat de la sentència de la mateixa Audiència Nacional que els va condemnar el 1982.
- Per una resolució de 1989, l'Audiència va entendre que el tribunal competent per a resoldre la petició era el Tribunal Suprem –per analogia amb el que va passar amb el recurs de revisió de l'article 954 de la Llei d'enjudiciament criminal (LECr)–, però va decidir suspendre l'execució de la condemna.
- El Tribunal Suprem, en una sentència de 1990, va declarar que aquesta resolució de l'Audiència no era correcta. L'argument va ser que les sentències del TEDH només tenien naturalesa declarativa, no podien anul·lar una sentència judicial espanyola. Una sentència judicial espanyola només podria ser anul·lada segons els recursos previstos a les lleis processals espanyoles, però, com que la sentència condemnatòria de l'Audiència de 1982 era ferma, ja no era possible interposar-hi cap recurs.
- En conseqüència, l'única solució era l'indult o una indemnització¹⁰⁹.
- Contra aquesta sentència del Tribunal Suprem es va interposar recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional, que el va estimar a la Sentència 245/1991.
- El Tribunal Constitucional va donar la raó al Tribunal Suprem quan va dir que la sentència del TEDH no tenia cap efecte anul·lador respecte a les decisions judicials internes.



L'industrial català Josep M. Bultó fou assassinat el 9 de maig de 1977.

⁽¹⁰⁸⁾Dret a un judici públic i equitatiu davant d'un tribunal independent i imparcial.

⁽¹⁰⁹⁾A fixar pel TEDH en aplicació de l'article 50 de la Convenció.

⁽¹¹⁰⁾El de l'article 6.1 de la Convenció.

⁽¹¹¹⁾Art. 24.2 i 17.1 CE.

⁽¹¹²⁾Aquest article impedeix a un tribunal ordinari anul·lar les actuacions una vegada dictada sentència definitiva, que només es podrà anul·lar posteriorment per la via dels recursos previstos a les lleis.

Ara bé, el Tribunal Constitucional va considerar que, si el TEDH havia declarat que Espanya havia violat un dret¹¹⁰, que també està reconegut a la Constitució espanyola¹¹¹, llavors el fet que la condemna penal dels recurrents se seguís complint constituïa un manteniment de la violació d'un dret fonamental.

No era suficient recórrer a la indemnització prevista en la Convenció, ja que hi anava la llibertat personal dels afectats; s'havia d'anul·lar, per tant, la sentència que hagués originat la violació del dret.

Segons el Tribunal Constitucional, si bé el Tribunal Suprem estava limitat per allò que disposa l'article 240¹¹² de la Llei orgànica del Poder Judicial, aquesta limitació no operava envers el Tribunal Constitucional, ja que l'article 55.1 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional permet a aquest tribunal anul·lar sentències fermes.

- Per tot això, el Tribunal Constitucional va decidir anul·lar la sentència del Tribunal Suprem impugnada, com també les sentències de 1982 de l'Audiència Nacional i del Tribunal Suprem que van condemnar els recurrents per l'assassinat del Sr. Bultó. El Tribunal Constitucional va exigir que les actuacions judicials retrocedissin al moment de la celebració del judici, per tal que aquest es dugués a terme una altra vegada.

El cas Bultó, doncs, va ser certament complex. Prova d'això és que la sentència del Tribunal Constitucional va provocar dos vots particulars:

a) Un és el del magistrat **Vicente Gimeno Sendra**, que va considerar el següent:

- Que el Tribunal Constitucional no podia formular cap retret al criteri de la sentència del Tribunal Suprem (com, de fet, admetia el mateix Tribunal Constitucional).
- Per la seva banda, el Tribunal Constitucional no podia procedir a anul·lar una sentència ferma, perquè ho impedeix l'article 240 de la LOPJ. A través del recurs d'empara, el Tribunal Constitucional no podia rescindir l'efecte de cosa jutjada d'una sentència judicial que ja era ferma.
- A més, si el Tribunal Constitucional volia anul·lar les sentències, llavors també havia d'anul·lar la seva pròpia resolució de 1983, que va inadmetre el recurs d'empara contra les sentències penals condemnatòries.
- Finalment, el magistrat va considerar que tornar a obrir el judici oral per a jutjar uns fets que van tenir lloc el 1977 encara creava més indefensió que l'indult o les mesures indemnitzadores previstes a la Convenció.

b) En un sentit oposat, el magistrat **Jesús Leguina Villa** va considerar que el Tribunal Constitucional havia decidit correctament en anul·lar la sentència del Tribunal Suprem, ja que aquesta sentència hauria d'haver anul·lat les actuacions judicials que van donar lloc a la sentència condemnatòria de l'Audiència Nacional de 1982.

Segons aquest magistrat, l'article 240 de la LOPJ s'ha d'interpretar en el sentit que conté una excepció implícita que permet que s'anul·lin les actuacions judicials quan el TEDH hagi declarat que s'ha violat un dret de la Convenció.

Lectura recomanada

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).

El recurs d'empara manté, així, el seu caràcter subsidiari: si els jutges ordinaris no apliquen aquesta excepció implícita, llavors no respecten el dret a la tutela judicial efectiva i s'obre la porta del recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional.

S'ha de tenir en compte que l'Estat espanyol també ha estat condemnat pel TEDH en altres casos. Destaquem, per exemple, el cas **Ruiz-Mateos**¹¹³ contra Espanya.

(113) Sentència de 23 de juny de 1993.

El cas Ruiz-Mateos és important perquè va tornar a plantejar el problema de l'execució de sentències del TEDH. En aquell cas, el TEDH va estimar que el dret de Ruiz-Mateos a ser escoltat va ser vulnerat quan no es va permetre –en aplicació de la LOTC– que comparegués com a part en el procés constitucional contra el decret llei i la llei en virtut dels quals es va procedir a expropiar-li les accions de Rumasa.

Una vegada obtinguda la sentència del TEDH, Ruiz-Mateos (i altres persones) van interposar recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional contra les sentències del mateix Tribunal Constitucional¹¹⁴ que van declarar constitucionals les normes d'expropiació mencionades. Al·leguen en favor seu la doctrina de l'STC 245/1991 sobre el cas Bultó, que acabem d'analitzar.

(114) STC 11/1983, 166/1986 6/1991.

El Tribunal Constitucional va inadmetre el recurs d'empara, tot argumentant que el cas era diferent de l'anterior:

a) En aquell cas es decidia sobre unes penes privatives de llibertat que encara estaven en curs d'execució, cosa que no passa en el cas actual.

b) En aquell cas s'interposava un recurs d'empara contra una sentència del Tribunal Suprem, mentre que aquí el recurs s'interposa directament contra una sentència del Tribunal Constitucional, la qual cosa no és possible¹¹⁵.

(115) Ja que el valor de cosa jutjada de les sentències del Tribunal Constitucional li impedeix de revisar-les.

Finalment, s'ha de tenir en compte que el **valor de les sentències del TEDH** va més enllà de les obligacions que puguin imposar als estats condemnats. El conjunt de sentències generen una jurisprudència que interpreta i aplica la Convenció i que, segons el Tribunal Constitucional, s'ha de tenir en compte¹¹⁶ per a interpretar i aplicar les clàusules de drets i llibertats¹¹⁷ de la Constitució espanyola.

(116) Art. 10.2 CE.

(117) STC 114/1984.

5.2. El Defensor del Poble

Fins ara hem vist les principals garanties jurisdiccionals de què estan dotats els drets fonamentals. Ara hem de fer referència a un mecanisme de protecció que no està encomanat a cap òrgan jurisdiccional: la protecció que s'atribueix al Defensor del Poble.

El Defensor del Poble és una institució prevista a la Constitució, que estableix el següent:

Una llei orgànica regularà la institució del Defensor del Poble, com a alt comissionat de les Corts Generals, designat per aquestes per a defensar els drets compresos en aquest Títol; a aquest efecte podrà supervisar l'activitat de l'Administració, i donar-ne compte a les Corts Generals.

Article 54 CE.

La llei orgànica a què remet aquest article és la Llei orgànica 3/1981, del Defensor del Poble.

La **tasca principal del Defensor del Poble** és vetllar perquè els drets fonamentals siguin respectats per l'Administració. Per tal de garantir la seva independència envers l'Administració, la qual ha de vigilar, se'l configura com a alt comissionat de les Corts Generals, elegit per aquestes, per majoria qualificada¹¹⁸, i per a un període de cinc anys. Les causes de cessament en el càrrec estan fixades per la llei i configurades de manera que el Defensor del Poble gaudeixi d'una autonomia funcional efectiva. Les Corts Generals, doncs, no poden fer cessar discrecionalment el Defensor del Poble.

Com a comissionat de les Corts Generals, el Defensor del Poble s'ha de relacionar amb les cambres per tal d'informar els diputats i els senadors. Per aquesta raó, la llei orgànica 3/1981 preveu la creació d'una **comissió mixta Congrés-Senat** encarregada de relacionar-se amb el Defensor del Poble.

Entre les **atribucions del Defensor del Poble**, hem de destacar les següents:

1) Pot interposar **recurs d'inconstitucionalitat** contra lleis o normes amb rang de llei¹¹⁹ davant del Tribunal Constitucional. Segons aquest, la legitimació activa no està restringida a protegir els drets fonamentals¹²⁰.

2) Pot interposar **recurs d'empara** davant del Tribunal Constitucional contra un acte del poder públic que consideri lesiu d'un dret fonamental emparable¹²¹.

Lectura recomanada

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

El Defensor del Poble

Es tracta d'una institució que s'inspira en la figura que en els països escandinaus es coneix com a *Ombudsman*.

⁽¹¹⁸⁾Vegeu art. 2 LO 3/1981.



Joaquín Ruiz-Giménez, primer Defensor del Poble.

⁽¹¹⁹⁾Art. 162.1.a CE.

⁽¹²⁰⁾STC 150/1990.

⁽¹²¹⁾Art. 162.1.b CE.

3) Pot iniciar i prosseguir, d'ofici o a instància de part, qualsevol **investigació** per tal d'esbrinar els actes o les resolucions de l'Administració pública i els seus agents en relació amb la ciutadania, a fi de vigilar el respecte als principis constitucionals que regeixen l'actuació administrativa¹²² i els drets i les llibertats del títol I de la Constitució.

(122) Art. 103.1 CE.

Es pot dirigir al Defensor del Poble tota persona natural o jurídica que invoqui un interès legítim, sense restriccions, com també els diputats i els senadors, les comissions d'investigació i la comissió mixta Congrés-Senat de relacions amb el Defensor del Poble.

Les actuacions del Defensor del Poble són gratuïtes per a l'interessat, i l'assistència de lletrat o de procurador no és preceptiva.

Quan un interessat presenta una **queixa davant del Defensor del Poble**, aquest la pot tramitar o rebutjar:

a) Si la rebutja, ho farà d'una manera motivada i podrà informar l'interessat de les vies més oportunes per a exercir la seva acció.

No podrà examinar d'una manera individual les queixes sobre les quals estigui pendent una resolució judicial. Tampoc no podrà investigar queixes referides a l'Administració de justícia, les quals haurà de remetre al Ministeri Fiscal.

La decisió del Defensor del Poble de rebutjar la tramitació de la queixa no és susceptible de ser recorreguda.

b) Si el Defensor decideix tramitar la queixa, promou l'oportuna investigació sumària i informal. Dóna compte del contingut substancial de la queixa a l'organisme administratiu que correspongui, per tal que el seu cap (en el termini de quinze dies) li remeti un informe escrit.

El Defensor (o els seus delegats) pot comparèixer en qualsevol centre administratiu per tal de comprovar dades, entrevistar-se personalment amb qui cregui convenient o estudiar els expedients i la documentació necessaris.

És important destacar que no es pot denegar al Defensor del Poble l'examen de cap document, fins i tot dels que estiguin declarats secrets d'acord amb la llei. L'única excepció es produeix quan és el Consell de Ministres el qui decideix denegar-l'hi. En aquest cas, si el Defensor del Poble creu que el document que se li denega pot afectar d'una manera decisiva la bona marxa de la seva investigació, ho ha de posar en coneixement de la comissió mixta Congrés-Senat.

El Defensor no té competència per a modificar o anul·lar els actes i les resolucions de l'Administració pública, però pot suggerir la modificació dels criteris utilitzats per a produir-los, l'adopció de noves mesures, com també formular advertiments, recomanacions i recordatoris als funcionaris sobre els seus deures legals. El resultat de les investigacions es notifica als interessats.

4) Finalment, el Defensor del Poble ha de **retre comptes cada any a les Corts Generals** de la gestió que ha efectuat:

a) Amb aquesta finalitat, ha de presentar un **informe** en què expliqui el nombre i la mena de queixes que ha rebut, les que ha rebutjat, les que ha tramitat i els resultats de les seves investigacions. A l'informe no poden constar les dades personals que permetin identificar públicament els interessats en el procediment investigador. Un resum d'aquest informe és exposat oralment pel Defensor del Poble en els plens de les dues cambres, amb la possibilitat que hi intervinguin els grups parlamentaris per a fixar la seva posició.

b) Al costat d'aquest informe ordinari de caràcter anual, el Defensor també pot presentar **informes extraordinaris**, si la gravetat o la urgència dels fets ho aconsella.

S'ha de tenir en compte que hi ha **institucions similars a les comunitats autònomes** que tenen com a funció supervisar l'actuació de l'Administració de la respectiva comunitat.

Un problema que es planteja és la coordinació entre el Defensor del Poble i aquestes altres institucions d'àmbit autonòmic.

La Llei orgànica 3/1981 preveu que el Defensor del Poble pugui supervisar l'activitat de les comunitats autònomes, per a la qual cosa ha de coordinar la seva actuació amb la de les institucions autonòmiques similars, a les quals podrà sol·licitar la seva cooperació. En aquest sentit, la Llei 36/1985 especifica mecanismes de cooperació.

Magistratura de persuasió

El Defensor del Poble és, doncs, fonamentalment, una magistratura de persuasió.



Frederic Rahola, primer Síndic de Greuges, elegit el 1984.

El Síndic de Greuges

A Catalunya existeix el Síndic de Greuges, institució prevista en els articles 78 i 79 de l'Estatut d'autonomia del 2006. En l'Estatut de 1979, ja s'havia introduït aquesta figura que ha estat desenvolupada en la Llei 1/1984.

6. La suspensió de drets i llibertats

6.1. L'estat de dret i la suspensió de garanties

El reconeixement i les garanties dels drets i les llibertats de les persones són uns dels trets essencials de l'estat de dret. Tanmateix, la mateixa conservació per part d'un estat d'aquestes característiques exigeix, en ocasions excepcionals, limitar temporalment l'exercici dels drets.

La regulació jurídica d'aquesta limitació configura el **dret d'excepció**, que és, conjuntament amb la justícia constitucional i el procediment de reforma de la norma suprema, un mecanisme de defensa de la Constitució.

El dret d'excepció apareix com la resposta que l'ordenament constitucional ofereix davant de les situacions de crisi, és dir, quan la seguretat interior o exterior de l'Estat es posa en perill de manera que les institucions polítiques no hi poden fer front amb els instruments ordinaris i permanents que el dret els proporciona. En aquest sentit, la característica bàsica d'una situació de crisi és que la capacitat normativa de la Constitució es veu superada pels fets.

Davant de circumstàncies d'aquesta mena, la Constitució de l'Estat pot no preveure cap resposta jurídicament institucionalitzada o, per contra, sí que pot fer-ho, mitjançant un conjunt d'institucions jurídiques singulars que constitueixen el dret d'excepció:

1) En el primer cas, és a dir, quan no hi ha un dret d'excepció, l'antiga Constitució belga de 1831 va ser en el seu moment un bon exemple quan va establir una fórmula paradigmàtica sobre aquest tema:

La Constitution ne peut pas être suspendue en tout ni en partie¹²³.

La manca de regulació sobre les situacions d'excepció, és a dir, l'existència d'una llacuna jurídica, permetia als poders públics prendre mesures que, de fet, suposaven vulnerar l'ordenament constitucional.

Com ha assenyalat Cruz Villalón, el caràcter imprevist de les situacions que han donat lloc a les mesures excepcionals tendeix a considerar el comportament dels governants com una actuació jurídica fonamentada en un dret positiu, no escrit, derivat del mandat *salus publica, suprema lex*.

Lectura recomanada

Per a aprofundir en el coneixement de la suspensió de garanties en l'estat d'excepció, vegeu:

P. Cruz Villalón (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.

⁽¹²³⁾ 'La Constitució no es pot suspendre ni en part ni totalment.'

Exemple

Per exemple, mitjançant una llei d'exempció de responsabilitats la representació nacional del Parlament podia eximir els governants de qualsevol responsabilitat jurídica quan circumstàncies determinades els havien obligat a vulnerar l'ordenament.

2) El segon supòsit es produeix quan la Constitució preveu explícitament un dret d'excepció. Així mateix, dins dels ordenaments que estableixen mesures de defensa de la Constitució podem distingir dos models bàsics:

a) L'**estat excepcional** és aquell model de dret d'excepció basat en el manteniment de l'ordre constitucional, fins i tot en situacions de crisi, però prevenint específicament una sèrie de competències extraordinàries previstes que suposen suspendre alguns preceptes de la Constitució que regulen l'estatut de llibertat de la persona (estat d'excepció), com també les competències d'alguns òrgans en favor d'altres òrgans de l'Estat (estat de setge).

b) La **dictadura constitucional** és un institut del dret d'excepció que, com a conseqüència d'una situació d'emergència descrita genèricament a la Constitució, permet al Poder Executiu¹²⁴ assumir poders d'una manera concentrada. Segons aquesta segona modalitat, en principi, no hi ha cap part del text de la Constitució que no quedi afectada per la suspensió de la seva vigència.

La **Llei fonamental de Bonn** de 1949 presenta un altre model de dret d'excepció, que constitueix una forma derivada dels dos supòsits descrits i que, en general, suposa suspendre parcialment la Constitució però en condicions institucionals determinades, que tendeixen a preservar els poders principals del Parlament i assegurar el respecte a la legislació vigent dels poders públics i els agents al seu servei, mitjançant l'exigència de responsabilitat jurídica.

El fet que la Constitució de l'Estat democràtic opti per preveure el dret d'excepció com a resposta a les situacions de crisi ofereix, sens dubte, més elements de **seguretat jurídica i política** que l'opció contrària. El dret d'excepció col·labora a mantenir l'eficàcia formal de la Constitució com a norma suprema i evita la situació enutjosa i imprevisible d'imposar mesures de fet sense límits o sense cap factor condicionant.

Ara bé, tampoc no es poden sublimar les garanties que deriven de la regulació específica de les normes excepcionals; el repte és afrontar i superar amb èxit l'impacte de les forces de fet que poden operar a la societat en un moment determinat. Més concretament, res no impedeix que aquestes últimes puguin superar les previsions constitucionals, però, en aquest cas, la situació creada –el cop d'estat– quedaria al marge de la Constitució. La situació seria **aconstitucional**.

És important posar en relleu que la nova situació que sorgeix d'aplicar les previsions normatives del dret d'excepció no pot suposar una ruptura de l'estat de dret. Si s'efectua amb els controls polítics i jurídics oportuns, es pot assumir el

Lectura recomanada

Per a ampliar el coneixement de l'estat excepcional, vegeu:

M. Carrillo (1982). *Sistema de garantías y suspensión de los derechos y libertades en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Signo.

⁽¹²⁴⁾Normalment el president de la República.

Exemple

Un bon exemple de la dictadura constitucional l'ofereix l'article 16 de la Constitució de 1958 de la Cinquena República Francesa.

raonament de Pérez Serrano, que considerava que davant d'una eventualitat de crisi la conseqüència d'aplicar les mesures excepcionals previstes no és una ruptura de l'estat de dret, sinó, ben al contrari, la seva reafirmació.

Seguint aquest autor espanyol, cal recordar el següent:

"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, pàg. 418).

El problema, sens dubte, es troba no solament en el fet d'aconseguir aquest equilibri difícil, sinó també en el fet que l'Estat pugui suportar, amb aquests instruments excepcionals, les pressions dels poders fàctics que dificultin el retorn efectiu a l'exercici normal dels drets i les llibertats.

La Constitució espanyola, en el seu article 55, estableix els principis del seu dret d'excepció¹²⁵:

⁽¹²⁵⁾Títol I, capítol cinquè, art. 55 i títol V, art. 116 CE.

1) D'una banda, preveu una modalitat tradicional de dret d'excepció que suposa suspendre alguns drets i llibertats amb caràcter general.

2) D'una altra, preveu la singularitat –de clara inspiració alemanya– de la suspensió individual de tres drets fonamentals específics, amb referència concreta a persones vinculades a bandes armades o grups terroristes.

6.2. La suspensió general: els estats excepcionals

La regulació del règim jurídic del dret d'excepció es troba a la Llei orgànica 4/1981, d'1 de juny, dels estats d'alarma, excepció i setge (LEE).

6.2.1. Els antecedents

A Espanya no hi ha hagut tradició constitucional sobre el dret d'excepció. La seva regulació ha estat reservada a la legislació ordinària. La LEE ofereix la novetat que el seu contingut està predeterminat per una norma suprema, la Constitució, però certament no ha estat l'única llei que en la història de l'Espanya contemporània ha regulat els instruments de protecció de l'Estat en períodes de crisi. Així, cal esmentar les lleis següents:

- 1) La Llei d'ordre públic, de 1870, durant el sexenni revolucionari.
- 2) La Llei d'ordre públic, de 28 de juliol de 1933, durant la Segona República.
- 3) La Llei de defensa de la República, de 1931.
- 4) Finalment, la Llei de 30 de juliol de 1959, durant la dictadura franquista.

La LEE va ser tramitada d'una manera ràpida immediatament després del fracàs del cop d'estat del 23 de febrer de 1981. L'impacte d'aquest fet a la vida política va ser considerable, i la resposta jurídica del poder públic a futures amenaces a la forma democràtica de govern es va traduir en els fets següents:

- a) En la promulgació de la Llei orgànica 2/1981, de 4 de maig, més coneguda com la Llei de defensa de la Constitució, que va modificar i addicionar determinats articles del Codi penal i del Codi de justícia militar.
- b) La regulació, mitjançant la LEE, del dret d'excepció previst a la Constitució que ara s'analitza.

6.2.2. Les disposicions comunes als tres estats excepcionals

1) En primer lloc, la **declaració de qualsevol dels estats excepcionals** ha d'estar fonamentada en la concurrència de circumstàncies extraordinàries que facin impossible mantenir la normalitat pels poders ordinaris de les autoritats competents.

2) El seu **contingut** ha de ser proporcional a les circumstàncies causants i no pot interrompre el funcionament normal dels poders constitucionals de l'Estat. Això significa que cal adequar els poders públics a les normes vigents, sense que la declaració d'un estat excepcional impliqui la hibernació transitòria del règim democràtic.

La mateixa Constitució introdueix garanties per a assegurar el funcionament regular de les institucions representatives: el Congrés –i, lògicament, també el Senat– no pot ser dissolt mentre sigui declarat qualsevol dels tres estats excepcionals, i, a més, les cambres quedaran automàticament convocades, si no ho estan, en període de sessions.

3) Els **requisits procedimentals** estableixen el següent:

- La declaració ha de ser publicada d'una manera immediata al BOE.
- Ha de ser difosa obligatòriament per tots els mitjans de comunicació públics i els privats que es determinin.

El mateix criteri opera per a les disposicions que l'autoritat competent dicti durant la vigència de cadascun dels estats.

4) Pel que fa al **control de l'Administració pública**, amb la finalitat de protegir els drets de la persona s'estableix que tots els seus actes i disposicions seran susceptibles d'impugnació per via jurisdiccional, d'acord amb el principi general de control definit per la Constitució a l'article 106.1.

Finalment, es reconeix un dret d'indemnització a causa de danys o perjudicis per a la persona que d'una manera no imputable a ella mateixa els pateixi directament.

6.2.3. L'estat d'alarma

1) L'element objectiu de l'estat d'alarma

La voluntat del legislador constituent sobre el sentit de la declaració de l'estat d'alarma va ser que fos procedent declarar aquest estat excepcional com a conseqüència de desastres naturals o fets similars, però mai a causa de conflictes socials.

Des d'aquesta perspectiva, l'article 4 de la LEE estableix un nombre taxat de **supòsits** que permeten declarar l'estat d'alarma i que, com a tal, no permeten que, per analogia, es pugui aplicar a altres casos. Aquests supòsits són els següents:

- a) Les catàstrofes, calamitats o desastres públiques, com terratrèmols, aiguats, incendis urbans i forestals, o accidents de gran magnitud.
- b) Les crisis sanitàries, com epidèmies i situacions de contaminació greus.
- c) La paralització de serveis públics essencials per a la comunitat, en l'exercici del dret de vaga o en l'adopció de mesures de conflicte col·lectiu, quan no es garanteixin els serveis essencials i sempre que concorri alguna de les circumstàncies restants contingudes a l'article 4 de la LEE.
- d) Les situacions de manca de proveïment de productes de primera necessitat.

Probablement, dels quatre grups de supòsits regulats per la llei, el tercer presenta especial interès en la mesura que, en establir requisit de concurrència "d'alguna de la resta de circumstàncies o situacions [...]", evita que aquesta llei restringeixi el contingut del dret de vaga. No s'ha d'oblidar que la declaració de l'estat d'alarma no suposa cap suspensió de drets i llibertats.

2) L'element subjectiu de l'estat d'alarma

L'estat d'alarma és declarat pel Govern mitjançant decret per a un termini de quinze dies. D'una manera immediata, el Govern n'ha de donar compte al Congrés dels Diputats; únicament es pot prorrogar el termini inicial, si escau, amb l'autorització de la Cambra Baixa.

La intervenció dels òrgans executius de les comunitats autònomes és pràcticament nul·la. En la declaració de l'estat d'alarma no són consultats prèviament pel Govern de l'Estat, tot i que els efectes es projectin sobre el seu territori. En aquest sentit, la LEE obvia la descentralització política que estableix la Constitució, ja que únicament reconeix la possibilitat que el president autonòmic sol·liciti al Govern la declaració de l'estat d'alarma a l'article 5; però no està prevista, per exemple, la consulta prèvia per a conèixer l'opinió del representant màxim de la comunitat autònoma quan el Govern decideixi declarar-lo en tot el seu territori o en una part.

Quan la LEE es refereix a l'**autoritat competent**, s'entén que aquesta és el Govern de l'Estat o, per delegació d'aquest, el president de la comunitat autònoma, sempre que la declaració afecti exclusivament tot el territori d'una comunitat o una part.

3) L'element formal de l'estat d'alarma

La declaració es porta a terme mitjançant un **decret del Consell de Ministres**, el contingut del qual ha d'expressar:

- l'àmbit territorial,
- la durada,
- els efectes.

Així mateix, el Govern ha de donar compte al Congrés dels Diputats tant de la declaració pròpiament dita com dels decrets que dicti durant la vigència de l'estat d'alarma.

4) Els efectes de l'estat d'alarma

Amb caràcter general, la declaració de l'estat d'alarma pot permetre acordar les **mesures** següents:

- a) Limitar la circulació permanent de persones o vehicles en hores i llocs determinats, o condicionar-la a complir determinats requisits.
- b) Practicar requisos temporals de tota mena de béns o imposar prestacions personals obligatòries.
- c) Intervenir i ocupar transitòriament indústries, fàbriques, tallers, explotacions o locals de qualsevol naturalesa, a excepció dels domicilis privats.
- d) Limitar o racionar l'ús de serveis o el consum d'articles de primera necessitat.

e) Impartir les ordres necessàries per a assegurar el proveïment dels mercats i el funcionament dels serveis i centres de producció en situació de manca de proveïment.

En els dos primers supòsits esmentats abans, l'autoritat competent pot adoptar les mesures establertes contra les malalties infeccioses i la protecció del medi ambient, en matèria d'aigües i incendis forestals. En el tercer i el quart supòsits pot acordar intervenir empreses o serveis, com també mobilitzar-ne el personal amb l'objectiu de assegurar-ne el funcionament.

En relació amb les autoritats civils de l'Administració pública del territori afectat per la declaració, els integrants dels cossos de policia de les comunitats autònomes i de les corporacions locals, i la resta de funcionaris i treballadors al seu servei, queden sota les ordres directes de l'autoritat competent. I si aquesta autoritat és el president autonòmic, pot requerir la col·laboració dels cossos i les forces de seguretat de l'Estat, que actuaran sota la direcció dels seus caps naturals¹²⁶.

⁽¹²⁶⁾Art. 9 LEE.

L'**incompliment** o la resistència respecte a les ordres de l'autoritat competent per part dels funcionaris pot dur implícita la suspensió en l'exercici del càrrec, independentment d'altres responsabilitats que en poguessin derivar¹²⁷.

⁽¹²⁷⁾Art. 10 LEE.

6.2.4. L'estat d'excepció

1) L'element objectiu de l'estat d'excepció

Es tracta d'un supòsit que tipifica situacions que, per si mateixes, afecten directament l'estabilitat i la permanència del sistema democràtic.

D'acord amb l'article 13, la LEE decretarà l'**estat d'excepció** quan l'exercici lliure dels drets i les llibertats de la ciutadania, el funcionament normal de les institucions democràtiques, el funcionament dels serveis públics essencials per a la comunitat, o qualsevol altre aspecte de l'ordre públic, resultin tan greument alterats que les potestats ordinàries del Govern siguin insuficients per a restablir-lo i mantenir-lo.

2) L'element subjectiu de l'estat d'excepció

L'estat d'excepció es declara per un decret del Consell de Ministres, prèvia autorització del Congrés dels Diputats. El decret ha d'especificar els efectes, l'àmbit territorial i la durada de la mesura excepcional.

En relació amb aquest últim requisit, la Constitució diu que no pot excedir de trenta dies, prorrogables per un altre termini igual i amb els mateixos requisits formals que la declaració.

Cal deduir d'aquesta previsió constitucional, doncs, que la pròrroga pot ser més d'una, ja que en cas contrari es podria arribar a situacions il·lògiques. Penseu, per exemple, en el cas probable que, després de la primera pròrroga¹²⁸, el període transcorregut no hagi estat suficient per a normalitzar una situació conflictiva determinada, però, tanmateix, sí que hagi servit per a minvar els efectes de la crisi política; en aquesta conjuntura sembla més raonable concedir una nova pròrroga de l'estat d'excepció que deixar d'aplicar les mesures excepcionals o passar al grau superior, la declaració de l'estat de setge.

(128) És a dir, després de dos mesos.

La **participació dels òrgans autonòmics** és aquí, un cop més, molt reduïda. De fet, quasi nul·la, perquè la LEE únicament preveu que, quan la declaració de l'estat d'excepció afecti tot el territori d'una comunitat autònoma o una part, l'autoritat governativa competent pugui coordinar l'exercici de les seves competències amb el Govern de la comunitat esmentada.

3) L'element formal de l'estat d'excepció

Ja s'ha dit que aquesta modalitat d'estat excepcional es declara mitjançant un decret del Consell de Ministres, autoritzat prèviament pel Congrés dels Diputats. La sol·licitud d'autorització ha de contenir, preceptivament, les precisions següents:

- a) La **determinació dels efectes** de l'estat d'excepció, fent esment d'una manera expressa dels drets que es volen suspendre.
- b) La **relació de les mesures** a adoptar referides als drets dels quals se sol·licita la suspensió.
- c) L'**àmbit territorial** i la **durada**, que no podrà excedir de trenta dies, deixant de banda, naturalment, les pròrrogues¹²⁹ que es puguin produir.
- d) La **quantia màxima de les sancions pecuniàries** que l'autoritat governativa està disposada a imposar¹³⁰.

(129) Requereixen en tots els casos la corresponent autorització del Congrés cada vegada que es produeixin.

(130) Art. 13.2 LEE.

Un cop presentada la sol·licitud, el Congrés la debat i, com a resultat de la sessió parlamentària, la pot aprovar en els mateixos termes previstos a la sol·licitud del Govern o bé, per contra, introduir-hi modificacions¹³¹. És evident, doncs, que les Corts tenen capacitat decisòria sobre el contingut de la declaració de l'estat d'excepció, que formalment correspon al Govern.

(131) Art. 13.1 LEE.

Si durant la **vigència de l'estat d'excepció** el Govern considera convenient adoptar mesures diferents de les que inicialment estaven previstes al decret, haurà de sol·licitar al Congrés l'autorització necessària per a modificar-lo. Caldrà, doncs, que es repeteixi el procediment¹³² descrit fins ara: sol·licitud d'autorització, debat parlamentari i nou decret que reculli el resultat de la sessió parlamentària.

(132) Art. 15.2 LEE.

El Govern, també –òbviament– per decret acordat en Consell de Ministres, pot posar fi a l'estat d'excepció abans que finalitzi el període per al qual va ser declarat, de la qual cosa ha de donar compte¹³³ al Congrés dels Diputats.

(133) Art. 15.2 LEE.

4) Els efectes de l'estat d'excepció

A diferència de l'estat d'alarma, en aquest supòsit d'excepcionalitat l'efecte de la seva vigència comporta suspendre una part dels drets fonamentals reconeguts a la Constitució.

Vegem quins són aquests drets fonamentals:

a) La **llibertat personal**¹³⁴. L'autoritat governativa pot detenir qualsevol persona si ho considera necessari per a conservar l'ordre, sempre que, si més no, tingui sospites raonables que la persona esmentada pugui alterar l'ordre públic. Amb aquesta finalitat s'estableix un període màxim de detenció governativa de deu dies i l'obligació de comunicar aquesta decisió al jutge competent en un termini de vint-i-quatre hores.

(134) Art. 16 LEE.

Per tant, és evident que la **intervenció judicial** és a posteriori i no suposa un acte de control que pugui anul·lar la decisió governativa; es tracta que el jutge quedi assabentat de la situació de detenció que afecta la persona.

b) La **inviolabilitat del domicili**¹³⁵. Aquest dret fonamental pot ser suspès per l'autoritat governativa si ho considera necessari per a esclarir els fets presumptament delictius o per a mantenir l'ordre públic. L'assistència dels veïns requerits per a presenciar el registre és obligatòria, i s'ha d'informar immediatament el jutge de les causes, els resultats i l'acte del registre.

(135) Art. 17 LEE.

c) La **inviolabilitat de les comunicacions**¹³⁶. La decisió d'intervenir també correspon a l'autoritat governativa, que ho haurà de comunicar per escrit motivat al jutge competent. També pot intervenir i controlar tota mena de transports i la càrrega¹³⁷ que portin.

(136) Art. 18 LEE.

(137) Art. 19 LEE.

d) La **llibertat de residència i de circulació**¹³⁸. Quan el Congrés dels Diputats autoritza la suspensió per part del Govern d'aquestes dues llibertats, aquest pot prohibir la circulació de persones i vehicles a les hores i els llocs que determini;

(138) Art. 20 LEE.

també pot delimitar les zones de protecció o seguretat i dictar-hi les condicions de permanència, i pot exigir a persones determinades que comuniquin amb una antelació de dos dies tota mena de desplaçaments fora de la localitat en què tinguin la seva residència habitual, etc.

e) La **llibertat d'expressió**¹³⁹. La suspensió de la llibertat d'expressió i del dret a la informació implica que es poden suspendre tota mena de publicacions, emissions de ràdio i televisió, projeccions cinematogràfiques i representacions teatrals. Igualment es pot ordenar el segrest administratiu de publicacions, però es manté la prohibició de la censura prèvia.

(139) Art. 21 LEE.

f) El **dret de reunió**¹⁴⁰. La suspensió del dret de reunió faculta l'autoritat governativa per a prohibir la celebració de reunions i manifestacions o sotmetre-la a la seva autorització prèvia, i també per a dissoldre-les.

(140) Art. 22 LEE.

Obviament, queden excloses d'aquesta regulació les reunions orgàniques dels partits polítics, sindicats i associacions empresarials.

g) El **dret de vaga**¹⁴¹. Aquest dret pot ser suspès, i també el dret a adoptar mesures de conflicte col·lectiu per part d'empresaris i treballadors.

(141) Art. 23 LEE.

Així mateix, l'aplicació d'aquesta situació d'excepció també comporta els efectes següents:

- La possibilitat de prendre mesures de control periòdic sobre els estrangers¹⁴².
- Confiscar¹⁴³ tota mena d'armes, municions o substàncies explosives.
- Intervenir indústries o comerços que puguin alterar l'ordre públic.
- Tancar provisionalment¹⁴⁴ les sales d'espectacles, els establiments de begudes i els locals de característiques similars.
- Ordenar mesures de vigilància i protecció d'edificacions, instal·lacions, serveis públics, etc.

(142) Art. 24 LEE.

(143) Art. 25 LEE.

(144) Art. 26 LEE.

Si durant la vigència de l'estat d'excepció el jutge estima que una persona està implicada en fets contraris a l'ordre públic que puguin ser constitutius de delictes, un cop escoltat el Ministeri Fiscal decretarà la **presó provisional** del presumpte responsable i la mantindrà segons el seu arbitri durant l'estat d'excepció.

D'altra banda, els condemnats mitjançant aquests procediments queden **exclusos dels beneficis de la remissió condicional de la pena** durant la vigència d'aquesta situació excepcional¹⁴⁵.

(145) Art. 30 LEE.

Sobre aquest últim supòsit, cal subratllar el **caràcter imperatiu** que la LEE té respecte a la decisió del jutge; es tracta d'una previsió legal que probablement en limita la independència en obligar-lo a pronunciar-se en un sentit determinat.

6.2.5. L'estat de setge

A **Espanya** l'estat de setge que descriu la LEE es pot assimilar en una part del seu contingut a l'estat de guerra que tipificaven les lleis d'ordre públic de 1933 i 1959. Tanmateix, l'estat de setge no comporta necessàriament la cristallització prèvia d'un conflicte armat.

D'acord amb la Constitució, la **declaració de la guerra** correspon al rei, prèvia autorització de les Corts Generals¹⁴⁶, que difícilment es pot fer sense una iniciativa del Govern en el mateix sentit, ja que és a qui està atribuïda la funció de dirigir l'Administració militar i la defensa de l'Estat¹⁴⁷.

(146) Art. 63.2 CE.

(147) Art. 97 CE.

L'estat de setge pot ser equiparat, com deia Pérez Serrano, a una mena d'estat de guerra fictici o polític, a diferència de l'autèntic estat de guerra en cas de conflicte armat. Quines conseqüències té proclamar-lo? Pot derivar en una dictadura constitucional? Desapareix el poder civil?

García Pelayo l'ha conceptuat de la manera següent:

"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 reforzamiento del poder ejecutivo consistente en 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, pàg. 166).

D'aquesta citació cal remarcar quatre **aspectes fonamentals** que defineixen l'estat de setge:

- 1) Es tracta d'una institució jurídica prevista i, per tant, no creada per un acte de força.
- 2) Suposa enfortir el poder atribuït de l'Executiu.
- 3) Així mateix, comporta més protagonisme institucional de l'autoritat militar, que assumeix determinades competències d'una manera extraordinària.
- 4) El seu objecte és restablir la legalitat amenaçada.

El mateix autor considera que es tracta d'una situació sotmesa al dret no solament pel que fa a la regulació dels pressupòsits que l'habiliten, sinó també en relació amb el contingut, ja que no es concedeixen poders il·limitats ni sobirans sinó que aquests tenen un límit fixat per la llei i estan sotmesos a control i responsabilitat.

1) L'element objectiu de l'estat de setge

L'estat de setge es pot declarar quan es produeix o hi ha l'amenaça que es pot produir una **insurrecció** o acte de força contra la sobirania o la independència d'Espanya, la seva integritat territorial o l'ordenament constitucional, sempre que no es pugui resoldre per altres mitjans¹⁴⁸.

⁽¹⁴⁸⁾Art. 32.1 LEE.

2) L'element subjectiu de l'estat de setge

Correspon al Govern, d'una manera exclusiva, la iniciativa de proposar al Congrés dels Diputats la declaració de l'estat de setge, que ha de ser aprovada per la majoria absoluta de la cambra.

3) L'element formal de l'estat de setge

La declaració o resolució del Congrés dels Diputats¹⁴⁹ ha de contenir preceptivament els aspectes següents¹⁵⁰:

⁽¹⁴⁹⁾El Senat està exclòs del dret d'excepció.

- a) L'àmbit territorial d'aplicació.
- b) La durada i les condicions de l'estat de setge.
- c) Els drets i les llibertats suspesos.

⁽¹⁵⁰⁾Art. 32.2 i 3 LEE.

Així mateix, ha de determinar els **delictes** que durant la seva vigència queden sotmesos a la jurisdicció militar¹⁵¹.

(151) Art. 35 LEE.

Per tot això, l'**autoritat militar designada** publica i difon els bans oportuns, resolucions administratives que contenen les mesures i les prevencions necessàries per a dur a terme les decisions del Govern.

4) Els efectes de l'estat de setge

A més dels drets i les llibertats que poden ser suspesos en un supòsit d'estat d'excepció, la declaració de l'estat de setge també permet suspendre les **garanties del detingut** previstes a l'article 17.3 de la CE, que consisteixen en el següent:

- a) El dret a ser informat d'una manera immediata i comprensible dels seus drets i de les raons de la seva detenció, sense estar obligat a declarar.
- b) El dret a l'assistència de l'advocat en les diligències policiaques i judicials.

A més de la suspensió de drets i llibertats, els efectes de la declaració donen lloc a una **modificació de les competències** en favor de l'autoritat militar:

1) D'una banda, les competències de **caràcter executiu**¹⁵²: en virtut de la declaració, el Govern, que continua dirigint la política militar i de defensa, assumeix les facultats extraordinàries previstes per la CE i la LEE. Amb aquesta finalitat designa l'**autoritat militar** que, sota la seva direcció, ha d'executar les mesures escaients.

(152) Art. 33 LEE.

2) De l'altra, les de **caràcter jurisdiccional**: el Congrés pot ampliar l'àmbit material de **competències de la jurisdicció militar**, en funció de les necessitats que derivin de la gravetat indubtable de la situació, a tipus de delictes que habitualment són competència de la jurisdicció ordinària.

El gran repte de les institucions democràtiques en una situació com la que regula aquesta modalitat *in extremis* de dret d'excepció és com afrontar la pressió de les forces de fet que vulguin resoldre la crisi amb mètodes aliens a les normes jurídiques que l'Estat ha creat per a fer front a situacions d'aquesta mena, és a dir, com retornar a la situació de normalitat sense que l'estat de dret quedi afectat.

6.3. La suspensió individual: l'àmbit material i les garanties

La Constitució remet a una llei orgànica per a regular els supòsits en què d'una manera únicament individual podran ser suspesos determinats drets del títol I, com a conseqüència de les investigacions corresponents a les actuacions de bandes armades o elements terroristes.

La justificació d'aquest precepte constitucional (art. 55.2 CE) es va fonamentar en la situació de violència política existent en determinades zones de l'Estat, que va incidir sobre el procés constituent i que avui encara afecta la vida política espanyola.

La institució de la **suspensió individual de drets fonamentals** és una forma *sui generis* de dret d'excepció; la seva existència no és obligatòria ni permanent: d'acord amb el que preveu l'article 55.2 de la CE, depèn de la decisió del legislador. En tot cas, hi hagi o no una legislació específica sobre aquesta matèria, difícilment es pot considerar una forma de defensa de la Constitució.

a) Inicialment, les previsions constitucionals van formar part d'una normativa específica regulada a les lleis orgàniques 11/1980 i 9/1984. Aquesta última va ser declarada parcialment inconstitucional pel Tribunal Constitucional a l'STC 199/1987.

b) A l'actualitat, la legislació antiterrorista i contra bandes armades està incorporada a la legislació processal comuna, és a dir, a la Llei d'enjudiciament criminal, mitjançant la reforma d'aquesta prevista a la Llei orgànica 4/1988, de 25 de maig. D'altra banda, els delictes de terrorisme estan tipificats pel nou Codi penal als articles 571 a 580.

1) L'element objectiu de la suspensió individual de drets fonamentals

Les **activitats delictives** que poden donar lloc a la suspensió individual de determinats drets fonamentals són les comeses per persones integrades o relacionades amb bandes armades o individus terroristes o rebels.

El **delicte de rebel·lió** es defineix al Codi penal¹⁵³ i es tipifica com a aquelles activitats d'alçament violent i públic amb l'objecte de derogar, suspendre o modificar totalment o parcialment la Constitució, impedir la celebració lliure d'eleccions, dissoldre les Corts, destituir el rei, etc.

Suspensió dels drets del títol I

Les normes d'aquest tipus són aïllades en el marc del dret comparat. El referent constitucional més proper es pot trobar als articles 10.2 i 18 de la Llei fonamental de Bonn. En el marc de la col·laboració internacional en la repressió del terrorisme cal esmentar el Conveni d'Estrasburg de 1977.

Lectura recomanada

Per a ampliar el coneixement de la legislació antiterrorista i contra bandes armades, vegeu:

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.

⁽¹⁵³⁾ Art. 472.

El terrorisme és una forma d'atac a les estructures de l'estat de dret que es concreta, d'acord amb la definició que ha aportat el mateix Tribunal Constitucional, com una forma de delinqüència organitzada en grups permanents i estables de caràcter armat amb la finalitat de:

"Produir un terror en la societat i un rebuig en la col·lectivitat, per la gran incidència que tenen en la seguretat ciutadana, que suposa també, així, un atac al conjunt de la societat democràtica."

STC 199/1987.

2) L'element subjectiu de la suspensió individual de drets fonamentals

Obviament, són els subjectes susceptibles de ser afectats per les mesures de suspensió dels drets de les persones vinculades a grups terroristes i rebels. La legislació d'excepció aplicable a aquestes persones és una normativa d'aplicació limitada a persones específiques i molt determinades.

En aquest sentit, tant la jurisprudència penal com, especialment, la jurisprudència constitucional¹⁵⁴ han insistit en la necessitat d'una **interpretació restrictiva** de l'àmbit subjectiu de les nocions de banda armada o elements terroristes, és a dir, l'àmbit de les persones que poden ser integrants de qual-sevol d'aquests grups.

⁽¹⁵⁴⁾STC 199/1987.

3) L'element formal de la suspensió individual de drets fonamentals

La **competència jurisdiccional** per a atendre les causes encetades per activitats delictives relacionades amb el terrorisme, les bandes armades o la rebel·lió correspon als òrgans judicials següents:

- Als jutjats centrals d'instrucció, que instrueixen les causes.
- A l'Audiència Nacional, que jutja aquestes causes.

Jutjats centrals i Audiència Nacional

Els dos òrgans judicials són d'àmbit territorial estatal, amb seu a Madrid.

4) Els efectes de la suspensió individual de drets fonamentals

Els **drets fonamentals** que poden ser suspesos són els següents:

a) El **dret de llibertat personal**, en la mesura que s'amplia el termini màxim de detenció policíaca preventiva, sense posar el detingut a disposició judicial¹⁵⁵. El **termini ordinari** de setanta-dues hores es pot ampliar quaranta-vuit hores més, és a dir, en total cinc dies com a màxim, sempre que la policia sol·liciti la pròrroga d'una manera motivada –per tant, justificada– al jutge, durant les primeres quaranta-vuit hores de la detenció. Aquest últim l'ha d'autoritzar en les properes vint-i-quatre hores.

⁽¹⁵⁵⁾Art. 17.2 CE.

Com és evident, el legislador assegura amb aquestes cauteles que la decisió sobre el perllongament de la detenció governativa no pugui tenir lloc, en cap cas, més enllà dels tres primers dies, i sempre amb el control judicial suficient.

L'autoritat governativa, així mateix, pot sol·licitar al jutge instructor la **incomunicació del detingut**, que pot ser decretada d'una manera motivada en el termini de les primeres vint-i-quatre hores de la detenció. La incomunicació no impedeix el dret de defensa del detingut, que l'exercirà, però, mitjançant un advocat designat d'ofici.

b) La **inviolabilitat del domicili**¹⁵⁶. L'autoritat governativa pot dur a terme l'escorcoll del domicili de persones presumptament responsables de les activitats delictives assenyalades abans. De l'escorcoll efectuat es dona compte immediatament al jutge competent, amb la indicació de les causes que el motiven i els resultats obtinguts, amb referència especial a les detencions que, si ha calgut, s'hagin portat a terme.

És evident, doncs, que la intervenció judicial, tot i que immediata, es produeix a posteriori de l'acció de la policia.

c) El **secret de les comunicacions**¹⁵⁷. En cas d'urgència i quan les investigacions es facin sobre delictes relacionats amb l'actuació de bandes armades o elements terroristes o rebels, el ministre de l'Interior o, si no n'hi ha, el director de la seguretat de l'Estat pot acordar vigilar les comunicacions postals, telegràfiques o telefòniques.

De la mateixa manera que en el cas anterior, l'autoritat governativa ha de comunicar immediatament la seva decisió al jutge competent, i aquest, d'una manera motivada, la revoca o la confirma en un termini que pot excedir les setanta-dues hores des que ha estat ordenada la vigilància.

Lectura recomanada

Per a conèixer millor els drets suspesos per terrorisme, vegeu:

E. Vírjala Foruria (1994). "La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 40). Madrid.

⁽¹⁵⁶⁾Art. 18.2 CE.

⁽¹⁵⁷⁾Art. 18.3 CE.

Noves tecnologies

Les formes de comunicació que la tecnologia més recent hagi creat, com el fax, Internet, etc., cal incloure-les per analogia, tot i que la llei no ho especifica.

7. El principi d'igualtat

La Constitució estableix el següent:

Els espanyols són iguals davant la llei, sense que pugui prevaler cap discriminació per raó de naixença, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social.

Article 14.

S'estableix així el **principi d'igualtat**, que es concreta en el **dret a no ser discriminat**. El principi d'igualtat posa límits als diversos òrgans de l'Estat a l'hora de decidir la distribució de beneficis i càrregues entre les diverses persones.

7.1. La caracterització general

Per tal d'entendre la naturalesa d'aquest principi o dret, s'han de tenir en compte tres coses:

1) Podríem dir que es tracta d'un dret de **segon grau**. El principi d'igualtat (el dret a no ser discriminat) no protegeix cap bé o dret substantiu, sinó que posa restriccions a la manera com es poden distribuir els béns o els drets substantius. Des del punt de vista del principi d'igualtat, per exemple, l'Estat pot decidir no reconèixer a cap persona el benefici de la subrogació de l'arrendament a la mort de l'arrendatari, ja que no hi ha un dret constitucional per a gaudir d'aquest benefici, però no pot reconèixer aquest benefici en favor d'unes persones i no d'unes altres, excepte si hi ha diferències objectives que justifiquin un tracte desigual.

2) El principi d'igualtat té dos **vessants**:

a) D'una banda, aquest principi obliga els òrgans que apliquen el dret (especialment els jutges i l'Administració) a tractar d'una manera igual els supòsits que el dret tracta d'una manera igual. Parlem llavors de la **igualtat en l'aplicació de la llei**.

b) D'altra banda, el principi d'igualtat obliga qui crea les normes jurídiques¹⁵⁸ a regular els supòsits de fet d'una manera que no s'introdueixin diferències de tracte no justificades. L'activitat de legislar¹⁵⁹ comporta necessàriament haver de classificar la realitat en diversos supòsits de fet abstractes i lligar-los a conseqüències jurídiques diverses. Legislar és, per tant, introduir distincions.

Però no totes les distincions són admissibles: només ho són les que es basen en raons constitucionalment justificades, com tindrem ocasió de veure amb més deteniment. Si la llei que regula l'accés a la universitat, per exemple, estableix

Lectura recomanada

Per a conèixer millor els límits que estableix el principi d'igualtat, vegeu:

J. Jiménez Campo (1983). "La igualdad jurídica como límite frente al legislador". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 9).

Exemple

Per exemple, si la llei dóna dret a ingressar a la universitat pública a tot el qui reuneixi els requisits A, B i C, l'Administració violarà el principi d'igualtat en l'aplicació de la llei si es nega a admetre a la universitat el Sr. X, que reuneix els requisits A, B i C, i en canvi admet els Srs. Y i Z, que reuneixen els mateixos requisits.

⁽¹⁵⁸⁾ El legislador i el Govern quan dicta reglaments.

⁽¹⁵⁹⁾ L'activitat de crear normes jurídiques generals.

que una de les condicions per a ingressar és ser de raça blanca, és clar que la llei viola el principi d'igualtat: la diferència de tracte entre l'aspirant de raça blanca i l'aspirant de raça negra no és una diferència justificable.

Si, en aquestes circumstàncies, l'Administració nega l'ingrés a la universitat a l'aspirant de raça negra, no es viola el principi d'igualtat en l'aplicació de la llei: la llei s'ha aplicat correctament. El que passa és que la llei viola el principi d'igualtat. Parlem llavors de la **lesió de la igualtat en la llei**.

3) El principi d'igualtat està fortament vinculat a l'**estat social**. Com ja sabeu, la Constitució estableix el següent:

Correspon als poders públics de promoure les condicions per tal que la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives; remoure els obstacles que n'impedeixin o en dificultin la plenitud i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social.

Article 9.2.

Aquest **mandat d'intervenció dels poders públics** pressuposa reconèixer l'existència d'un dèficit de llibertat i igualtat reals en el si de la societat. Des d'aquest punt de vista, es considera lícit que l'Estat introdueixi lleis i dugui a terme polítiques públiques que afavoreixin els grups més dèbils per tal de compensar aquest dèficit. El principi d'igualtat de l'article 14 de la CE s'ha d'entendre d'una manera coherent amb aquest mandat de l'article 9.2.

Això vol dir que, per exemple, l'Estat pot adoptar mesures que afavoreixin les dones en relació amb els homes per tal de compensar els efectes històrics d'unes pràctiques discriminatòries. Ara bé, quins límits ha de respectar l'Estat a l'hora d'adoptar aquestes mesures?

A continuació, estudiem els dos vessants del principi d'igualtat. Comencem per la igualtat en l'aplicació de la llei.

7.2. La igualtat en l'aplicació de la llei

Ja hem vist que la igualtat en l'aplicació de la llei significa que l'Administració pública i els jutges han d'imposar les mateixes conseqüències jurídiques als casos que responguin al mateix supòsit de fet que la llei descriu amb caràcter abstracte.

En aquest sentit, el principi d'igualtat en l'aplicació de la llei es confon amb el **principi de legalitat**, que obliga els òrgans de l'Estat a actuar d'acord amb la llei.

Ara bé, la cosa es complica quan tenim en compte que l'aplicació de les normes és una tasca complexa, en què de vegades es plantegen qüestions controvertides:

El principi d'igualtat

El principi d'igualtat té dos vessants: la igualtat en l'aplicació de la llei i la igualtat en la llei.



Les dones s'han manifestat per tal d'aconseguir la igualtat de drets en relació amb els homes.

Exemple

Per exemple, si l'article 138 del Codi penal estableix la pena de presó per a tot aquell qui cometi delictes d'homicidi (el qual exigeix la satisfacció d'un conjunt de requisits), el jutge haurà d'imposar aquesta pena a tot aquell qui dugui a terme un delictes d'homicidi.

a) De vegades hi ha diverses disposicions jurídiques que són aplicables al cas a resoldre, i no és clar quina d'aquestes disposicions s'ha d'aplicar.

b) Altres vegades, no és clar quina és la interpretació correcta de la disposició jurídica aplicable.

Igualtat en l'aplicació de la llei

El principi d'igualtat en l'aplicació de la llei es dirigeix, sobretot, a l'Administració i als jutges, els quals han d'aplicar les normes del sistema jurídic als diversos casos de la vida real.

La tasca de decidir, en última instància, quina **disposició** és l'aplicable al cas i quina **interpretació** és la correcta correspon als jutges i als tribunals integrants del Poder Judicial¹⁶⁰. Això vol dir que jutges diferents poden resoldre un mateix tipus de cas d'una manera diferent, i que un mateix jutge pot canviar d'opinió sobre com resoldre un mateix tipus de cas. Imposa el principi d'igualtat¹⁶¹ algun límit a aquesta pluralitat de decisions judicials?

⁽¹⁶⁰⁾Art. 117.3 CE.

⁽¹⁶¹⁾Art. 14 CE.

Pel que fa a la **diversitat de solucions** entre els diversos jutges, no hi ha inconvenient a dir que s'afecta el principi d'igualtat quan els individus reben tractes diferents en funció del jutge que els pertoca.

Ara bé, el remei per a evitar aquesta pluralitat de solucions es troba en el fet d'establir un bon **sistema de recursos processals** a través dels quals els tribunals superiors, amb la seva jurisprudència, unifiquin¹⁶² els criteris d'aplicació del dret. El sistema de recursos en les jurisdiccions ordinàries ha de garantir que, d'una banda, es respecti el principi d'igualtat en l'aplicació de la Llei i, d'altra banda, la independència dels òrgans jurisdiccionals en la seva aplicació. D'acord amb això, resta fora de l'àmbit del recurs d'empara la solució del conflicte eventual entre tots dos principis constitucionals, de manera que el Tribunal Constitucional no admet a tràmit les demandes basades en l'aplicació diferent de la Llei per part de dos òrgans jurisdiccionals diferents en exercici de la seva pròpia independència, sempre que, òbviament, la diferència no es fonamenti en el fet que una de les decisions és arbitrària. Si és el cas, el dret constitucional violat no és el principi d'igualtat, sinó la tutela judicial efectiva.

Diversitat de solucions entre jutges

Contradiu el sentit d'igualtat, per exemple, que un determinat tipus de fet sigui considerat constitutiu de delictes de violació a Barcelona, però no a Tarragona.

⁽¹⁶²⁾STC 49/1982.

El Tribunal Constitucional només entrarà a valorar la possible vulneració del principi d'igualtat en l'aplicació de la llei si les diverses solucions al mateix tipus de cas han estat donades pel mateix òrgan judicial.

Analitzem, doncs, què passa quan un mateix òrgan imposa solucions jurídiques diferents a casos que recullen el mateix supòsit de fet.

Segons el Tribunal Constitucional, els jutges ordinaris estan subjectes a la llei, no als seus propis precedents¹⁶³. Això vol dir que, si el jutge considera que ha d'abandonar la solució que va donar a un cas en el passat, ja sigui perquè aquella solució ja no és acceptable davant del canvi de circumstàncies socials¹⁶⁴, o perquè considera que es va equivocar, res no li impedeix d'abandonar aquella solució.

(163)STC 49/1985.

(164)Art. 3.1 del Codi civil.

Ara bé, si el jutge canvia de criteri, donarà solucions diferents a dos casos que integren el mateix supòsit de fet abstracte. Això afecta la igualtat en l'aplicació de la llei. I és per això que, segons el Tribunal¹⁶⁵, el canvi de criteri només és constitucionalment acceptable quan el jutge raona suficientment aquest canvi:

(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*."

Fonament jurídic 2.

Lectures recomanades

Per a aprofundir en la jurisdicció del Tribunal Constitucional pel que fa la igualtat en l'aplicació de la llei, vegeu:

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

També a:

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

Si no hi ha un canvi amb vocació de futur, o si el canvi de criteri no està suficientment raonat, el jutge lesionarà el principi d'igualtat en l'aplicació de la llei, i el litigant podrà acudir al Tribunal Constitucional en recurs d'empara. És important no confondre's en aquest punt: el Tribunal Constitucional no ha de decidir quina interpretació del dret ordinari és la correcta¹⁶⁶, sinó purament i simplement si el canvi de criteri interpretatiu és un **canvi amb vocació de futur i suficientment raonat**.

(166) Això seria convertir el Tribunal Constitucional en un tribunal de cassació universal, com diu l'STC 134/1991.

Canvi de criteri dels jutges

Segons el Tribunal Constitucional, els jutges no estan subjectes als seus propis precedents; poden, per tant, canviar de criteri, sempre que el canvi tingui vocació de futur i sigui raonat i raonable.

La diversitat de solucions

Per exemple: si d'acord amb el dret vigent és discutible quina és la solució jurídica dels casos que integren el supòsit de fet ABC, i si les solucions X i Y són totes dues raonables, el jutge ordinari pot optar per l'una o per l'altra.

Suposem que al llarg del temps el jutge ha hagut de resoldre, cronològicament, els casos ABC1, ABC2, ABC3, ABC4, ABC5, ABC6, ABC7, ABC8 i ABC9. Tots són casos individuals que integren un mateix supòsit de fet abstracte: ABC. Les persones involucrades són diferents, i altres circumstàncies irrellevants¹⁶⁷ també són diferents, però tots aquests casos són iguals en la mesura que tots reuneixen les condicions ABC que la norma jurídica fixa amb caràcter general.

(167) Per exemple, el nombre de cabells del demandant.

1. Suposem que el jutge ha donat les solucions següents:

• ABC1	X	• ABC4	X	• ABC7	X
• ABC2	X	• ABC5	Y	• ABC8	X
• ABC3	X	• ABC6	X	• ABC9	X

En aquest cas, no podem dir que el jutge hagi respectat el principi d'igualtat. El demanant en el cas ABC5 ha obtingut una solució jurídica diferent de tots els altres demanants, tant abans (casos ABC1 a ABC4) com després (casos ABC6 a ABC9).

És cert que el dret vigent pot ser interpretat de dues maneres, i que tan raonable és la solució X com la Y. Però el principi d'igualtat no es conforma amb el fet que la solució sigui raonable. Exigeix alguna cosa més: que quan el jutge abandona el criteri que ha seguit fins aquell moment, inauguri un nou criteri i el canvi sigui raonat.

Evidentment, en aquest cas el jutge no ha inaugurat un nou criteri amb vocació de permanència, sinó que ha exceptuat els criteris anterior i posterior en un cas concret. S'ha violat, per tant, el **principi d'igualtat en l'aplicació de la llei**.

2. Suposem que el jutge dóna les solucions següents:

• ABC1	X	• ABC4	X	• ABC7	Y
• ABC2	X	• ABC5	X	• ABC8	Y
• ABC3	X	• ABC6	Y	• ABC9	Y

Aquí sí que podem dir que el jutge ha canviat de criteri: a partir del cas ABC5 ha inaugurat un **nou criteri**, que segueix d'una manera permanent, en substitució del criteri anterior. Si el jutge raona suficientment el canvi, es considera que no hi ha hagut una vulneració del principi d'igualtat.

S'ha de dir que, a l'hora de determinar fins a quin punt el jutge ha raonat suficientment el canvi de criteri, el Tribunal Constitucional sol actuar amb molta deferència envers el jutge. Hi ha el risc que el Tribunal Constitucional envaeixi la funció dels jutges ordinaris, que tenen reservada en favor seu la potestat jurisdiccional ordinària¹⁶⁸.

És per això que només en casos molt manifestos el Tribunal Constitucional dirà que el canvi de criteri del jutge no ha estat raonat d'una manera suficient. De fet, la tendència més recent del Tribunal Constitucional és exigir simplement que el canvi de criteri sigui estable, sense entrar a examinar si el raonament per a justificar el canvi del jutge és suficient.

3. Finalment, suposem que el jutge dóna les solucions següents:

• ABC1 (26 d'abril de 1988):	X	• ABC6 (25 d'octubre de 1988):	Y
• ABC2 (9 de maig de 1988):	X	• ABC7 (18 de novembre de 1988):	X
• ABC3 (27 de juliol de 1988):	Y	• ABC8 (12 de desembre de 1988):	X
• ABC4 (5 d'octubre de 1988):	Y	• ABC9 (8 de març de 1989):	X
• ABC5 (6 d'octubre de 1988):	X		

Aquí el jutge ha mantingut dos criteris d'una manera alternativa. No s'ha decidit ni per l'un ni per l'altre. Els dubtes del jutge són tan intensos que en vint-i-quatre hores ha canviat de criteri (entre la sentència del dia 5 d'octubre i la del dia 6).

Lectura complementària

Per a conèixer més a fons la tendència recent del Tribunal Constitucional, vegeu, per exemple, l'STC 42/1993.

Nota

Aquest cas està inspirat en un cas real, protagonitzat pel Tribunal Central de Treball (avui desaparegut). Les dates són exactes.

⁽¹⁶⁸⁾ Art. 117.3 CE.

El cas va arribar al Tribunal Constitucional¹⁶⁹, i aquest va dir que no s'havia violat el principi d'igualtat perquè tant la solució X com la Y eren raonables. Encara que el Tribunal Constitucional va reconèixer que la seguretat jurídica quedava malmesa, va dir que el remei era establir un bon sistema de recursos processals per a unificar els criteris judicials. Què us sembla el raonament del Tribunal Constitucional?

(169)STC 201/1991.

7.3. La igualtat en la llei

El segon vessant del principi d'igualtat és la igualtat en la llei. Les **distincions** que la llei estableix entre diversos tipus de casos han d'estar justificades, han de ser raonables. Però, què vol dir això? En el fons ens trobem davant dels mateixos criteris de **necessitat**, **adequació** i **proporcionalitat** que hem estudiat en fer referència a la restricció de drets fonamentals.

Vegeu també

Vegeu el subapartat 6.2 d'aquest mòdul didàctic, on es parla dels criteris per a la restricció dels drets fonamentals.

Les distincions establertes per la llei són vàlides si són adequades i necessàries per a protegir un bé o un dret legítim, i si hi ha una proporcionalitat entre els efectes de la distinció i la importància d'aquell bé o aquell dret.

La STC 22/1981, per exemple, diu el següent:

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

Fonament jurídic 3.

La **desigualtat**, doncs, és constitucionalment acceptable si se satisfan tres condicions:

- 1) Ha de servir per a una **finalitat constitucionalment legítima**.
- 2) Hi ha d'haver una **relació de coherència** o adequació entre la distinció i la finalitat.
- 3) La distinció ha de constituir una **mesura proporcionada**, tenint en compte els possibles efectes desfavorables en altres béns i la relativa importància de la finalitat a obtenir.

Si qui impugna la llei manifesta que aquesta estableix un tracte desigual per a supòsits de fet que, en principi, haurien de rebre el mateix, llavors qui defensa la llei té la **càrrega de l'argumentació**. El Tribunal, a la STC 142/1990, per exemple, diu el següent:

Lectura complementària

Sobre les condicions que ha de satisfer la desigualtat podeu consultar la STC 158/1993.

"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 [...]."

Fonament jurídic 3.

Aquesta inversió de la càrrega de l'argumentació es produeix només quan la part impugnant ha argumentat amb èxit que la norma distingeix entre supòsits que en principi (*prima facie*) haurien de ser tractats d'una manera igual.

A això es fa referència quan es diu que qui al·lega ser discriminat té la càrrega de presentar un **terme de comparació** (*tertium comparationis*): la persona que al·lega discriminació ha de manifestar que hi ha una altra situació similar¹⁷⁰ a la seva que rep un tracte diferent per part de la norma.

Discutir si el terme de comparació és adequat és discutir, en definitiva, si es produeix una desigualtat entre supòsits de fet que (en principi) haurien de rebre la mateixa conseqüència jurídica i, per tant, si s'ha d'imposar a qui defensa la norma la càrrega d'argumentar que la distinció és raonable.

En vista d'aquest **criteri de la raonabilitat**, el legislador pot introduir moltes distincions entre diversos supòsits de fet. El Tribunal Constitucional ha admès fins i tot la possibilitat que el legislador dicti una norma singular (una norma que deroga, per a un cas concret, el criteri general establert per altres normes), sempre que es tracti de casos excepcionals per la seva extraordinària transcendència i complexitat.

Exemple

Una norma singular, segons el Tribunal Constitucional, va ser la del cas de l'expropiació de les accions de Rumasa, operada pel Decret Llei (i posterior llei) d'expropiació de 1983, norma singular que va regir únicament per a aquest cas, en oposició amb les regles generals i comunes que regulen l'expropiació forçosa (vegeu la STC 166/1986).

Ara bé, hi ha certs **tipus de distincions** que es veuen amb recança. Es tracta de distincions que històricament han subordinat determinats grups socials i els han deixat en una posició d'inferioritat. Les distincions per raó de raça, sexe i religió, per exemple, es veuen amb recança perquè tradicionalment han estat l'instrument d'opressió d'uns grups determinats.

Lectura recomanada

Per a aprofundir en la problemàtica de les distincions establertes per la llei i la discriminació, vegeu:

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

(170) En allò que és rellevant.

Terme de comparació

Si qui impugna la norma presenta un terme de comparació adequat, llavors s'imposa a qui defensa la norma la càrrega de justificar la diversitat de tracte.

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

Per això, quan el legislador actual introdueix distincions per algun d'aquests motius, volem assegurar-nos que hi ha bones raons per a justificar-les. Això fa que de vegades el Tribunal Constitucional sigui més exigent quan la distinció que estableix la llei es basa en un d'aquests criteris sospitosos que quan es basa en altres criteris.

Això no vol dir que estigui absolutament prohibit de distingir en funció d'aquests factors sospitosos, sinó que les raons adduïdes per a justificar aquest tipus de distincions han de ser especialment poderoses.

Així, referint-se a la càrrega de l'argumentació que ha de suportar qui defensa la desigualtat, el Tribunal¹⁷¹ diu el següent:

"Si esa carga [...] es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna 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."

Fonament jurídic 3.

La Constitució recull explícitament els **criteris de la naixença, la raça, el sexe, la religió i l'opinió**. Aquests són els criteris típics de què parla el Tribunal Constitucional. Al costat d'aquests la Constitució inclou una clàusula analògica final:

I qualsevol altra condició o circumstància personal o social.

Article 14.

⁽¹⁷¹⁾STC 81/1982.

Criteris de naixença, raça, sexe, religió i opinió

Una norma que distingeix per raó d'algun dels criteris que recull l'article 14 de la CE només es pot justificar constitucionalment en casos excepcionals.

⁽¹⁷²⁾Llei 8/1980.

Exemples d'STC en relació amb el principi d'igualtat

Com a exemples de casos en què el Tribunal Constitucional ha hagut d'examinar si una norma respectava el principi d'igualtat, podem mencionar, a títol d'orientació, els següents:

1. A la STC 22/1981 el Tribunal va considerar que el precepte de l'Estatut dels treballadors¹⁷² que establia que la relació laboral s'extingia per jubilació (de manera automàtica i incondicionada) quan el treballador arribés a l'edat de 69 anys discriminava per raó d'edat.

2. A les STC 103/1983 i 104/1983, el Tribunal va sostenir que un precepte de la Llei general de seguretat social de 1974 discriminava per raó de sexe pel fet d'establir diferents condicions per a cobrar una pensió de viduïtat, segons que el cònjuge fos un home o una dona:

- En el cas del vidu, aquest havia de demostrar que al moment de morir la seva dona es trobava incapacitada per a treballar i a càrrec d'ella.
- En canvi, no s'exigien aquestes condicions perquè la vídua pogués cobrar la pensió en morir el seu marit.

El Tribunal Constitucional va considerar que la llei perjudicava l'home i que no hi havia raons de pes per a justificar aquesta desigualtat de tracte. Encara que la llei tingués per



⁽¹⁷³⁾Art. 9.2 CE.

⁽¹⁷⁴⁾Cas Kalanke.

finalitat donar un tracte de favor a les dones, el Tribunal Constitucional no va acceptar que la discriminació per raó de sexe fos acceptable en aquest cas.

De tota manera, es pot arribar a la mateixa conclusió des d'un altre punt de vista. Considereu aquest argument: el precepte de la llei impugnada perjudica les dones, no els homes; mentre que els homes treballadors, a canvi de les cotitzacions socials que paguen, obtindran sempre i en tot cas un dret a una pensió de viduitat en favor de les seves esposes el dia que ells morin, les dones treballadores, en canvi, fent les mateixes contribucions, només generaran aquest dret en favor dels seus marits respectius en el cas que els marits es trobin incapacitats i a càrrec d'elles. La llei impugnada, per tant, fa que la dona treballadora obtingui menys prestacions a canvi de les cotitzacions que paga si es compara amb les que obté l'home treballador.

3. A la STC 128/1987 el Tribunal va acceptar com a vàlida la norma que establia un tracte de favor per a les dones treballadores, en contra dels homes treballadors, pel que fa al fet d'atorgar subvencions públiques per a satisfer despeses de guarderia infantil. Segons el Tribunal Constitucional, la realitat d'un mercat laboral on les treballadores casades hi participen en un percentatge molt inferior al dels homes casats mostra que hi ha desigualtats efectives que els poders públics han de corregir¹⁷³.

Es justifica, com a mesura correctora i per tal d'assegurar una igualtat d'oportunitats entre els dos sexes, que la normativa aplicable estableixi un tracte desigual en favor de les dones treballadores. Trobem aquí un cas en què l'article 9.2 de la CE justifica una desigualtat per raó de sexe que, *prima facie*, està prohibida per l'article 14 de la CE.

De tota manera, tingueu en compte que el TJCE va dictar una sentència¹⁷⁴, de 17 d'octubre de 1995, que posa en dubte la validesa, des del punt de vista del dret comunitari, de determinades mesures de promoció de la igualtat d'oportunitats de les dones. En concret, el Tribunal va considerar que no era acceptable, d'acord amb la Directiva 76/207/CEE del Consell, de 9 de febrer de 1976, una llei de l'Estat de Bremen (Alemanya) que establia que, en el cas que diversos candidats a ocupar un càrrec públic tinguessin la mateixa capacitat, es concediria preferència a les candidates femenines, sempre que es tractés d'un sector on hi hagués subrepresentació femenina (la subrepresentació femenina es donaria si les dones no cobrissin la meitat, almenys, dels llocs de treball en els diversos graus de la categoria de personal de què es tractés).

El TJCE va argumentar que la norma de l'Estat de Bremen imposava una discriminació per raó de sexe (prohibida per l'article 2.1 de la Directiva) i que aquesta discriminació no podia ser considerada una "mesura encaminada a promoure la igualtat d'oportunitats entre homes i dones", un tipus de mesura autoritzada per l'article 2.4 de la Directiva.

En interpretar d'una manera restrictiva l'abast de les mesures autoritzades per l'article 2.4, la Sentència del cas Kalanke es va rebre com un gran canvi en la interpretació del dret comunitari en matèria de discriminació. Els efectes d'aquesta sentència en els ordenaments jurídics nacionals encara estan per veure.

De tota manera, la doctrina de la Sentència del cas Kalanke ha estat matisada per una sentència posterior, la del cas Marschall, d'11 de novembre de 1997, on el Tribunal admet la validesa d'una llei del Land de Nordrhein-Westfalen, que era similar a la del Land de Bremen però incloïa una "clàusula d'apertura", que establia que no es donaria preferència a la dona (en cas d'empat) si concorrien en la persona d'un candidat masculí "motius que inclinïn la balança al seu favor". El Tribunal va considerar que aquesta clàusula d'apertura, que permet excepcionar la regla general de preferència a favor de les dones, fa que la norma deixi de ser discriminatòria.

Què us sembla aquest raonament del Tribunal? Si realment existeixen motius que inclinïn la balança en favor del candidat masculí, no vol dir això, en el fons, que no hi ha realment una situació d'empat? I si realment hi ha una situació d'empat, no es corre el risc que, a la pràctica, a través de l'aplicació de la clàusula d'apertura, "s'aigualeixi" la regla de preferència a favor de les dones?

4. A les STC 209/1988 i 45/1989 el Tribunal va considerar que la Llei reguladora de l'impost sobre la renda de les persones físiques, de 1978, era contrària al principi d'igualtat. Aquesta llei establia un sistema tributari que tenia, entre d'altres, l'efecte de tractar d'una manera desigual el supòsit de les persones casades i el supòsit de les persones que viuen *more uxorio*¹⁷⁵: les primeres pagaven més que les segones.

El Tribunal Constitucional va considerar que els arguments que va adduir el defensor de la llei per a justificar aquest tracte diferent eren insuficients.

(175) Parelles de fet.

5. A la STC 222/1992 el Tribunal va considerar que el precepte de l'antiga Llei d'arrendaments urbans de 1964 que atorgava el dret de subrogació de l'arrendament al cònjuge de l'arrendatari mort però no (implícitament) a la parella de fet de l'arrendatari discriminava les parelles *more uxorio*.

Aquesta diferenciació de tracte entre persones casades i persones unides *more uxorio* va ser considerada inconstitucional pel Tribunal. En canvi, en unes sentències anteriors¹⁷⁶, el Tribunal va considerar vàlida la normativa que estableix que els cònjuges, però no els membres de la parella de fet, tinguin dret a una pensió de viduïtat. Aquest últim criteri l'ha mantingut més recentment¹⁷⁷.

6. A la STC 229/1992 el Tribunal Constitucional va considerar discriminatori un precepte d'un decret de l'any 1957 que prohibia a les dones treballar a les mines. Segons el Tribunal Constitucional, encara que aquesta prohibició va tenir històricament una finalitat protectora, no pot ser qualificada com una mesura d'acció positiva per aconseguir una igualtat real d'oportunitats, ja que, en impedir a les dones d'accedir a determinats treballs, la igualtat d'oportunitats es veu restringida. A més, la prohibició té l'efecte de reforçar una divisió sexista dels treballs.

7. A la STC 3/1993, seguint el precedent de les STC 103/1983, i 104/1983 el Tribunal Constitucional va invalidar un precepte de la Llei general de seguretat social de 1974 que reconeixia només a les filles i les germanes (per tant, n'excloïa els fills i els germans) el dret a percebre unes prestacions públiques de caràcter assistencial.

El Tribunal Constitucional considera que no es pot defensar constitucionalment la norma al·legant que constitueix una mesura promocional en favor de la dona. La norma té l'efecte de consagrar una tradicional reclusió de la dona a la llar, i no aspira a reincorporar la dona al treball. En conseqüència, el Tribunal Constitucional diu:

"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. A la STC 269/1994 el Tribunal Constitucional va acceptar la legitimitat constitucional d'un precepte de la Llei 2/1978 de la funció pública de Canàries que establia una reserva de places en les convocatòries de càrrecs públics en favor de persones discapacitades físicament o psíquicament. D'acord amb aquesta llei, les places reservades només serien ocupades per persones discapacitades si aquestes obtenien determinades puntuacions que acreditessin la seva idoneïtat.

En aplicació d'aquesta llei, un aspirant que havia obtingut una puntuació superior a un altre que era discapacitat no va accedir a la plaça, mentre que el discapacitat, sí. La persona afectada va interposar recurs d'empara per violació del dret a no ser discriminat, i el Tribunal Constitucional va desestimar-lo.

El Tribunal Constitucional va considerar legítima la mesura promocional establerta a la llei, ja que contribuïa a assegurar la igualtat d'oportunitats en un sentit global i a complir el mandat dels articles 9.2 i 49 de la CE.

9. A la STC 134/1996 el Tribunal Constitucional va declarar inconstitucional un precepte de la Llei 21/1993 de pressupostos generals de l'Estat en la mesura que, en modificar un precepte de la Llei de l'IRPF de 1991, va suprimir només als funcionaris de les administracions públiques, i no a altres treballadors, l'exempció fiscal per les prestacions i pensions rebudes com a conseqüència d'una situació d'incapacitat permanent absoluta.

El Tribunal Constitucional va considerar que el tracte diferent¹⁷⁸ que la nova llei establia no era raonable, ja que la naturalesa de la prestació econòmica rebuda pels uns i pels altres era igual.

10. A la STC 126/1997, el Tribunal va considerar constitucional la preferència de l'home sobre la dona, en igualtat de línia i grau, en la successió dels títols nobiliaris. Aquesta preferència és tradicional en el Dret espanyol (des de Las Partidas). Segons el TC, la preferència no és contrària a l'article 14 perquè, en l'actualitat, els títols nobiliaris no tenen transcendència material.

11. A la STC 67/1998, el Tribunal va estimar inconstitucional l'article 487 bis de l'antic Codi Penal, que castigava al pare que no pagués la pensió acordada pel jutge en favor del fill, però només en cas que el fill fos matrimonial. Els fills extramatrimonials estaven, doncs, desprotegits des del punt de vista penal. El Tribunal, però, no va arribar a invalidar el precepte, per dues raons. En primer lloc, perquè el precepte ja estava derogat en el mo-

(176) Que comencen amb la STC 184/1990.

(177) STC 66/1994.



Des del 1992, segons STC, les dones poden accedir a llocs de treball a les mines.

(178) En perjudici dels funcionaris.

ment de dictar la seva sentència. I, en segon lloc, perquè encara que hagués invalidat el precepte, en cap cas es podria condemnar penalment al pare que no hagués pagat pensió al fill extramatrimonial: per a ampliar el tipus penal, és necessari que intervingui el legislador, en virtut del principi de legalitat penal reconegut a l'article 25 de la Constitució. El Tribunal no pot decidir ell mateix l'ampliació del tipus.

Lectures recomanades

És aconsellable que consulteu algunes d'aquestes sentències a què ens hem referit (seleccioneu les que més us interessin) i que estudiueu amb atenció els arguments que les parts van esgrimir per a justificar les seves respectives tesis entorn de la compatibilitat o no entre les normes qüestionades i el principi d'igualtat de l'article 14 de la CE, com també la resposta que el Tribunal Constitucional va donar a aquests arguments.

Aquests només són uns exemples de les normes que el Tribunal Constitucional ha hagut d'examinar tenint en compte el principi d'igualtat en la llei.

Finalment, tingueu en compte un problema específic que es planteja quan el Tribunal Constitucional arriba a la conclusió que la norma impugnada viola l'article 14 de la CE. La norma es declara inconstitucional, però com es restableix la igualtat?

En molts casos, el benefici sobre el qual es projecta la desigualtat és **constitucionalment indiferent** en el sentit que la Constitució no dóna dret a gaudir del benefici¹⁷⁹. En aquests casos, la igualtat es restableix de dues maneres possibles:

- Estenent al grup perjudicat el benefici que només es reconeixia a un altre grup.
- Negant als dos grups el benefici mencionat.

De vegades el Tribunal Constitucional declara que la **conseqüència de la seva declaració d'inconstitucionalitat** és l'extensió del benefici al grup discriminat, però deixa la porta oberta perquè el legislador pugui suprimir el benefici per a tots.

El Tribunal Constitucional ha recordat, de tota manera, que la solució d'equiparar cap amunt, estenent el benefici, no es pot generalitzar per a tots els casos en què es detecti una discriminació¹⁸⁰.

7.4. La igualtat entre homes i dones. La Llei Orgànica 3/2007

Com s'ha vist en els apartats anteriors, el principi d'igualtat ha tingut un desenvolupament essencialment jurisprudencial, ja que, per la seva pròpia naturalesa, es tracta d'una matèria extraordinàriament casuística que troba el seu terreny de joc natural en el control del legislador quan aquest fa alguna de les moltes distincions que constitueixen el contingut de les diferents normes jurídiques. Tanmateix, per a respondre a la situació particular de desequilibri que es dóna entre homes i dones en la vida social, es va aprovar la Llei orgànica

⁽¹⁷⁹⁾Per exemple, el benefici de la subrogació de l'arrendament.

Exemple

Per exemple, en el cas de les pensions de viduïtat, en la mesura que vagin més enllà de la mera protecció davant de les situacions de necessitat de què parla l'article 41 de la CE –STC 103/1983 i 104/1983– i en el cas de la subrogació de l'arrendament –STC 222/1992.

⁽¹⁸⁰⁾STC 3/1993 i STC 67/1998.

3/2007, per a la igualtat efectiva entre homes i dones, que constitueix l'únic, però significatiu, desenvolupament legislatiu vinculat directament al principi d'igualtat.

L'objecte de la LO 3/2007 és remoure les manifestacions subsistents de desequilibri entre homes i dones que continuen inserides en moltes pràctiques socials com a restes d'una dinàmica històrica en què hi ha hagut una situació de desigualtat real i profunda.

La norma esmentada preveu una sèrie d'actuacions dels poders públics per corregir la situació de desigualtat encara existent, i també diverses mesures adreçades a promoure un protagonisme social més gran de les dones que es correspongui amb el seu pes demogràfic. En aquest sentit, la llei també modifica tota una sèrie de normes preexistents amb la finalitat de remoure els obstacles subsistents per a la igualtat real i efectiva entre homes i dones.

Entre les múltiples disposicions de la LO 3/2007, cal destacar, en relació amb el que s'ha exposat anteriorment, la concreció del principi d'igualtat en l'aplicació de la Llei en el cas d'homes i dones (article 4). A més, cal esmentar les normes relatives a la representació equitativa d'homes i dones en els càrrecs públics. En aquest sentit, sobresurt el nou article 44 bis introduït en la Llei orgànica de règim electoral general, que preveu la representació equitativa d'homes i dones en les llistes presentades en les diferents conteses electorals, tot exigint que la representació mínima de cada sexe en una llista sigui del 40% en cada tram de cinc llocs.

8. El dret a la tutela judicial

L'article 24 de la CE reconeix el dret de totes les persones a obtenir la **tutela efectiva dels jutges i els tribunals** en l'exercici dels seus drets i els seus interessos legítims, sense patir indefensió i d'acord amb una sèrie de garanties processals.

El Dret a la tutela

El dret a la tutela és l'equivalent al que en el dret anglosaxó és conegut com el deure de respectar el *due process of law*.

8.1. El concepte de tutela com a dret i com a garantia

El dret a la tutela és un **dret públic subjectiu** de caràcter fonamental i de naturalesa processal que és al·legable únicament davant dels òrgans jurisdiccionals de l'Estat. També és un **dret de contingut prestacional**, que obliga els poders públics a mantenir una infraestructura organitzativa suficient que asseguri el compliment efectiu dels principis d'organització i funcionament de l'article 117 i següents de la CE.

Com a dret fonamental, el dret a la tutela judicial comporta el següent:

- 1) El **dret d'acció**, que suposa el dret a accionar per a fer valer davant dels tribunals, com a actor o com a demandat, uns drets o uns interessos legítims.
- 2) El **dret d'accés a la jurisdicció**, que permet plantejar la defensa jurídica davant dels jutjats i els tribunals.
- 3) El **dret a un procés**, que exigeix que l'activitat de l'òrgan jurisdiccional i de les parts s'ha d'ajustar a un procediment.

El dret a la tutela judicial és, sens dubte, el dret fonamental que més ha ocupat la jurisprudència de l'Alt Tribunal. L'àmplia doctrina generada ha creat un cos interpretatiu que ha influït d'una manera molt notòria en el raonament jurídic dels òrgans de la jurisdicció ordinària, i ha introduït un nivell més alt en la motivació de les resolucions judicials, com així deriva de la Constitució¹⁸¹, amb la finalitat d'impedir resolucions arbitràries.

⁽¹⁸¹⁾Art. 120.3.

La jurisprudència constitucional ha permès, així mateix, incorporar una **hermenèutica jurídica**, és a dir, uns criteris d'interpretació de les normes fonamentats en la Constitució com a norma suprema de l'ordenament, entre els quals destaquen la ponderació de valors i els principis d'interpretació dels drets i les llibertats de la manera més favorable per a poder-los mantenir, i, en tot cas, sempre conforme a la Constitució.

L'**anàlisi jurídica** del contingut d'aquest dret fonamental exigeix tractar els aspectes següents, que el caracteritzen:

- a) El dret a la **jurisdicció**¹⁸².
- b) El dret al **jutge ordinari**¹⁸³ predeterminat per la llei.
- c) Les **garanties sobre el procés**.

⁽¹⁸²⁾Art. 24.1 CE.

⁽¹⁸³⁾Art. 24.2 CE.

8.2. El dret a la jurisdicció

És el **dret a exigir la prestació jurisdiccional** en un procés, mitjançant les al·legacions i les proves pertinents i d'acord amb les pretensions deduïdes de cada part, per a aplicar la llei d'una manera coercitiva i imparcial al cas concret.

L'accés a la jurisdicció és un dret subjectiu de naturalesa pública, perquè és únicament l'Estat qui estableix les regles de procediment i qui hi queda obligat mitjançant els òrgans dependents del Poder Judicial.

Lectura recomanada

Per a conèixer millor el dret a la tutela jurisdiccional, vegeu:

J. González Pérez (1989). *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas.

D'una manera més concreta, i d'acord amb el que va prescriure l'STC 102/1984, el dret a la tutela judicial ha de permetre el següent:

- a) Accedir a la tutela judicial.
- b) Aconseguir una resolució basada en el dret.
- c) Obtenir l'execució de la sentència.
- d) Exercir els recursos previstos legalment.

1) L'element subjectiu del dret a la tutela judicial

Des d'un punt de vista subjectiu, els titulars del dret a la tutela judicial són:

a) Els **titulars actius**, que són totes les persones, sense que es pugui establir distinció entre persones físiques o jurídiques, o entre nacionals i estrangers. En aquest sentit el Tribunal Constitucional, acollint-se a la doctrina del TEDH¹⁸⁴, ha interpretat que l'expressió *altres persones* a què es refereix la Constitució s'ha d'entendre referida a totes les persones que tenen capacitat per a ser part en un procés. Disposar de capacitat jurídica, doncs, comporta tenir dret de jurisdicció.

(184) Cas Buchholz.

b) Els **titulars passius** del dret que, és obvi, únicament són els jutges i els tribunals que integren el Poder Judicial, i, en general, tots els òrgans jurisdiccionals de l'Estat.

L'accés a la jurisdicció no significa que, automàticament, una **interlocutòria d'inadmissió del recurs** comporti una lesió del dret a la tutela. En aquest sentit hi ha una sèrie de requisits que han d'assegurar que la inadmissió no sigui un acte arbitrari de l'òrgan judicial:

- En primer lloc, és condició *sine qua non* que la causa d'inadmissió invocada per l'autoritat judicial hagi estat prevista legalment.
- En segon lloc, ha de ser motivada, la qual cosa impedeix un simple ús nominal sense cap mena de raonament adjunt.

Tot i així, si l'òrgan judicial dubta de la procedència del recurs, haurà d'aplicar els criteris més favorables per a admetre'l i evitar que es produïxi allò que el Tribunal Constitucional ha denominat *formalismes enervants del procés*. És a dir, es tracta d'impedir que una rigidesa excessiva en aplicar els criteris processals pugui comportar, *de facto*, una lesió del dret a la tutela, cosa que impediria plantejar l'anàlisi de les qüestions de fons del recurs.

Per raons similars, el Tribunal Constitucional ha estimat el **recurs d'empara** en els supòsits en què la inadmissió d'un recurs ordinari s'havia produït tot declarant inaplicable un procediment que sí que ho era.

2) L'element objectiu del dret a la tutela judicial

L'objecte del dret a la jurisdicció es concreta en l'obtenció de la tutela efectiva en l'exercici dels drets i els interessos legítims, que significa obtenir una **resolució judicial conforme al dret**.

Lectura recomanada

Per a aprofundir en el coneixement de l'objecte del dret a la tutela judicial efectiva, vegeu:

A. Figueruelo Burrieza (1990). *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Madrid: Tecnos.

Això no sempre és equivalent a una **sentència** que versí sobre el fons de les pretensions de la part, sinó que, com s'ha vist en l'apartat anterior, l'existència de vicis formals en un recurs pot donar lloc a la seva inadmissió. La resolució judicial presa també és una manera constitucional d'exercir el dret a la tutela judicial.

El dret a la tutela judicial efectiva no significa, com és obvi, que el titular del dret hagi d'obtenir necessàriament una sentència favorable a les seves pretensions; aquest dret fonamental es defineix, un cop superats els requisits de legitimació i la resta dels d'ordre processal, com el **dret a no tenir obstacles o entrebancs per a obtenir la tutela jurisdiccional**.

Pel que fa al seu contingut, l'exercici d'aquest dret comporta el següent per part del seu titular:

a) L'**aportació de fets i fonaments jurídics** que justifiquin la demanda presentada, amb l'objectiu de deduir determinades conseqüències jurídiques que, eventualment, hauran de ser recollides en la sentència de l'òrgan jurisdiccional.

b) Els seus **efectes** incidiran sobre els drets i els interessos de l'altra part, que apareix com a subjecte obligat a suportar legalment les conseqüències esmentades.

c) Per la seva banda, la **part demandada** també és titular del dret a la jurisdicció, que li atribueix el dret a ser escoltada, el dret a acceptar, eventualment, les pretensions del demandant, a negar els fets, a introduir-ne d'altres, etc.

d) Finalment, el dret a la jurisdicció inclou també el **dret a exigir l'aplicació de la norma legal**. Ara bé, en aquest últim cas, si la norma és contrària a la Constitució, la part interessada podrà instar a l'òrgan judicial competent el plantejament de la qüestió d'inconstitucionalitat davant del Tribunal Constitucional; de la mateixa forma, la decisió respecte a això correspon d'una manera exclusiva al jutge o al tribunal ordinari, i les parts del procés ordinari no ho seran en el procés constitucional.

3) L'element formal del dret a la tutela judicial

L'element formal del dret a la tutela apareix a l'article 24.1 de la CE quan prescriu que el seu titular sempre podrà defensar els seus drets i els seus interessos legítims sense que mai no es pugui produir indefensió.

El **dret a la defensa jurídica** pressuposa un debat que es desenvolupa en un **procés** i exigeix un òrgan imparcial, és a dir, una **jurisdicció**. El procés és l'àmbit jurídic on s'han de fer valer les pretensions de les parts; per la seva banda, l'activitat jurisdiccional s'estructura d'acord amb els principis d'igualtat i audiència de les parts.

La **igualtat de les parts** obliga a equilibrar-ne els drets, les càrregues i els deures de manera que s'evitin els avantatges per a l'una i els perjudicis per a l'altra, i l'audiència de les parts exigeix una comunicació permanent de tots els actes que es produeixin en el procés, amb el dret a ser escoltades en tots els actes processals que n'afectin els drets i els interessos.

Per tant, quan aquests principis queden lesionats, es produeix una **situació d'indefensió**, que en general es dóna quan, per un motiu que no està previst legalment, es priva les parts, d'una manera no raonada o mancada de proporcionalitat, de fer valer els seus drets i els seus interessos en el procés, o s'atorga una posició de prevalença a una part en perjudici flagrant de l'altra.

Finalment, tot i que l'article 24 de la CE no en fa una referència explícita, la **legitimació processal** constitueix un dels requisits bàsics que serveixen per a delimitar l'element formal del dret a la jurisdicció. La legitimació és la capacitat processal per a actuar en judici, i el seu contingut està definit específicament per les diverses lleis processals.

No obstant això, de la Constitució deriva un canvi important en els criteris que regulen la legitimació; especialment tenint en compte la rellevància que aquesta atorga al Ministeri Fiscal en tota mena de processos i no solament en el procés penal¹⁸⁵.

⁽¹⁸⁵⁾Art. 124 CE.

8.3. El dret al jutge ordinari predeterminat per la llei

Originàriament, el dret al jutge ordinari es referia al jutge autèntic, imparcial, que es caracteritza per les notes d'independència, inamovibilitat i responsabilitat. Històricament, aquesta accepció ha estat vinculada a la necessitat d'impedir la creació de jutges *ad hoc*, és a dir, de jurisdiccions especials.

El **jutge ordinari** és el jutge oposat a la noció d'aquella mena d'òrgan judicial que és objecte de pressions i manipulacions que en condicionen la independència.

La fórmula que utilitza la Constitució és específica:

Tothom té dret al jutge ordinari predeterminat per la llei.

Article 24.2.

Les primeres conclusions que cal treure del text constitucional són les següents:

- 1) Com ja hem vist, es tracta d'un **dret exigible per totes les persones**, sense distinció per raó de la seva naturalesa jurídica.
- 2) La segona conclusió estableix que el subjecte passiu, o sigui, el jutge ordinari, pot ser tant un **òrgan unipersonal** (jutjat) com un **òrgan col·legiat** (tribunal).
- 3) La noció de jutge ordinari no és absolutament equivalent a jutge natural, entès aquest com a jutge del lloc, sinó a **jutge predeterminat per la llei**, que és una previsió legal de contingut diferent, en la mesura que atorga al legislador un cert marge de maniobra per a atribuir les competències que corresponen als òrgans dependents del Poder Judicial. Vegem-ho.

El dret al jutge ordinari predeterminat per la llei s'ha d'entendre **vinculat al principi d'unitat jurisdiccional**¹⁸⁶ com a principi constitucional que determina l'organització judicial¹⁸⁷. El dret i el principi gaudeixen d'un valor jurídic vinculant que el legislador no pot obviar. Això significa, com la mateixa Constitució reconeix, prohibir l'existència de jurisdiccions especials, exceptuant les que la norma suprema preveu específicament.

Aquesta prohibició vol assegurar l'existència d'un òrgan judicial imparcial; tanmateix, no nega la possibilitat de configurar un òrgan judicial dotat de competències que superin les que serien pròpies del jutge ordinari, entès com a jutge natural o del lloc. La mediació del legislador que la Constitució ha previst permet afirmar que allò que a criteri del Tribunal Constitucional es prohibeix són els jutges "excepcionals o no ordinaris encara que permet al legislador una determinació de les competències d'acord amb els interessos de la justícia [...]"; en aquest sentit, l'Alt Tribunal afegeix¹⁸⁸: "[...] hi ha casos en què per la seva naturalesa, per la matèria sobre la qual van versar, per l'amplitud de l'àmbit territorial en què es produeixen i per la transcendència per al conjunt de la societat", és necessari encomanar la competència jurisdiccional a un òrgan judicial determinat, sense que això sigui contradictori al mandat contingut als articles 24.2 i 117.5 de la CE esmentats.

⁽¹⁸⁶⁾ Art. 24.2 CE.

⁽¹⁸⁷⁾ Art. 117.5 CE.

Jurisdiccions especials

Són jurisdiccions especials la jurisdicció militar en l'àmbit estrictament castrense i en supòsits d'estat de setge, la jurisdicció eclesiàstica, el Tribunal de Comptes i, naturalment, la jurisdicció constitucional.

⁽¹⁸⁸⁾ STC 199/1987.

D'aquesta manera el Tribunal Constitucional va resoldre els possibles dubtes de constitucionalitat que pogués oferir l'existència de l'**Audiència Nacional**¹⁸⁹.

(189) Creada per un decret llei de 1977, un cop vigent la Constitució.

(190) STC 47/1983, 101/1984 i 199/1987.

La jurisprudència del Tribunal Constitucional¹⁹⁰ ha assenyalat que les exigències constitucionals que tenen aquesta finalitat, que permeten l'existència d'un tribunal com l'esmentat, són les següents:

- 1) Que la predeterminació legal significa que l'òrgan judicial que conegui de determinats delictes hagi estat creat prèviament.
- 2) Que la creació s'hagi produït mitjançant llei.
- 3) Que la competència de què disposa sigui de caràcter general i no dissenyada per a un supòsit *ad hoc*.

D'acord amb la jurisprudència del TEDH, que ha avalat l'adequació de l'Audiència Nacional als principis de la Convenció de Roma de 1950¹⁹¹, el Tribunal Constitucional ha considerat que la seva imparcialitat és un bé jurídic protegit pel reconeixement del dret al jutge¹⁹² predeterminat per la llei.

(191) Casos Golder, Le Compte i Sporrang.

(192) STC 145/1988.

Tanmateix, cal posar en relleu que els dos tribunals esmentats han deixat excessivament en un segon pla el valor jurídic del principi d'unitat jurisdiccional i la seva incidència inqüestionable sobre el contingut i els límits que operen sobre el legislador ordinari a l'hora de concretar el contingut del dret a la tutela judicial, proporcionada pel jutge ordinari que han de configurar les lleis processals.

8.4. Les garanties sobre el procés

Amb la seva presència, aquest tercer element definidor del dret a la tutela judicial assegura l'**observança de les regles processals** exigides per la Constitució amb les finalitats següents:

- 1) Respectar els drets fonamentals que no poden ser limitats sense raó justificada.
- 2) Obtenir una sentència ajustada al dret.

El dret a la tutela judicial efectiva exigeix el respecte a totes les regles generals i als principis que deriven del procés¹⁹³, i a totes les altres garanties constitucionals¹⁹⁴.

Lectura recomanada

Per a ampliar el coneixement de les regles processals exigides per la Constitució, vegeu: **V. Gimeno Sendra** (1988). *Constitución y proceso*. Madrid: Tecnos.

(193) STEDH, cas Barberà, Messegué i Jabardo.

(194) Art. 17, 18 i 19 CE.

8.4.1. El dret a la defensa i a l'assistència jurídica

La persona que porta a terme una acció judicial¹⁹⁵ o que hi participa com a demandat pot nomenar o demanar que li sigui assignat un advocat d'ofici que el defensi i l'assisteixi jurídicament.

(195) Subjecte actiu.

El dret a la defensa i a l'assistència jurídica està regulat per la Llei orgànica 14/1983, de 12 de desembre. La **defensa jurídica** és el conjunt d'activitats jurídiques que l'advocat porta a terme en relació amb el cas que se li confia davant dels òrgans jurisdiccionals, mentre que l'**assistència jurídica** consisteix en la presència de l'advocat en actes de rellevància processal per al seu client amb l'objectiu d'assessorar-lo o, simplement, perquè observi el compliment de les formalitats legals prescrites.

L'**elecció lliure d'advocat** no està prevista explícitament per la Constitució, però aquesta llacuna no impedeix que el dret sigui vigent a Espanya en la mesura que es troba incorporat a l'article 14 del Pacte internacional de drets civils i polítics i a l'article 6 del Conveni europeu de drets civils i polítics, que també són dret vigent a Espanya.

En tot cas, l'assistència jurídica es complementa a la Constitució amb el **principi de justícia gratuïta**, que preveu el següent:

La justícia serà gratuïta quan la llei ho disposi i, en qualsevol cas, per a aquells que acreditin insuficiència de recursos per a litigar.

Article 119.

Les disposicions legislatives que regulen aquest dret diferencien la seva aplicació segons que es tracti d'un procés penal o no:

- a) En el primer cas, la persona pot elegir advocat, però, si no en disposa, li serà assignat un defensor d'ofici gratuïtament.
- b) En el segon, l'assistència jurídica gratuïta es dispensa previ compliment d'una sèrie de requisits legals establerts amb aquesta finalitat en funció dels recursos econòmics de l'interessat.

8.4.2. El dret a ser informat de l'acusació formulada

Aquesta és una garantia que afecta específicament el procés penal, tot i que és apreciable l'analogia que presenta respecte al procediment administratiu sancionador.

Consisteix en el **dret a conèixer l'objecte de l'acusació** presentada contra la persona detinguda; aquesta exigència d'informació és requisit imprescindible per a una defensa adient dels drets i els interessos de la persona acusada.

És un dret exigible des del moment de la detenció¹⁹⁶. Posteriorment, al llarg del procés penal, la comunicació a l'imputat de les conclusions provisionals de les parts acusadores¹⁹⁷ marca el moment previ a la celebració del judici oral, que és la fase processal en què el titular del dret adquireix un coneixement ple de la pretensió punitiva formulada contra ell. Per la seva banda, un cop conegudes les conclusions provisionals de les parts acusadores, la defensa de l'acusat ha de formular les seves, abans de l'obertura del judici oral.

El dret a ser informat de l'acusació ha estat definit pel Tribunal Constitucional com el dret a:

"Exercir el dret inviolable de defensa mitjançant les alegacions i la proposta de proves, per aconseguir un equilibri entre l'acusador i l'acusat que eviti la prohibida indefensió."

STC 54/1985.

En aquest sentit l'acusació ha de ser explícita, certa i prèvia¹⁹⁸ perquè la garantia del procés pertinent estigui assegurada; és a dir, l'acusació no es pot produir a posteriori de l'encausament ni tampoc no es pot formular d'una manera implícita.

8.4.3. El dret a un procés públic

La Constitució reconeix el **principi de publicitat**:

Les actuacions judicials seran públiques, amb les excepcions previstes per les lleis de processament.

Article 120.1.

⁽¹⁹⁶⁾Art. 17.3 CE.

⁽¹⁹⁷⁾Ministeri Fiscal i, si compareix, l'acusació particular.

Dret a ser informat de l'acusació formulada

La instrucció processal ha servit, abans, per a aportar els elements de càrrec i de descàrrec que puguin permetre formular la pretensió punitiva esmentada o, si escau, decidir el sobreseïment provisional o definitiu de les actuacions.

⁽¹⁹⁸⁾STC 56/1994.

El principi de publicitat és una garantia concebuda per a evitar situacions d'indefensió com a conseqüència d'un excés d'actuacions judicials de caràcter secret.

També és una garantia per a exercir el dret a comunicar la informació que derivi de la vista oral en un judici.

Exemple d'aplicació del principi de publicitat

En aquest sentit la credencial que permet l'accés dels mitjans de comunicació a la sala de vistes no és una concessió graciosa de l'autoritat judicial competent, sinó una manifestació més del dret a rebre i comunicar informació veraç reconegut a l'article 20.1.d de la CE, que en aquest cas gaudeix d'un valor preferent.

Per tant, el president d'un tribunal no pot impedir l'accés d'un mitjà de comunicació a la sala, naturalment sense perjudici de les potestats de policia que té atribuïdes per al bon ordre del judici¹⁹⁹.

⁽¹⁹⁹⁾STC 30/1982.

Les limitacions d'accés que hi pugui haver han de ser previstes específicament per les lleis processals i, normalment, es refereixen a les qüestions següents:

a) Qüestions vinculades a la salvaguarda del dret a la intimitat²⁰⁰.

⁽²⁰⁰⁾Per exemple, el judici d'un delictes d'agressió sexual.

b) Qüestions vinculades a la seguretat de l'Estat²⁰¹.

⁽²⁰¹⁾Per exemple, un judici sobre matèries classificades com a secret oficial.

En tots dos supòsits, sempre serà l'autoritat judicial qui decideixi.

8.4.4. El dret a un procés sense dilacions inadequades

D'acord amb la jurisprudència del Tribunal Constitucional establerta des de les seves primeres sentències²⁰², les **dilacions** són retards o demores que es produeixen en el procés pels motius següents:

⁽²⁰²⁾Per a totes, l'STC de 14/7/1981.

1) La inobservança dels terminis establerts per la llei.

2) Un perllongament injustificat dels anomenats *temps morts*, que separen un acte processal del segon, sense submissió a termini fix.

La **manca de compliment dels terminis** pot legitimar el fet d'exigir una indemnització, com també continuar el procés a partir del moment en què s'infringeix aquest dret.

El **dret a un procés sense dilacions** no és equivalent al fet que el titular pugui exigir un judici ràpid. Sí que habilita per a exigir que s'acompleixin els terminis legalment previstos i que no es produeixin retards que siguin conseqüència d'una passivitat arbitrària o injustificada del jutge, o incitada per l'acció de tercers.

Al capdavant, aquest dret assegura que la **resolució del procés** es dugui a terme en un termini raonable. Amb aquesta finalitat s'ha de fer el següent:

- a) Verificar l'existència de dilacions inadequades tant en funció de la conducta del litigant com de les autoritats que hi intervenen.
- b) Analitzar, per la ponderació judicial, les pautes i els ritmes processals registrats en casos similars.

Aquesta és la doctrina establerta per la jurisprudència constitucional²⁰³ i també per la del TEDH²⁰⁴.

(203) STC 5/1985.

(204) Casos Zimmermann, Buchholz i Steiner.

8.4.5. El dret a utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la defensa

En general, aquest dret significa la **potestat del titular d'aportar proves** per a justificar les al·legacions presentades en l'exercici de la defensa jurídica.

L'**accés a la jurisdicció** sense cap mena d'entrebancs és la condició *sine qua non* per a presentar els mitjans de prova pertinents. Aquesta condició exigeix interdir qualsevol tipus d'impediments que, d'una manera directa o indirecta, suposin l'aparició de factors discriminatoris per a una de les parts que facin impossible la presentació de la prova.

El requisit que la prova proposada sigui pertinent exigeix que aquesta tingui relació amb la qüestió principal o decisiva del cas; és a dir, que la prova sigui un *thema decidendi*.

A més, el dret a proposar elements de prova no és un dret indiscriminat a presentar-ne qualsevol, sinó els que versin sobre fets que no siguin evidents i que, per aquesta raó, necessitin ser provats. La pertinència d'una prova també ha de valorar que la seva denegació no pugui posar a la part que la proposa en una situació d'indefensió.

8.4.6. Els drets a no declarar contra si mateix, a no confessar-se culpable i a la presumpció d'innocència

1) Els dos primers drets són una forma clàssica del procés penal destinada a l'autoprotecció del titular amb la finalitat d'evitar qualsevol tipus d'indefensió.

2) La presumpció d'innocència reconeguda per la Constitució permet mantenir el principi segons el qual ningú no és culpable fins que no es demostrï el contrari.

La **culpabilitat** ha de ser demostrada pel que fa la imputació d'una acció delictiva i no a l'inrevés. En aquest sentit els òrgans del Poder Judicial competents han de suportar la càrrega de destruir la presumpta innocència de l'imputat.

Per tant, és aquí on cobra especial rellevància la **fase de prova del procediment judicial**. L'òrgan judicial competent ha de valorar les **proves de càrrec**²⁰⁵ presentades contra la persona imputada, i també, com ha reconegut el Tribunal Constitucional, pot valorar les anomenades **proves indiciàries**²⁰⁶.

(205)STC 31/1981.

(206)STC 229/1988.

Aquestes últimes són menys consistentes que les primeres, però també han estat considerades vàlides pel Tribunal Constitucional si van acompanyades de determinats requisits que assegurin i no desnaturalitzin la vigència de la presumpció d'innocència però que, pel seu contingut, permetin aportar un conjunt d'indicis que la puguin destruir²⁰⁷.

(207)STC 105/1988.

8.4.7. L'exclusió del deure de declarar

El principi general és el deure de declarar en un procés. El deure d'un primer testimoni té naturalesa pública i comporta el deure de comparèixer, declarar i que la declaració no sigui contrària a la veritat.

No comparèixer pot suposar la comissió d'un **delicte de manca d'auxili a la justícia**, i no dir la veritat, un **delicte de fals testimoni**.

Ara bé, l'article 24.2 de la CE protegeix dos **supòsits d'exempció** del deure general:

- Un supòsit fonamentat en l'existència d'una relació de parentiu determinada.
- L'altre fonamentat en el dret legítim d'exercir el secret professional, sota determinades condicions²⁰⁸.

(208)Per exemple, els casos de l'advocat, el procurador o els periodistes.

9. Els drets de l'àmbit individual i privat

La Constitució protegeix un conjunt de drets que podem englobar dins de la categoria de drets d'àmbit individual. Aquí només fem referència a una selecció d'aquests drets:

- El dret a la vida i a la integritat física i moral²⁰⁹.
- El dret de llibertat ideològica i religiosa²¹⁰.
- El dret de llibertat i seguretat²¹¹, amb referència especial al procediment d'*habeas corpus*.
- Els drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge²¹², a la inviolabilitat del domicili i al secret de les comunicacions.

(209) Art. 15 CE.

(210) Art. 16 CE.

(211) Art. 17 CE.

(212) Art. 18 CE.

9.1. El dret a la vida i a la integritat física i moral

La Constitució estableix el següent:

Tothom té dret a la vida i a la integritat física i moral, sense que, en cap cas, ningú no pugui ser sotmès a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants. Resta abolida la pena de mort, llevat d'allò que puguin disposar les lleis penals militars per temps de guerra.

Article 15.

Examinem algunes qüestions que planteja aquest article.

9.1.1. La pena de mort

La Constitució pren una opció clara en contra de la pena de mort i expressa, així, el **rebuig democràtic** d'una pena que va ser utilitzada d'una manera cruel durant la dictadura franquista.

De tota manera, la Constitució admet, excepcionalment, que les lleis penals militars estableixin la pena de mort per a determinats delictes comesos en temps de guerra.

Actualment, com a conseqüència de l'aprovació de la Llei orgànica 11/1995, de 27 de novembre, la pena de mort ha estat abolida també per als delictes comesos en temps de guerra.



Manifestació a Roma, el 24 de setembre de 1975, contra la pena de mort que va imposar el Govern franquista a dos membres d'ETA i tres del FRAP, on els manifestants porten les fotografies dels condemnats.

9.1.2. L'avortament

(213)STC 53/1985.

Una qüestió molt polèmica és l'avortament. El Tribunal²¹³ va haver de resoldre un recurs previ d'inconstitucionalitat contra el text definitiu del Projecte de l'article 417 bis del Codi penal. Aquest projecte despenalitzava parcialment l'avortament consentit per la dona.

L'avortament no seria castigat penalment en **tres supòsits**:

- a) **L'avortament terapèutic**, quan sigui necessari per a evitar un perill greu per a la vida o la salut de l'embarassada.
- b) **L'avortament ètic**, quan l'embaràs sigui conseqüència d'un fet constituït de violació, sempre que l'avortament es practiqui en les primeres dotze setmanes i la violació s'hagi denunciat.
- c) **L'avortament eugenèsic**, quan sigui provable que el fetus naixerà amb imperfeccions físiques o psíquiques greus, sempre que l'avortament es practiqui en les primeres vint-i-dues setmanes i el diagnòstic desfavorable consti en un dictamen emès per dos metges especialistes diferents del qui intervingui l'embarassada.



Manifestació a Barcelona, a favor de l'avortament lliure i gratuït.

El projecte va ser impugnat per 54 diputats, que consideraven que negava el dret a la vida²¹⁴, de què és titular el *nasciturus*. Les **tesis** que el Tribunal Constitucional va anar establint al llarg del seu raonament són les següents:

(214)Art. 15 CE.

1) El *nasciturus* no és titular del dret a la vida²¹⁵, però sí que representa un **bé jurídic fonamental**²¹⁶ protegit per l'article 15 de la CE. En conseqüència, l'Estat té dos deures:

(215)Art. 15 CE.

(216)La vida humana.

a) El **deure negatiu** de protegir el *nasciturus*, que és el deure general de no interrompre el procés de gestació.

b) El **deure positiu** de protegir el *nasciturus*, que consisteix en el deure d'establir un sistema de normes jurídiques que protegeixin d'una manera efectiva la vida del fetus enfront dels atacs de terceres persones. Com a garantia última, l'Estat ha d'establir normes penals que castiguin aquests atacs.

2) El legislador penal ha de tenir en compte que, al costat de la vida del fetus, també es debaten els **drets de la mare com a dona**:

a) El dret a la dignitat i al lliure desenvolupament de la personalitat²¹⁷.

(217)Art. 10 CE.

b) El dret a la integritat física i moral²¹⁸.

(218)Art. 15 CE.

c) El dret a la llibertat ideològica²¹⁹.

(219) Art. 16 CE.

d) Els drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge²²⁰.

(220) Art. 18.1 CE.

La **protecció de la vida del fetus** s'ha de compatibilitzar, en la mesura que sigui possible, amb la protecció d'aquests drets de la dona. Per això, és admissible, i fins i tot obligatori, que el legislador limiti la protecció del fetus en supòsits determinats. En concret, està justificat que el legislador penal deixi d'imposar penes en aquells casos tan extraordinaris on no es pot exigir a una dona que no avorti.

3) Una vegada establert aquest marc de referència, el Tribunal va examinar els **supòsits** en què el projecte decidia no castigar l'avortament. El Tribunal va considerar que en aquests supòsits seria inadequat castigar l'avortament, ja que els drets fonamentals de la dona s'hi implicaven d'una manera tan directa que no se li podia exigir una altra conducta. Per tant, era constitucionalment vàlid que el projecte declarés no punible l'avortament en els tres supòsits que hem vist.

4) Ara bé, el Tribunal va considerar que al projecte li faltaven **garanties suficients** per tal d'assegurar la protecció dels béns implicats i per a verificar que es donaven en cada cas els supòsits de fet que el projecte declarava no punibles. Així, s'haurien d'exigir les condicions següents:

a) En l'avortament terapèutic, que un metge especialista emetés un dictamen.

b) En l'avortament terapèutic i eugenèsic, que la comprovació del supòsit de fet es fes amb anterioritat a la realització de l'avortament, i que tant la comprovació com l'avortament es practiquessin en centres sanitaris autoritzats públics o privats.

El Tribunal va afegir que aquestes **exigències constitucionals** no quedarien infringides si el legislador decidís excloure la dona²²¹ del cercle de responsables penals en el cas que l'avortament s'hagués practicat sense respectar aquestes garanties addicionals que el Tribunal exigia.

(221) A diferència dels metges i altres tercers.

Finalment, el Tribunal deixava clar que el legislador podia adoptar qualsevol altra solució pel que fa a les garanties necessàries: la indicació del Tribunal no n'excloïa altres solucions possibles.

Per tot això, el Tribunal Constitucional va declarar **inconstitucional** el Projecte de l'article 417 bis del Codi penal no per raó dels supòsits en què el projecte declarava que l'avortament no era punible, sinó per **manca de les garanties** mencionades.

La sentència va provocar sis **vots particulars**²²², que van criticar la decisió del Tribunal per motius diversos:

a) Un dels motius principals va ser que, segons els magistrats discrepants, el Tribunal havia actuat en aquest cas com a legislador positiu: va obligar el legislador a afegir un conjunt de garanties, quan en l'exercici de la seva funció el Tribunal s'havia de limitar a declarar si la norma impugnada, tal com estava, era vàlida o no.

b) Un altre motiu feia referència a la manera com el Tribunal va utilitzar la jurisprudència de valors, cosa que va fer girar el discurs entorn del valor de la vida²²³, en detriment dels drets fonamentals de la dona afectada.

Com a conseqüència de la sentència, el legislador va modificar el Projecte de l'article 417 bis del Codi penal d'acord amb les modificacions que el Tribunal Constitucional va indicar. Aquesta regulació avui encara és vigent, ja que el nou Codi penal aprovat per la Llei orgànica 10/1995 declara no derogat l'article 417 bis del Codi penal anterior²²⁴.

Com a contrapunt de les tesis defensades pel Tribunal Constitucional, reflexioneu sobre dues **teories alternatives** que s'han proposat per a resoldre la qüestió constitucional que planteja la penalització de l'avortament:

a) Una teoria apel·la a la **llibertat ideològica i religiosa**²²⁵. La idea és que en la controvèrsia sobre l'avortament es produeix una discrepància perquè hi ha diverses concepcions sobre la vida.

Ningú no creu, realment, que el **fetus** sigui una persona, perquè llavors s'hauria de castigar el metge que sacrifica el fetus per tal de salvar la mare: com pot un tercer matar una persona innocent per salvar-ne una altra? Si el fetus fos una persona, l'actuació del metge hauria de ser castigada. D'altra banda, tothom dóna un cert valor al fetus: ningú no considera que sigui moralment indiferent sacrificar el fetus.

Els desacords provenen de l'existència d'una **diversitat de concepcions** sobre què és allò que dóna valor a la vida:

(222) Els vots particulars van ser els dels magistrats Jerónimo Arozamena, Luis Díez Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Ángel Latorre, Manuel Díez de Velasco i Francisco Rubio.

(223) No figura entre els valors superiors mencionats a l'article 1.1 de la CE.

(224) DD primera del nou codi.

(225) A la Constitució espanyola es protegeix a l'article 16.1.

- Per a uns la contribució cabdal al valor de la vida prové de la naturalesa.
- Per als altres prové de la inversió humana.

Els fonaments per a sostenir una visió o una altra depenen de conviccions profundes sobre la vida i la mort. En una societat liberal, l'Estat no pot prendre partit per una concepció o una altra²²⁶ i, per tant, ha de deixar als individus afectats la decisió autònoma i responsable d'avortar o no, però amb un límit: el moment a partir del qual el fetus té capacitat sensitiva. A partir d'aquest punt és titular d'interessos, i l'Estat pot decidir protegir-lo mitjançant la prohibició d'avortar.

(226) O qualsevol concepció intermèdia.

Lectura recomanada

Per a aprofundir en el tema del dret a la vida, vegeu:

R. Dworkin (1994). *El domini de la vida*. Barcelona: Ariel.

b) Una altra teoria invoca el **dret a no ser discriminat**. Segons aquesta teoria, defensada per **Guido Calabresi**, en el cas de l'avortament ens trobem amb un conflicte greu entre dos grans **valors**: la vida i la llibertat individual. Una comunitat pot decidir democràticament donar més pes a un valor o a l'altre.

Lectura complementària

Sobre aquesta teoria alternativa, podeu consultar:

G. Calabresi (1985). *Ideals, Beliefs, Attitudes and the Law*. Nova York: Syracuse University Press.

No es pot interpretar que la Constitució predetermina quina opció s'ha de seguir. El que sí que estableix és un **límit**: la càrrega que suposa mantenir la vida s'ha de repartir sense discriminacions.

Si els homes poguessin quedar embarassats, una llei que prohibís l'avortament seria perfectament constitucional, ja que tant els homes com les dones en patirien les conseqüències, en termes de llibertat individual, de defensar la vida al màxim. Però, com que els homes no poden quedar embarassats, les lleis prohibitives de l'avortament són discriminatòries: només les pateixen les dones. L'única manera de salvar una llei que prohibeixi avortar és imposar als homes costos similars.

Exemple

Per exemple, un cost similar seria que els pares que esperen un fill haguessin de donar sang a qui la necessita per a sobreviure.

Activitat

Després de llegir aquestes teories alternatives a la qüestió de la penalització de l'avortament, expliqueu què en penseu.

9.1.3. La vaga de fam

Pot l'Estat alimentar per la força una persona que fa vaga de fam, per tal de salvar-li la vida? El 1990 el Tribunal Constitucional va haver de resoldre un conjunt de casos en què uns presos en vaga de fam van interposar recurs d'empara contra una decisió judicial que va establir que es podia imposar als presos un tractament mèdic quan la seva vida correu perill, amb el límit que no se'ls podia alimentar per la boca mentre estiguessin conscients.

El Tribunal²²⁷ va declarar que aquesta resolució judicial no violava cap dret fonamental emparable.

(227)STC 120/1990.

En concret, el Tribunal Constitucional va fer les consideracions següents:

1) Va considerar que no es violava el **dret a la vida**²²⁸, ja que aquest dret no inclou el dret a la pròpia mort.

(228)Art. 15 CE.

En el cas dels presos, a més, es dona una circumstància peculiar: es troben en una **relació administrativa de subjecció especial** amb l'Administració penitenciària, relació que pot justificar la imposició de restriccions més intenses en els drets fonamentals. Al cap i a la fi, els presos en vaga de fam no buscaven directament la seva mort, sinó pressionar l'Administració perquè canviés la seva política penitenciària, la qual és lícita mentre no sigui judicialment anul·lada. Per això, la decisió d'imposar un tractament mèdic als presos tan bon punt la seva vida corri perill no vulnera el dret a la vida.

2) El Tribunal Constitucional tampoc no va considerar violat el **dret a la integritat física i moral**. Va admetre que aquest dret quedava afectat per la decisió del tractament forçós, però va considerar que la limitació d'aquest dret estava justificada per la necessitat de salvaguardar la vida del pres.

3) Tampoc no va ser recollit pel Tribunal Constitucional l'argument que el **tractament** significava una tortura o tracte inhumà o degradant. Segons el Tribunal Constitucional, no hi havia cap ànim vexatori ni humiliant en la decisió d'alimentar els presos per força. De fet, la resolució judicial impugnada ja deixava clar que l'alimentació per la via bucal no es podia fer mentre el pres estigués en estat de consciència, ja que en aquest cas sí que podria adquirir el tractament un caràcter humiliant.

La **sentència** inclou dos vots particulars²²⁹, on es qüestiona, en síntesi, la rellevància que el Tribunal dona al fet que els presos es trobessin en situació de subjecció especial, com també al tipus de motiu reivindicatiu que va portar els presos a fer la vaga de fam.

(229)Els dels magistrats Miguel Rodríguez-Piñero i Jesús Leguina.

9.2. El dret a la llibertat ideològica i religiosa

La Constitució diu el següent:

1. Es garanteix la llibertat ideològica, religiosa i de culte dels individus i de les comunitats sense cap més limitació, quan siguin manifestats, que la necessària per al manteniment de l'ordre públic protegit per la llei.
2. Ningú podrà ser obligat a declarar quant a la seva ideologia, religió o creences.
3. Cap confessió tindrà caràcter estatal. Els poders públics tindran en compte les creences religioses de la societat espanyola i mantindran les conseqüents relacions de cooperació amb l'Església Catòlica i les altres confessions.

Article 16.

L'exercici del dret a la llibertat ideològica està regulat per la Llei orgànica 7/1980, de 5 de juny, de llibertat religiosa (LOLR). En aquest apartat només tractarem d'algunes qüestions.

1) El contingut de la llibertat ideològica

En primer lloc, la llibertat religiosa i de culte no esgota el contingut de la llibertat ideològica. Aquesta darrera és més àmplia: és el dret a gaudir d'autonomia per a formar i exterioritzar les conviccions morals, siguin o no de caire religiós. L'exteriorització pública de les conviccions pròpies no té un altre límit que l'ordre públic protegit per la llei.

Dret a la llibertat ideològica i a l'objecció de consciència

El dret a la llibertat ideològica i el dret a l'objecció de consciència estan connectats, encara que el Tribunal Constitucional ha volgut donar a aquest darrer dret una certa autonomia en relació amb el primer.

La llibertat ideològica encara va més lluny: cobreix fins i tot el **dret d'actuar d'una manera coherent** amb les pròpies conviccions. Ara bé, això planteja un problema: si cadascú actua segons les seves conviccions, l'autoritat de la llei desapareix.

Lectura recomanada

Per a aprofundir en la qüestió de l'objecció de consciència, vegeu:

P. Santolaya Machetti (2001). "De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)". A: Diversos autors. *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.

En principi, el deure d'obeir la llei preval sobre el dret a actuar segons les pròpies conviccions, però hi ha casos en què l'ordenament jurídic permet eximir del deure d'obeir la llei els que tenen objeccions morals fortes en contra: **l'objecció de consciència**.

⁽²³⁰⁾Art. 30.2 CE.

⁽²³¹⁾Art. 16 CE.

⁽²³²⁾STC 160/1987.

Exemple

Exemples de la manifestació del dret a l'objecció de consciència

1. Una manifestació concreta d'això la trobem a l'article 30.2 de la CE, quan consagra el dret a l'objecció de consciència com a causa d'exempció del deure de prestar el servei militar obligatori.

A l'STC 15/1982 el Tribunal Constitucional va considerar que l'objecció de consciència prevista a l'article 30.2 de la CE és una especificació de la llibertat ideològica de l'article 16 de la CE. Segons el Tribunal Constitucional, era necessari que aquesta especificació s'inclogués d'una manera explícita a l'article 30.2 de la CE, com de fet va fer el poder constituent, ja que l'article 30.1 de la CE estableix un deure constitucional: el deure de defensar Espanya i de prestar el servei militar obligatori.

Lectura complementària

Sobre el dret d'objecció de consciència dels metges, vegeu l'STC 53/1985 FJ 14.

Tenint en compte aquesta connexió entre el dret d'objecció de consciència²³⁰ i el dret de llibertat ideològica²³¹, el Tribunal Constitucional va afirmar que el dret a l'objecció de consciència té eficàcia directa, sense necessitat que es dicti la llei reguladora prevista a l'article 30.2 de la CE.

De tota manera, posteriorment²³² el Tribunal Constitucional va posar més èmfasi en el caràcter autònom del dret a l'objecció de consciència de l'article 30.2 respecte a la llibertat ideològica de l'article 16. D'aquesta manera va poder justificar la seva conclusió que la regulació del dret a l'objecció de consciència de l'article 30.2 de la CE no estava reservada a llei orgànica.

2. L'objecció de consciència al deure militar no és l'únic cas d'objecció de consciència constitucionalment acceptat. Segons l'STC 53/1985, el **dret dels metges** a exercir l'objecció de consciència enfront de la pràctica d'un avortament és un dret que, com a part integrant de la llibertat ideològica de l'article 16 de la CE, és directament aplicable, malgrat que no se n'hagi dictat encara cap llei reguladora.

3. Per la seva banda, el Tribunal Suprem ha hagut de resoldre casos en què unes persones que eren testimonis de Jehovà van al·legar motius religiosos per a justificar la seva negativa a participar com a presidents o vocals en les meses electorals. El Tribunal Suprem no ha manifestat una doctrina clara respecte a això, encara que la tendència és clarament restrictiva i negativa pel que fa al dret a objectar.

4. Recentment també s'ha plantejat si els ciutadans cridats a formar part d'un jurat poden al·legar objecció de consciència. La qüestió és controvertida, ja que (en vista dels debats parlamentaris) es pot considerar que aquesta objecció podria quedar inclosa en l'exclusa general que preveu la mateixa Llei del jurat de 1995:

Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

Article 12.7.

La pràctica judicial en relació amb aquest punt és, de moment, variada.

2) L'eficàcia enfront de tercers del dret a la llibertat ideològica

El dret a la llibertat ideològica té eficàcia enfront de tercers. Així, per exemple, la LOLR estableix el següent:

No podran al·legar-se motius religiosos per a impedir a ningú l'exercici de qualsevol treball o activitat.

Article 1.2.

Un empresari no es pot negar a contractar algú per motius religiosos. Amb més raó, no pot acomiadar ningú per aquests motius. Ara bé, en alguns casos no és clar fins a quin punt l'empresari ha respectat o no la llibertat religiosa.

Exemple d'un cas controvertit sobre el dret a la llibertat ideològica

El Tribunal Constitucional²³³ va haver de resoldre el cas d'una dona treballadora que es va convertir a l'Església Cristiana Adventista del Setè Dia. Les regles d'aquesta església imposen la inactivitat laboral des de la posta del sol del divendres fins a la posta del sol del dissabte. En conseqüència, la treballadora va demanar a l'empresa que li canviés el règim d'horaris per tal de poder fer festa els dissabtes (en comptes dels diumenges). L'empresa ni va acceptar un canvi de torn laboral ni tampoc no va acceptar l'absència de la treballadora amb pèrdua de salari a compensar amb altres hores.

La treballadora va faltar al treball i va ser acomiadada. Els tribunals es van negar a declarar nul l'acomiadament, i ella va acudir al Tribunal Constitucional, tot al·legant violació de la llibertat religiosa. El Tribunal Constitucional va denegar l'empara. Segons el Tribunal Constitucional, l'empresa "no ha possibilitat el compliment dels deures religiosos" de la

Nota

La festa en diumenge es manté en l'actualitat per raons seculars i la prova n'és que el legislador permet pactes i acords en sentit contrari.

⁽²³³⁾STC 19/1985.

treballadora, però això és diferent d'una "actuació coercitiva impeditiva de la pràctica religiosa".

Només això darrer comportaria una **lesió de la llibertat religiosa**. Segons el Tribunal Constitucional, tampoc no s'havia vulnerat el principi d'igualtat, en connexió amb la llibertat religiosa, ja que la festa del diumenge no és imperativa perquè es pot pactar un altre dia de festa per conveni col·lectiu o contracte individual, i no es justifica per raons religioses, encara que en els seus orígens el diumenge es va establir com a festa per raons vinculades a la tradició cristiana. Per tant, del fet que la festa en diumenge com a regla general afecti desfavorablement un grup de treballadors determinat no pot derivar la conclusió que s'ha atemptat contra la seva llibertat religiosa.

Què us sembla aquest raonament? És rellevant considerar fins a quin punt l'empresari podia revisar sense greus perjudicis organitzatius el sistema de torns de la treballadora? En aquest cas, l'empresa va al·legar que, tal com funcionaven les màquines de la fàbrica, era impossible donar festa a la treballadora els dissabtes i fer-la treballar els diumenges. Hauria estat diferent el cas si aquesta revisió d'horaris hagués estat possible des d'un punt de vista organitzatiu?

D'altra banda, tingueu en compte que amb posterioritat a aquesta sentència, s'ha aprovat la Llei 24/1992, que formalitza l'Acord de cooperació entre l'Estat i la Federació d'Entitats Religioses Evangèliques d'Espanya. L'article 12 preveu la festa religiosa del dissabte i reconeix el dret dels membres d'aquesta església a ser dispensats de fer exàmens aquest dia, tant en les escoles públiques i privades concertades com en les proves d'ingrés a l'Administració, encara que en aquest últim cas el dret se subordina al fet que "no hi hagi causa motivada que ho impedeixi".

Si l'Estat ha de possibilitar activament el respecte a les festivitats religioses, no es podria exigir a l'empresari un deure similar, en la mesura que fos possible?

Finalment, tingueu en compte que els Acords de 3 de gener de 1979, entre l'Estat espanyol i la Santa Seu, sobre assumptes jurídics estableixen que:

L'Estat reconeix com a dies festius tots els diumenges.

Article 3.

Fins a quin punt es pot dir que avui la festa dominical és absolutament secular des del punt de vista de l'Estat espanyol?

3) El règim de cooperació en un sistema de llibertat religiosa

La Constitució preveu un règim de cooperació entre l'Estat i l'Església catòlica i les altres confessions.

Aquest règim de cooperació no és l'únic possible en un sistema de llibertat religiosa. En altres països²³⁴ la llibertat religiosa de l'individu està acompanyada d'un deure de l'Estat d'abstenir-se de cooperar amb cap religió; s'entén que hi ha d'haver una barrera que separi totalment l'Estat de les diverses esglésies.

⁽²³⁴⁾Per exemple als Estats Units.

L'opció del **constituent espanyol** no ha estat aquesta i ha volgut compaginar la llibertat religiosa amb un deure de cooperació estatal amb les diverses confessions:

a) D'acord amb l'article 5 de la LOLR, les esglésies, les confessions i les comunitats religioses gaudiran de **personalitat jurídica** una vegada inscrites al corresponent Registre Públic del Ministeri de Justícia.

b) L'article 7 de la LOLR preveu que l'Estat establirà **acords o convenis de cooperació** amb les esglésies, les confessions o les comunitats inscrites en el Registre sempre que, pel seu àmbit i el nombre de creients, hagin obtingut un arrelament notori a Espanya. Aquests acords s'aprovaran per llei.

c) Finalment, l'article 8 de la LOLR preveu la creació dins del Ministeri de Justícia d'una **comissió assessora de llibertat religiosa** de caràcter paritari²³⁵. L'Estat va signar amb la Santa Seu uns acords²³⁶ i, per les lleis 24/1992, 25/1992 i 26/1992, ha aprovat els acords amb la Federació d'Entitats Evangèliques d'Espanya, la Federació de Comunitats Israelianes d'Espanya i la Comissió Islàmica d'Espanya, respectivament.

9.3. Els drets a la llibertat i a la seguretat (consideració especial al dret d'*habeas corpus*)

La Constitució estableix el següent:

1. Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat. Ningú podrà ser privat de la seva llibertat, sinó amb observança del que estableix aquest article i en els casos i en la forma previstos en la llei.
2. La detenció preventiva no podrà durar més temps del que sigui estrictament necessari per a fer les indagacions per tal d'aclarir els fets i, en qualsevol cas, dins el termini màxim de setanta-dues hores, el detingut haurà de ser posat en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial.
3. Tota persona detinguda ha de ser informada immediatament i de manera que li sigui comprensible, dels seus drets i de les raons de la detenció, i no podrà ser obligada a declarar. Es garanteix l'assistència d'advocat al detingut en les diligències policials i judicials, en la forma que la llei estableixi.
4. La llei regularà un procediment d'*habeas corpus* per tal de posar immediatament a disposició judicial tota persona detinguda il·legalment. També es determinarà per llei el termini màxim de durada de la presó provisional.

Article 17.

9.3.1. Els supòsits de privació de llibertat

Tota **privació física de llibertat** s'ha de fer d'acord amb la llei. Per raons democràtiques i de seguretat jurídica, es reserva a la llei la determinació dels casos i de les formes amb què es pot ordenar la privació de llibertat d'una persona.

Els **supòsits de privació de llibertat** són variats; normalment pensem en supòsits que estan vinculats a un procés penal, però aquests no en són els únics casos.

La llibertat religiosa

Segons el sistema de la Constitució espanyola, la llibertat religiosa i el principi de no-confessionalitat de l'Estat es combinen amb el principi de cooperació entre l'Estat i les diverses confessions religioses.

⁽²³⁵⁾ Amb representants de l'Estat i de les diverses confessions.

⁽²³⁶⁾ Els Acords de 3 de gener de 1979.

Lectura recomanada

J. García Morillo (1995). *El Derecho a la libertad personal*. València: Tirant lo Blanch.

Exemple

Per exemple, també constitueix una privació de llibertat la mesura d'internar en un centre psiquiàtric una persona incapaç, mesura que es troba regulada a l'article 211 del Codi civil, o d'ingressar un estranger a un "centre d'internament", mentre es resol l'expedient pel seu retorn o expulsió (mesura cautelar prevista a l'article 58 de la Llei Orgànica 4/2000, "de drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social").

Els supòsits de privació de llibertat que es produeixen en connexió amb el procés penal poden tenir lloc en dos moments:

1) Abans que es dicti sentència²³⁷. L'article 17 de la CE dedica els apartats 2, 3 i 4 al supòsit específic de la detenció preventiva: estableix un termini màxim en què el detingut ha de ser posat a disposició judicial, li reconeix uns drets processals i estableix un procediment per a garantir el seu respecte.

(237) Detenció preventiva i presó provisional.

a) El primer problema que planteja la privació de llibertat acordada abans de la sentència penal és determinar si les **garanties** establertes als apartats 2, 3 i 4 de l'article 17 de la CE només es reconeixen a qui està en situació de detenció preventiva. El Tribunal Constitucional ha considerat que no: també s'estenen a altres supòsits²³⁸.

(238) STC 115/1987.

b) El segon problema és, doncs, determinar quins **tipus de privació de llibertat** porten aparellades totes o algunes de les garanties que són pròpies de la detenció.

2) Després de dictar sentència²³⁹. En aquest cas, la garantia de legalitat que l'article 17.1 de la CE reconeix es troba ampliada més endavant:

(239) Pena de presó o mesura de seguretat privativa de llibertat, establertes en sentència penal.

Ningú pot ser condemnat o sancionat per accions o omissions que en el moment de produir-se no constitueixin delictes, falta o infracció administrativa, segons la legislació vigent en aquell moment.

Article 25.1 CE.

En la mesura que les **normes penals** afecten el desenvolupament d'un dret fonamental, el dret a la llibertat personal de l'article 17 de la CE, han de ser lleis orgàniques²⁴⁰. A més, s'ha de tenir en compte una altra garantia: l'Administració civil no pot imposar sancions que, directament o subsidiàriament, impliquin privació de llibertat²⁴¹.

(240) STC 140/1986.

(241) Art. 25.3 CE.

Exemples de casos sobre les garanties aplicables a la privació de llibertat

1. Un dels casos que es van plantejar al Tribunal Constitucional va ser la **mesura d'identificació** prevista a l'article 20.2 de la Llei orgànica 1/1992, de protecció de la seguretat ciutadana. Aquest article estableix que, si els agents de l'autoritat no poden identificar una persona, i sempre que la identificació sigui necessària per a impedir la comissió d'un delictes o una falta, o per a sancionar una infracció, podran requerir a aquella persona que els acompanyi a dependències properes que tinguin mitjans adequats per a portar a terme les diligències d'identificació, amb aquesta finalitat i només pel temps imprescindible.

El precepte va ser impugnat davant del Tribunal Constitucional, i aquest el va declarar vàlid, sempre que s'entengués amb determinades restriccions²⁴².



Segons el Tribunal Constitucional, la persona requerida es trobava en situació de privació de llibertat. Aquesta privació està, no obstant això, justificada, ja que l'objectiu que es busca és legítim i de pes suficient: impedir la comissió d'un il·lícit penal o possibilitar la imposició d'una sanció per una infracció ja comesa.

(242)STC 341/1993.

Ara bé, la privació de llibertat no constitueix un supòsit de detenció en sentit estricte. És per això que no totes les garanties del detingut li són aplicables: algunes sí i altres no, en funció de les característiques específiques de la diligència d'identificació:

(243)Com la mateixa llei estableix.

- En primer lloc, segons el Tribunal Constitucional, la persona requerida té dret²⁴³ que la diligència d'identificació duri el temps imprescindible, però el límit màxim de les setanta-dues hores que la Constitució estableix per als casos de detenció no és suficient: les diligències d'identificació han de durar molt menys.
- En segon lloc, el requerit té dret a ser informat d'una manera immediata de les raons del requeriment.
- En tercer lloc, el dret a ser advertit del dret a no incriminar-se, com també el dret a designar un advocat no operen en aquest cas per la senzilla raó que la diligència prevista en l'article 20.1 de la llei impugnada és una diligència de mera identificació: en cap cas no és procedent que la policia faci un interrogatori.
- Per acabar, el Tribunal Constitucional reconeix que el procediment d'*habeas corpus* és aplicable per tal de protegir la persona afectada del risc que es produeixin irregularitats en la pràctica de la diligència prevista a l'article 20.1 de la Llei orgànica 1/1992.

2. Un altre cas controvertit és el de qui està conduint un vehicle de motor i és requerit per la policia a fer una **prova d'alcoholèmia**. Segons el Tribunal, aquesta persona no és detinguda en el sentit constitucional del terme. En conseqüència:

"La realización de esta prueba [...], así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público 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 que se halle sujeto a las normas de la policía de tráfico."

STC 107/1985, fonament jurídic 3.

9.3.2. Les garanties del detingut

La **primera garantia constitucional del detingut**²⁴⁴ és el caràcter temporalment limitat de la detenció: aquesta només pot durar "el temps que sigui estrictament necessari per a fer les indagacions per tal d'aclarir els fets".

(244)La Constitució estableix aquesta garantia capital a l'article 17.2.

El límit màxim de setanta-dues hores és addicional: la detenció ha de durar menys si el temps estrictament necessari és de menys de setanta-dues hores. Transcorregut el termini pertinent, el detingut ha de ser posat en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial.

La LECr regula als articles 489 a 501 els **supòsits** i el **procediment** de la detenció, i als articles 502 a 519, els de la presó provisional. Tant pel que fa als detinguts com als presos provisionals, la LECr dedica els articles 520 a 527 a regular-ne les **garanties processals**, concretant allò que disposa l'article 17 de la CE.

S'ha de tenir en compte que el Tribunal Constitucional ha fet una lectura restrictiva dels supòsits en què es pot acordar la presó provisional. En primer lloc, només es pot decretar la presó en la mesura que sigui necessari per a evitar certs riscos: que l'imputat se sotragui a l'acció de la justícia, que obstrueixi la instrucció penal, o que delinqueixi. El jutge ha de ponderar les circumstàncies i verificar si, en el cas concret, la presó provisional és realment necessària. La gravetat del delictes que s'imputa a la persona no és raó suficient per a decretar la presó.

Podeu veure un resum d'aquesta doctrina a la STC 44/1997. En la STC 47/2000, el Tribunal ha posat en dubte la constitucionalitat dels mateixos articles 503 i 504 de la LECr, en la mesura que no expliciten aquests límits que el TC considera exigibles a la llum de la Constitució. Per això, ha plantejat una "autoqüestió" al Ple, que haurà de decidir si declarar o no la inconstitucionalitat dels esmentats preceptes.

Deixant de banda la remissió que hem de fer dels estudis de dret processal penal, cal examinar breument alguns articles de la LECr, especialment l'article 520.

Aquest precepte estableix que tota persona detinguda o presa ha de ser informada, d'una manera immediata i que li sigui comprensible, dels fets que se li imputen i de les raons que han motivat la seva privació de llibertat, com també dels drets que té.

Els drets del detingut o pres

L'article 520 de la LECr especifica els drets del detingut o pres i concreta les garanties reconegudes a l'article 17 de la CE.

El precepte esmentat reconeix els **drets** següents:

- 1) Dret a guardar silenci, sense declarar si no vol, a no contestar alguna o algunes preguntes, o a manifestar que només declararà davant del jutge.
- 2) Dret a no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable.
- 3) Dret a designar advocat i a sol·licitar la seva presència perquè l'assisteixi a les diligències policiaques i judicials de declaració i intervingui en tot reconeixement d'identitat de què sigui objecte. Si el detingut o pres no designés advocat, es procedirà a la designació d'ofici.
- 4) Dret que la detenció i el lloc en què es trobi en cada moment es posi en coneixement del familiar o la persona que desitgi. Els estrangers tindran dret que les circumstàncies anteriors es comuniquin a l'oficina consular del seu país.
- 5) Dret a ser assistit gratuïtament per un intèrpret, quan es tracti d'un estranger que no compregui o no parli el castellà.

La falsa declaració

El Codi penal (art. 458 a 462) només castiga el fals testimoni, però no la falsa declaració d'un imputat.

El procediment de nomenament d'advocat

El procediment de nomenament d'advocat es regula a l'apartat 4 de l'article 520 de la LECr, i el tipus d'activitat en què consisteix l'assistència d'advocat es recull a l'apartat 6.

6) Dret a ser reconegut per un metge forense o el seu substitut legal i, si no n'hi ha, pel de la institució en què es trobi, o per qualsevol altre que depengui de l'Estat o d'altres administracions públiques.

Dret per comunicació del detingut

L'STC 74/1987 estableix que aquest dret també es reconeix, per exigència constitucional derivada de l'article 24 de la CE, al detingut que sigui espanyol i que no compregui o parli el castellà.

S'ha de tenir en compte que la LECr preveu la possibilitat que el jutge decideixi, com a mesura excepcional i de duració breu, la **incomunicació del detingut o pres**²⁴⁵. En aquests casos, l'article 527 de la LECr preveu que el detingut o pres, mentre duri la seva incomunicació, podrà gaudir dels drets reconeguts a l'article 520, però amb les modificacions següents:

(245) Art. 506 LECr.

a) En tot cas, el seu advocat serà designat d'ofici²⁴⁶.

(246) Mesura que el Tribunal Constitucional ha declarat vàlida a l'STC 196/1987.

b) No tindrà dret a comunicar la detenció a un familiar o a la persona que desitgi.

c) Tampoc no tindrà dret a l'entrevista reservada amb el seu advocat una vegada practicada una diligència en què aquest darrer hagi intervingut.

Un dels **supòsits** en què es preveu expressament la possibilitat que es decideixi la incomunicació és el dels detinguts i presos que siguin sospitosos d'estar relacionats amb bandes armades, o els individus terroristes o rebels.

Així ho estableix l'article 520 bis de la LECr, que, a més, preveu en aquests casos les possibilitats següents:

1) Que la policia practiqui la incomunicació del detingut mentre el jutge resol la sol·licitud d'incomunicació.

2) Que la detenció es perllongui durant quaranta-vuit hores més, respecte al termini de setanta-dues hores que regeix com a termini màxim de detenció amb caràcter general.

9.3.3. El procediment d'*habeas corpus*

Per tal d'assegurar la regularitat de la privació de llibertat, es preveu un **procediment sumari**, de cognició limitada, que tradicionalment s'anomena *habeas corpus*. Mitjançant aquest procediment es pot aconseguir que es posi immediatament a **disposició judicial** qualsevol persona detinguda il·legalment.

Lectura recomanada

Per tal d'ampliar la informació sobre el procediment sumari, vegeu:

V. Gimeno Sendra (1996). *El proceso de Habeas Corpus*. Madrid: Tecnos.

La llei que regula aquest procediment és la Llei orgànica 6/1984. Es tracta d'una llei breu que regula el següent:

- 1) Els supòsits²⁴⁷ en què es pot instar l'inici del procediment d'*habeas corpus*.
- 2) Quin òrgan judicial²⁴⁸ és competent per a conèixer de la sol·licitud d'*habeas corpus*.
- 3) Qui pot instar²⁴⁹ el procediment.
- 4) Quines dades²⁵⁰ ha de fer constar el sol·licitant.
- 5) Quins tràmits²⁵¹ processals s'han de seguir.
- 6) Quin contingut²⁵² haurà de tenir la resolució que dicti el jutge.

(247) Art. 1.

(248) Art. 2.

(249) Art. 3.

(250) Art. 4.

(251) Art. 5, 6 i 7.

(252) Art. 8.

En relació amb aquest darrer punt, és evident que si el jutge estima la sol·licitud perquè considera provat que la detenció és il·legal, el contingut de la seva resolució dependrà del motiu pel qual la detenció sigui il·legal. Així, l'article 8.2 estableix que el jutge ordenarà alguna de les **mesures** següents:

- a) Que es posi en llibertat la persona que ha estat detinguda, si la privació de llibertat va ser il·legal.
- b) Que continuï la situació de privació de llibertat d'acord amb les disposicions legals aplicables; si ho considera necessari, pot ordenar que la persona es traslladi a un establiment diferent o sota la custòdia de persones diferents.
- c) Que la persona privada de llibertat es posi immediatament a disposició judicial, si ja ha transcorregut el termini legalment establert per a la seva detenció.

El procediment d'*habeas corpus*

El procediment d'*habeas corpus* té com a objectiu posar a disposició judicial d'una manera immediata tota persona detinguda il·legalment. Està reconegut a l'article 17.4 de la CE i regulat a la LO 6/1984.

9.4. Els drets de la personalitat: honor, intimitat i pròpia imatge

La **constitucionalització** dels drets de la personalitat és tributària del constitucionalisme europeu posterior a 1945.

Cal remarcar, però, que als Estats Units la jurisprudència del Tribunal Suprem havia establert molt abans criteris rellevants per a protegir la *privacy*.

Entre els **factors** que més han afavorit la seva constitucionalització a Europa es troben, sens dubte, els següents:

- 1) La intensificació de les agressions que han rebut els drets de la vida privada de les persones.
- 2) La consciència del valor de l'individu com a expressió de l'aprofundiment del sistema democràtic.
- 3) Una estimació més ferma de l'àmbit privat de l'individu.

9.4.1. La dignitat de la persona com a fonament del contingut essencial dels drets de la personalitat

L'article 18.1 de la CE reconeix els drets de la personalitat: el dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge de les persones. Aquests drets són l'expressió d'una fonamentació ètica i també jurídica que prové de la Constitució, on s'estableix que:

La dignitat de la persona, els drets inviolables que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres, són el fonament de l'ordre polític i la pau social.

Article 10.1.



Acceptar el valor de la dignitat com a fonament dels drets de la personalitat comporta una garantia doble per al seu titular:

- a) En primer lloc, una **garantia negativa** que assegura que no pot ser objecte de lesions o intromissions il·legítimes.
- b) En segon lloc, una **garantia de caràcter positiu**, que permet a la persona disposar dels mitjans jurídics per a defensar-se a fi de fer ús dels seus drets sense interferències ni impediments.

La **interpretació dels drets de la personalitat** no pot quedar reduïda, actualment, a un plantejament subjectivista subordinat únicament a la versió que cada titular del dret faci del seu contingut i els seus límits.

Deixant de banda la definició legítima que la persona pugui donar dels drets que l'afecten, actualment la dignitat i els drets a què dóna fonament també tenen una **dimensió intersubjectiva** que impedeix que siguin analitzats sense tenir en compte la vida de relació de les persones.

Han passat els temps en què la persona vivia aïllada, les èpoques en què les possibilitats d'entrar en l'àmbit privat es reduïen al consentiment del particular. Els avenços tecnològics en el món de la comunicació han accentuat les possibilitats d'incidència en la vida privada de les persones.

És evident, doncs, que la interrelació entre allò que és privat i la cosa pública obliga a interpretar el valor jurídic dels drets de la personalitat, retenint aquesta dimensió doble inevitable, per a determinar, al cap i a la fi, quina és la que predomina en cada cas.

9.4.2. El dret a l'honor

La noció d'honor és un **concepte jurídic indeterminat**. Tenint en compte les evidents connotacions socials que té, el dret a l'honor s'ha de plantejar en funció de la seva pròpia relativitat; no hi ha dubte que el concepte d'honor està condicionat per la història i que, per tant, la indeterminació que el caracteritza li exigeix una permeabilitat constant vers el context social.

1) Des d'una perspectiva subjectiva, el dret a l'honor és el sentiment de l'estimació que una persona té de si mateixa en relació amb la consciència de la pròpia dignitat.

2) Des d'un punt de vista objectiu, el dret a l'honor és la reputació, el bon nom o la fama de què una persona gaudeix davant dels altres.

Sintetitzant els dos conceptes, De Cupis l'ha definit de la manera següent:

"L'íntim valor moral de l'home, l'estima de tercers, o bé la consideració social, el bon nom o la bona fama, així com el sentiment i consciència de la pròpia dignitat."

En el model que ofereixen les societats més desenvolupades, la **protecció del dret a l'honor** incideix sobre els diversos àmbits en què aquest pot ser exigible, tenint en compte el caràcter deliberadament ampli del seu contingut. Així, per exemple, es pot parlar de l'honor personal, professional, comercial, etc., la qual cosa permet assimilar el concepte d'honor a la noció col·loquial de bona imatge, entesa com un sinònim de reputació social o col·lectiva, però en cap cas d'imatge física.

Lectura recomanada

Per a aprofundir en el tema del dret a l'honor, vegeu:

I. Berdugo de la Torre (1987). *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos.

Dret a la pròpia imatge

Quan es parla d'imatge física som davant del dret a la pròpia imatge, que és un altre dret de la personalitat dotat d'autonomia i substancialment diferent del dret a l'honor.

Els **titulars** del dret a l'honor són totes les persones, sense distinció de sexe; per aquesta raó, la definició de De Cupis esmentada abans no és del tot correcta. D'acord amb la fórmula genèrica utilitzada per la Constitució, també poden ser subjectes del dret a l'honor els nacionals i els estrangers.

Ha suscitat més discrepància el fet d'atribuir aquest dret fonamental no solament a les persones físiques, sinó també a les entitats col·lectives²⁵³.

Tanmateix, la darrera jurisprudència del Tribunal Constitucional²⁵⁴ ha donat, encertadament, una resposta afirmativa en considerar que, si per exemple el dret a associar-se és un dret constitucional i si els fins de la persona col·lectiva estan protegits constitucionalment pel reconeixement de la titularitat dels drets que hi estan d'acord, resulta lògic que també se li reconegui constitucionalment la titularitat dels altres drets²⁵⁵ que siguin necessaris i complementaris per a aconseguir aquests fins.

El Tribunal Constitucional també ha reconegut, d'una manera prou polèmica, el dret a l'honor a ens tan genèrics com una ètnia, una raça o un poble, invocant la protecció de la dignitat de les persones²⁵⁶ per a construir-ne l'argument; mentre que, en relació amb les autoritats i els poders públics, els l'ha negat i s'ha limitat a parlar de dignitat, prestigi o autoritat moral, que són valors que el legislador protegeix però que no són identificables amb el dret a l'honor²⁵⁷.

9.4.3. El dret a la intimitat

El **reconeixement constitucional del dret a la intimitat** és una aportació més recent del constitucionalisme europeu. En aquest sentit, l'article 33 de la Constitució portuguesa de 1976 ha exercit una notable influència sobre el constituent espanyol.

Abans que res cal dir que no és habitual que el **concepte d'intimitat** sigui definit per la legislació que el regula. La doctrina n'ha precisat més el contingut; en principi, i d'una manera genèrica, la intimitat equival a la vida retirada o anònima, a la vida interior de la persona.

Més concretament, és el **dret a l'àmbit de la vida personal**, o el reconeixement en profit d'una persona d'un àmbit d'activitat que li és propi i que l'habilita per a prohibir-hi l'accés als altres. Allò que és íntim és oposat a allò que és públic. En síntesi, si fem cas a la formulació llegendària de la jurisprudència americana, la intimitat és el dret a no ser molestat, el dret a estar sol (*the right to be let alone*), que ja s'ha esmentat abans. Ara bé, aquesta és una definició que actualment és notòriament insuficient.

(253) Persones jurídiques.

(254) STC 139/1995 i 183/1995.

(255) Com el dret a l'honor.

(256) STC 214/1991.

(257) STC 107/1988.



La Revolució dels clavells a Portugal, va donar pas al procés democràtic del quals va sortir la Constitució portuguesa de 1976.

El **contingut del dret a la intimitat** en una societat moderna i industrialitzada, on les noves tecnologies dels mitjans de comunicació permeten accedir als àmbits més privats de l'activitat personal, impossibilita retenir una idea de la intimitat tan genèrica, especialment en un context social on la informació es configura com a garantia d'una opinió pública lliure.

Lectura recomanada

Sobre el tema del dret a l'àmbit de la vida personal, vegeu:

J. Martínez de Pisón Caveró (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.

Actualment, el **dret a la intimitat** també presenta una dimensió doble:

- 1) D'una banda, es tracta d'un **dret de garantia** contra una intromissió en la vida privada d'una persona, és a dir, comporta un estatus negatiu o de reacció enfront dels altres.
- 2) D'altra banda, presenta també una dimensió positiva; es tracta d'un **dret de control** del ciutadà o ciutadana sobre el flux d'informacions que pugui afectar la seva persona.

Aquest **plantejament doble** del dret a la intimitat ofereix un nou disseny que es pot definir no solament com el dret del ciutadà o ciutadana a reservar-se una esfera de vida pròpia com a secreta i indisponible per a la resta, sinó també a tenir la capacitat per a evitar la difusió d'informacions o evitar-ne la manipulació i la instrumentació.

Els titulars del dret a la intimitat són:

- 1) El **titular actiu**, que és la persona individual.
- 2) El **subjecte passiu**, que, com és obvi, no ho poden ser solament els poders públics, sinó també altres particulars.

De la mateixa manera que la resta de drets de la personalitat, és freqüent que l'exercici del dret a la intimitat pugui entrar en conflicte amb la llibertat d'expressió i el dret a la informació.

Els **criteris jurisprudencials** establerts pel Tribunal Constitucional per a resoldre el contenciós jurídic entre aquests drets fonamentals estan exposats a l'apartat 10, justament quan s'analitzen els drets de l'article 20.1 de la CE.

9.4.4. El dret a la pròpia imatge

La seva especificitat ha plantejat algunes **diferències doctrinals** sobre l'objecte d'aquest dret fonamental de la personalitat:

Vegeu també

Vegeu l'apartat 10 d'aquest mòdul didàctic.

a) De vegades s'ha considerat que el dret a la pròpia imatge forma part del dret a l'honor de la persona.

b) També s'ha donat suport a plantejaments que entenen que la imatge és un element més del dret a la intimitat i que, per tant, qualsevol violació d'aquesta última és conseqüència d'un ús inadequat del dret a la pròpia imatge.

No hi ha dubte que entre tots els drets de la personalitat hi pot haver, i de fet moltes vegades hi ha, una **interrelació** notable i que els béns jurídics protegits pels drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge poden coincidir. Ara bé, el dret a la pròpia imatge, com a dret de la personalitat, també gaudeix d'identitat pròpia.



(258) Per exemple, una caricatura.

(259) L'anomenada bona imatge.

Consisteix en el dret del titular a la no-reproducció o no-representació de la figura humana d'una manera visible o susceptible de ser reconeguda²⁵⁸. Es tracta, per tant, de la imatge física (incloent-hi la veu i el nom) i no pas d'una altra que pretengui definir el concepte o la reputació²⁵⁹ que d'una persona es té en el cercle social, econòmic o polític que l'envolta.

És un dret públic subjectiu de la personalitat que és exigible *erga omnes* quan la imatge ja ha estat reproduïda sense el consentiment del subjecte. De la mateixa manera que els altres drets de la personalitat, el dret a la pròpia imatge també presenta un **contingut doble**:

- D'una banda, permet al titular oposar-se a la difusió de la seva imatge.
- D'una altra, també li atorga la potestat de controlar-ne l'exposició, la publicació i, si escau, la comercialització.

Els **procediments de tutela** dels drets de la personalitat són tres:

a) El **dret de rectificació**, d'acord amb el que disposa la Llei orgànica 2/1984, de 26 de març, que el regula, és l'obligació que té qualsevol mitjà de comunicació d'incloure, en els terminis i les condicions establerts per la llei, la resposta que tota persona natural o jurídica, pública o privada, esmentada per aquell, cregui que és necessari posar en coneixement del públic.

El dret de rectificació versa únicament sobre fets; no està previst respecte a les opinions difoses. És una manera més de comunicar informació a la societat, deixant de banda la que generen els professionals de la informació, i també és un límit al dret a la informació en la mesura que la rectificació està concebuda com un instrument per a preservar el respecte a la veracitat informativa.

Lectura recomanada

Per a ampliar la informació sobre el dret a la pròpia imatge, vegeu:

M. Carrillo (1993). "El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución Española". A: *Honor, intimidad y propia imagen. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

b) La **protecció civil** s'instrumenta mitjançant la Llei orgànica 1/1982, de 5 de maig, que n'estableix la tutela enfront de diversos supòsits d'intromissions il·legítimes. L'efecte de la tutela en aquest ordre jurisdiccional és la resolució d'indemnitzacions econòmiques importants pel dany causat, avaluable moltes vegades pel benefici que la intromissió ha generat al mitjà de comunicació que ha lesionat un dret de la personalitat.

c) La **protecció penal** s'estableix mitjançant la tipificació dels delictes d'injúria i calúmnia²⁶⁰ i amb la configuració d'altres tipus de delictes que sancionen diversos comportaments contraris al dret a la intimitat, com la revelació de secrets, la violació de domicili²⁶¹, etc.

(260) En el cas de l'honor.

(261) En el cas de la intimitat.

La **jurisprudència** del Tribunal Constitucional ha reconegut aquesta pluralitat d'accions jurisdiccionals; en general, tenen caràcter alternatiu i, per tant, la persona pot escollir la que consideri més adient. En aquest sentit, el Tribunal Constitucional no ha acceptat el criteri sostingut pel Tribunal Suprem de considerar que els càrrecs públics afectats per lesions dels seus drets de la personalitat que fossin constitutives de delictes denunciats d'ofici estan obligats a plantejar el cas per la via penal²⁶².

(262) STC 241/1991.

9.5. Inviolabilitat del domicili, secret de les comunicacions i autodeterminació informativa

A més de la protecció directa de certs drets, com els ja vistos a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge, la Constitució també empara de manera expressa certs àmbits entenent que els individus hi manifesten la personalitat de manera especialment intensa. Els casos de la inviolabilitat de domicili o del secret de les comunicacions són especialment eloqüents i no és casual que estiguin situats en els apartats segon i tercer de l'article 18 CE, és a dir, immediatament després dels drets esmentats.

De totes maneres, tot i l'evident relació entre els tres primers apartats de l'article 18 CE, cal recordar que, en el cas de la inviolabilitat del domicili i del secret de les comunicacions, només es protegeix genèricament un espai determinat, és a dir, només un continent i no el seu contingut. D'aquesta manera, el consentiment de l'interessat ens pot permetre entrar en un domicili o llegir correspondència personal, però, atès que només s'ha alliberat el continent, aquest mateix consentiment no ens permet fer un ús il·limitat de les coses que trobem al domicili o del contingut de les cartes. Si ho féssim, podríem vulnerar el dret a la intimitat.

Amb relació a la inviolabilitat del domicili, la Constitució prohibeix qualsevol intromissió no consentida, fins i tot de caràcter no físic, com per exemple amb aparells electrònics, llevat que es disposi d'autorització judicial o s'estigui davant d'un delictes flagrant:

El domicili és inviolable. No s'hi podrà entrar ni fer-hi cap escorcoll sense el consentiment del titular o sense resolució judicial, llevat del cas de delictes flagrants.

Article 18.2 CE

El concepte de domicili no es limita al d'habitatge, sinó que la jurisprudència constitucional l'ha estès a d'altres àmbits en què també estan en joc aspectes de la vida privada de les persones com, per exemple, l'habitació d'un hotel²⁶³. De fet, la definició que aporta el Tribunal²⁶⁴ és deliberadament àmplia per a encabir-hi aquests altres supòsits: "espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima". D'altra banda, pel que fa a la titularitat del dret, es reconeix també a les persones jurídiques²⁶⁵.

(263) STC 10/2002.

(264) STC 22/1984, FJ5.

(265) STC 137/1985.

Amb relació a les excepcions establertes en l'article 18.2 CE, cal precisar que l'autorització judicial ha d'estar degudament motivada i només es pot concedir quan la mateixa llei preveu, en casos taxats, la possibilitat de violar el domicili en funció d'una ponderació dels béns en joc i de l'aplicació del principi de proporcionalitat.

Finalment, la flagrància ha generat certa polèmica ja que, més enllà dels casos en què hi hagi una percepció visual clara de la comissió d'un delictes, cal avaluar si aquesta exigència també es pot donar sense percepció visual, però amb indicis que facin evident i obvi que s'està cometent un delictes en l'interior d'un domicili. Aquest era el cas de la Llei orgànica 1/1992, de seguretat ciutadana, que d'aquesta manera volia combatre certs delictes. Tot i que no hi hagi confirmació visual, les forces de seguretat poden tenir un coneixement fonamentat del fet que en un domicili determinat es venen estupefaents i aleshores aquesta llei permetia l'entrada sense autorització judicial prèvia. El Tribunal Constitucional va entendre però que aquesta interpretació de la flagrància era inacceptable perquè, a més de la urgència de la intervenció que es demanava, també es necessitava tenir evidència de la comissió d'un delictes²⁶⁶ i aquest concepte sempre equival a percepció directa, mai a deducció.

(266) STC 341/1993.

A més a més de les excepcions ja analitzades i encara que no s'inclou expressament en la Constitució, també s'admet l'entrada en qualsevol domicili en casos d'emergència, tot i que s'ha d'enviar comunicació de manera immediata a l'autoritat 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."

Article 21.3 LO 1/1992, de seguretat ciutadana

D'altra banda, amb relació al secret de les comunicacions, aquí es poden reproduir algunes de les consideracions anteriors com, per exemple, les referides a la protecció del continent o a les condicions de la intervenció judicial:

Es garanteix el secret de les comunicacions i, especialment, de les postals, telegràfiques i telefòniques, excepte en cas de resolució judicial.

Article 18.3 CE

Tot i que el text constitucional només remarca tres tipus de mitjans tècnics, es tracta d'una llista merament indicativa, ja que aquest dret empara l'ús de qualsevol altre mitjà, com ara els que generen darrerament les anomenades *noves tecnologies de la informació i la comunicació*. Cal precisar, a més, que el secret comprèn la comunicació en sí mateixa i també les dades col·laterals com, per exemple, la identitat dels interlocutors²⁶⁷. Qualsevol dels comunicants pot decidir trencar el secret, però, com en la inviolabilitat del domicili, això no autoritza a fer-ne un ús il·limitat del contingut, ja que es podria vulnerar el dret a la intimitat.

(267)STC 230/2007.

Finalment, el quart apartat de l'article 18 de la Constitució espanyola inclou una referència als usos de la informàtica i les seves possibles conseqüències negatives per a certs drets, en concret el de l'honor i el de la intimitat personal i familiar, i en general per a l'exercici de la resta de drets. Es tracta d'una disposició pionera que s'ha anat desenvolupant, sobretot a partir de la dècada passada, i ha conformat un nou dret a l'autodeterminació informativa²⁶⁸, és a dir, la facultat que s'ha de reconèixer a totes les persones perquè tinguin un control raonable de l'ús que terceres instàncies fan de les seves dades personals. A més de les conseqüències ordinàries del reconeixement d'un dret en el títol I de la Constitució espanyola, cal saber que, seguint un tret generalitzat a tota Europa, s'han creat autoritats administratives independents encarregades de vetllar per aquest dret.

Autoritats administratives independents

Per exemple, a Catalunya hi ha l'Agència Catalana de Protecció de Dades.

(268)SSTC 254/1993 i 292/2000.

Es pot assenyalar també que el tenor literal d'aquest quart apartat no es refereix exclusivament a la protecció de dades, sinó que intenta protegir genèricament contra els usos abusius de la informàtica i que, tot i que esmenta dos dels drets reconeguts en el mateix article 18 CE, també es vincula a l'exercici de la resta de drets.

10. Els drets de l'àmbit polític i de participació

10.1. La llibertat d'expressió i el dret a la informació

A partir dels mètodes interpretatius proporcionats per la jurisprudència de valors i el balanç d'interessos, el Tribunal Constitucional ha elaborat una doctrina que defineix el **nucli constitucionalment protegit dels drets de l'article 20 de la Constitució**. Presentem, a continuació, els seus trets essencials:

1) La distinció entre la llibertat d'expressió i el dret a la informació es defineix per l'existència d'elements valoratius o de naturalesa fàctica que siguin detectables en allò que ha estat objecte de difusió. En aquest sentit, la llibertat d'expressió engloba pensaments, idees i opinions, conceptes d'abast molt ampli en què s'han d'incloure com a factor distintiu les creences o els judicis de valor.

El **component valoratiu** és, doncs, el que predomina en la llibertat d'expressió²⁶⁹.

Per la seva banda, el **dret a comunicar i rebre informació veraç** versa sobre fets. Tanmateix, en una informació no sempre és clara la línia divisòria entre fets i opinions; aquests dos components no es manifesten sempre en estat químicament pur. Aquesta raó motiva que, en els supòsits en què puguin aparèixer barrejats elements d'una significació i l'altra, l'òrgan jutjador s'hagi d'atenir, per a qualificar el supòsit, a l'element (fàctic o valoratiu) predominant.

El resultat d'aquesta qualificació jurídica condiona la **resolució del conflicte** entre els drets de l'article 20 de la Constitució i els drets de la personalitat.

En aquest sentit, és evident que, per exemple, l'exigència de veracitat no opera amb el mateix grau en el cas de la llibertat d'expressió que respecte al dret a la informació: no hi ha opinions que siguin contràries a la veritat, però sí que hi ha comunicacions de fets que són errònies.

Lectura recomanada

P. Salvador i altres (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

⁽²⁶⁹⁾STC 6/1988.

2) El **dret a la informació** té caràcter preferent sobre els **drets de la personalitat**²⁷⁰. Ara bé, aquesta preferència no és absoluta ni indiscriminada. Si fos així, col·lisionaria amb el plantejament limitat dels drets fonamentals que la Constitució estableix.

(270)STC 165/1987.

Un cop l'òrgan jurisdiccional ha efectuat la ponderació o balanç entre els drets i les llibertats implicats, la **posició de preferència del dret a la informació** és procedent quan aquesta versa sobre:

- **Assumptes** que per raó del seu objecte siguin d'interès col·lectiu o general.
- **Persones** que per raó de la seva dimensió pública, determinada pel càrrec que ocupen, la funció que tenen o l'activitat per la qual són conegudes, també siguin d'interès públic o social.

3) Així mateix, és predicable el **caràcter preferent del dret a la informació** exercit pels informadors mitjançant l'instrument institucionalitzat de formació de l'opinió pública, la premsa, entesa en el seu sentit més ampli, és a dir, els mitjans de comunicació, però no altres suports materials atípics, com uns fulls clandestins.

4) Aquest caràcter preferent del dret a la informació quan es refereix a **persones de notorietat pública** no significa que aquestes no siguin titulars dels drets de la personalitat que la Constitució²⁷¹ reconeix; la seva dimensió pública comporta un **nivell de protecció diferent** que, certament, és un nivell considerablement més baix que el que correspon a una persona sense rellevància pública.

(271)Art. 18.1 CE.

L'**interès públic** obliga el subjecte a prescindir d'una part del seu àmbit íntim i acceptar la crítica que eventualment pugui incidir sobre el seu honor o la informació sobre aspectes de la seva intimitat i la seva imatge.

Ara bé, el **requisit** perquè el dret a la informació estigui protegit –i conservi el seu caràcter preferent– és que allò que ha estat difós sobre la vida privada, o l'opinió i la informació que qüestionin el crèdit moral, social, professional o polític d'una persona:

"S'exerceixi en connexió amb assumptes que són d'interès general per les matèries a què es refereixin i per les persones que hi intervenen."

STC 231/1988.

Correspon a l'òrgan jurisdiccional determinar l'existència o no de la connexió amb assumptes d'interès general.

5) L'**opinió i la informació sobre persones de notorietat pública** també plantegen la problemàtica que es dóna quan la crítica es projecta sobre les institucions públiques i les persones que temporalment actuen en la seva representació.

El Tribunal Constitucional ha plantejat aquesta qüestió amb una **perspectiva respectuosa amb el pluralisme polític** com a valor superior de l'ordenament jurídic; en aquest sentit, el dret de criticar els representants públics es vincula al dret fonamental a la llibertat ideològica, que autoritza el marge més ampli en el seu exercici:

"A banda que sigui o no coincident amb el que estableix la Constitució i la resta de l'ordenament jurídic, o que sigui contrari als valors i béns jurídics que en ells es consagren, exclosa sempre la violència per a imposar els propis criteris, però admetent la lliure exposició d'aquests en els termes que imposa una democràcia avançada."

STC 20/1990.

Com també ha posat en relleu el **Tribunal Europeu dels Drets de l'Home**, la llibertat d'expressió i el dret a la informació, com a fonaments essencials d'una societat democràtica:

"Comprèn no solament les informacions inofensives o indiferents o aquelles que siguin favorables; també inclou les que puguin inquietar l'Estat o una part de la població, ja que així resulta del pluralisme, la tolerància i l'esperit d'obertura, sense els quals no existeix una societat democràtica."

STEDH cas Lingens.

La conseqüència d'això és la necessitat, sempre, d'una interpretació restrictiva dels límits a l'exercici de la llibertat ideològica i del dret a expressar-la.

6) Una qüestió vinculada a l'anterior és l'**abast subjectiu dels drets de la personalitat** en relació amb els drets de l'article 20 de la Constitució. Concretament, la qüestió plantejada és saber si les persones jurídiques poden reclamar el dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge.

El **plantejament doctrinal clàssic** es fonamenta en el caràcter personalíssim d'aquests drets: únicament la persona, considerada individualment, és titular de drets que tenen l'objecte de protegir-ne el patrimoni moral i l'esfera íntima que l'envolta.

Tanmateix, i amb criteri, **sectors de la doctrina civilista** rebutgen la negació absoluta que aquests drets també puguin ser al·legats en favor de les persones jurídiques, especialment en relació amb el dret a l'honor, entès com el respecte al crèdit social que una empresa pot reclamar per a si mateixa en el context social en què desenvolupa les seves activitats.

La **jurisdicció ordinària**²⁷² s'ha mostrat sensible a aquest plantejament; per la seva banda, el Tribunal Suprem no ha mantingut una línia jurisprudencial nítida.

(272) Especialment els jutjats de primera instància.

Darrerament, però, el Tribunal Constitucional ha sostingut un criteri més favorable pel que fa al **reconeixement del dret a l'honor de les persones jurídiques**, en la mesura que serveixi per a portar a terme plenament els fins per als quals l'entitat va ser creada²⁷³.

(273) STC 139/1995.

La línia interpretativa del Tribunal Constitucional sobre el **dret a l'honor de les persones** ha incorporat un element nou de complexitat notable: atribuir-lo a una ètnia o una raça considerada genèricament.

El criteri per a fer-ho s'ha fonamentat en la **dignitat com a valor constitucional** en què es basen l'ordre polític i la pau social. Això ha permès que una persona, considerada individualment, pugui obtenir empara constitucional per intromissió il·legítima en el seu honor tot i que no fos esmentada en unes expressions de menyspreu respecte a l'ètnia a què pertanyia.

Deixant de banda el significat polític positiu d'aquesta resolució específica, el Tribunal Constitucional sembla obrir una **via de límits a la llibertat d'expressió** que podria esdevenir incontrolada. Entenem, per contra, que la referència aïllada al valor de la dignitat, sense que es demostrï una mínima vinculació lesiva sobre el titular del dret fonamental a l'honor, pot generar als subjectes legitimats una voluntat generalitzada de recórrer contra expressions desqualificadores o similars.

7) La **veracitat en la informació** és un mandat constitucional. Tanmateix, el **dret a comunicar i rebre informació veraç** no pot ser entès en termes absoluts.

Veracitat significa que allò que s'ha difós ha estat comprovat amb la diligència exigible, la qual cosa no garanteix en tots els casos que la informació sigui efectivament veritable.

El Tribunal Constitucional centra la seva protecció en el fet que la informació obtinguda amb diligència sigui respectuosa amb els deures deontològics de la professió periodística, que, entre altres obligacions, exigeixen contrastar amb dades objectives allò que és objecte de difusió.

Lectura recomanada

M. Carrillo (1993). *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*. Madrid: Civitas.

Ara bé, l'ordenament no dóna crèdit a conductes professionals negligents, ni, encara menys, als simples rumors o insinuacions insidioses. No s'ha d'oblidar –diu el Tribunal Constitucional– que les afirmacions errònies són inevitables en un debat lliure²⁷⁴.

(274)STC 6/1988.

8) La veracitat no sempre exclou la **responsabilitat**: la veracitat no legitima la injúria.

La veracitat no opera de la mateixa manera respecte al dret a l'honor que en relació amb el dret a la intimitat. La notorietat o el caràcter anònim de les persones també condiciona els efectes jurídics de la veracitat informativa²⁷⁵.

(275)STC 171/1990 i 172/1990.

a) Cal assenyalar en primer lloc que el **mandat constitucional sobre la veracitat en la informació** és un element integrant del dret a la informació que opera com a límit, per a evitar la possible lesió d'altres drets fonamentals.

Tanmateix, l'**adequació a la veritat d'una informació** difosa no sempre és sinònim d'absència de responsabilitat. Concretament, la veracitat no és eximent de la responsabilitat derivada d'expressions insultants.

Amb bon criteri, el Tribunal Constitucional recorda que la protecció constitucional dels drets²⁷⁶ opera amb l'eficàcia màxima quan l'exercici dels drets d'expressió i informació versa sobre matèries que contribueixen a formar una opinió pública lliure, com a garantia del **pluralisme democràtic**.

(276)Art. 20 CE.

En aquest sentit, en el marc d'una informació veraç, l'emissió simultània d'expressions formalment injurioses que siguin innecessàries per a informar o formar l'opinió suposa un dany injustificat a la dignitat de les persones o el prestigi de les institucions.

Més concretament, la crítica d'una conducta, que s'estima comprovada, d'una persona de dimensió pública és una conseqüència lògica d'un sistema polític inspirat en valors democràtics; la subjecció a aquesta crítica és part inseparable de tot càrrec de rellevància pública.

Ara bé, una cosa és efectuar una valoració personal d'una conducta, per desfavorable que pugui ser, i una altra és emetre expressions, afirmacions o qualificatius vexatoris desvinculats de l'objecte de la informació emesa, proferits gratuïtament i sense cap justificació.

b) En segon lloc, es planteja la qüestió de l'**operativitat de la veracitat** en relació amb el dret a l'honor i el dret a la intimitat.

En principi, la veracitat funciona com a causa legitimadora de les intromissions en el dret a l'honor; per contra, si es tracta del dret a la intimitat, únicament serà acceptable si es pot objectivar l'interès públic de la informació difosa.

c) Finalment, i lligat al tema anterior, cal afegir que la **veracitat informativa** no és eximent de responsabilitat jurídica per intromissió il·legítima en qualsevol dels drets de la personalitat, quan de la informació no es pot objectivar l'interès col·lectiu que en justifiqui la difusió²⁷⁷.

El fet que la vida i la conducta moral d'aquest grup de persones tingui més interès públic no suposa suspendre *a radice* la seva intimitat, el seu honor o el seu dret a la pròpia imatge. És diferent si la persona no té rellevància pública: en aquest cas, la veracitat dels fets no justifica la seva difusió; únicament ho farà si, un cop més, el principi de l'interès públic pot ser demostrat.

10.2. Els drets de reunió i de manifestació

10.2.1. Qüestions prèvies

El dret de reunió presenta una modalitat doble que, d'una manera instrumental, podríem classificar així:

- estàtica,
- dinàmica.

a) Una **reunió estàtica** és la concertada prèviament per un grup de persones en un recinte tancat.

b) Una **reunió dinàmica** és la que es fa en un lloc de trànsit públic, o també amb forma de seguici, característica que permet definir-la per a aquest supòsit concret com a manifestació.

En qualsevol cas, els **drets de reunió i manifestació** tenen un valor instrumental respecte als altres drets de llibertat. Inversament, la reunió o la manifestació d'un grup de persones constitueix, habitualment, una instància prèvia per a expressar idees, reivindicacions, queixes, etc.

Tanmateix, no deixa de ser cert que, en una societat com l'actual, l'**àmbit més comú** en què es manifesta l'expressió lliure d'una manera més habitual són els mitjans de comunicació²⁷⁸.

⁽²⁷⁷⁾ I això és així deixant de banda que es refereixi a persones de dimensió pública.

Lectura recomanada

I. Torres Muro (1991). *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas.

Nota

No és estrany que la llibertat d'expressió pugui requerir moltes vegades un àmbit organitzatiu propi, com una associació estable o una reunió de persones per a donar a conèixer millor l'opinió d'un conjunt humà.

⁽²⁷⁸⁾ Sigui com sigui, és evident la interrelació que hi ha entre els diversos drets de llibertat.

⁽²⁷⁹⁾ Dret de manifestació.

L'exercici col·lectiu d'aquest dret, quan es manifesta en llocs de trànsit públic²⁷⁹, comporta l'existència de possibles limitacions per al conjunt de la ciutadania.

Aquestes limitacions han de ser assumides pel conjunt del cos social afectat²⁸⁰, però sota la tutela que han de proporcionar els poders públics, tant sobre els que es manifesten com sobre els que no ho fan.

(280) És una conseqüència lògica del principi constitucional del pluralisme reconegut per la Constitució.

10.2.2. El concepte i els tipus de reunió

Cal fer dues precisions quant al dret de reunió:

1) En primer lloc, el **dret de reunió**, com a forma singular d'agrupació humana, es caracteritza per l'existència d'algun tipus d'acord previ sobre el tema, d'una manera temporal, amb una finalitat més o menys comuna i amb caràcter públic. Aquesta modalitat de reunió es fa en un lloc normalment tancat, tot i que no és obstacle que també pugui tenir lloc a l'aire lliure, però sense que les persones reunides es trobin en un lloc de trànsit públic o vagin en seguici²⁸¹.

(281) Aquesta definició correspon al concepte de reunió en sentit estàtic.

2) En segon lloc, el dret de reunió també es pot produir en llocs de trànsit públic o d'una **manera més dinàmica**, com, de fet, el dret de manifestació. Es tracta de la reunió que es desenvolupa en espais físics de trànsit públic i que, per aquesta raó, incideix o pot fer-ho sobre l'exercici d'altres drets i interessos legítims que, eventualment, també estan sotmesos a tutela judicial.



El míting polític és una modalitat de reunió estàtica.

10.2.3. El règim jurídic del dret de reunió

El dret de reunió està regulat a la Llei orgànica 9/1983, de 15 de juliol. Amb caràcter general, i segons aquesta llei, el dret de reunió es defineix com la concurrència concertada i temporal de més de vint persones amb una finalitat determinada.

L'article 21.1 de la Constitució prohibeix les reunions que no siguin pacífiques o en què els participants duguin armes. Així mateix, el segon paràgraf del mateix article faculta les autoritats per prohibir les manifestacions quan hi hagi raons fonamentades d'alteracions de l'ordre públic que puguin produir danys a persones o béns.

L'exercici del dret de reunió queda desvinculat de les prescripcions d'aquella llei, sempre que s'esdevingui en llocs tancats per a complir els seus fins, i quan es tracta dels casos següents:

- Reunions privades de les persones físiques.

- Reunions dels partits polítics.
- Reunions dels sindicats.
- Reunions d'entitats empresarials.
- Reunions dels professionals amb els seus clients (advocats, metges, etc.).

Per les condicions especials que afecten alguns càrrecs públics, la legislació vigent restringeix l'exercici del dret de reunió als jutges i als magistrats, als fiscals i als membres de les forces armades.

En cap cas, les reunions regulades per aquesta llei no estan sotmeses a un règim de control preventiu, és a dir, a una autorització prèvia de l'autoritat governativa. Aquesta eventualitat únicament es pot produir en un supòsit de declaració dels estats d'excepció o de setge.

L'autoritat governativa pot suspendre i, si escau, dissoldre les reunions i les manifestacions en els casos següents:

- Quan les consideri il·lícites, d'acord amb el que disposa el Codi penal.
- Quan produeixin alteracions de l'ordre públic, amb perill per a altres persones i altres béns.
- Quan els assistents facin ús d'uniformes paramilitars.

Naturalment, aquestes decisions de l'autoritat governativa sempre podran ser objecte de control jurisdiccional per part dels tribunals ordinaris i, eventualment, per part del Tribunal Constitucional.

Fem, tot seguit, algunes consideracions sobre el **control del dret de reunió**:

a) Si es tracta de **reunions en un lloc tancat**, els organitzadors i els promotors poden sol·licitar la presència de delegats de l'autoritat governativa; tanmateix, això no significa cap tipus de control preventiu, ja que no poden intervenir en el debat ni interrompre'n el desenvolupament.

b) Si es tracta de **reunions en llocs de trànsit públic** i de **manifestacions**, el règim de la intervenció administrativa està sotmès, d'acord amb les previsions de l'article 21 de la Constitució, al deure de comunicació a l'autoritat governativa, amb una antelació de deu dies naturals com a mínim i trenta com a màxim.



El fet de comunicar a l'autoritat governativa la convocatòria d'una reunió o manifestació en lloc de trànsit públic no suposa l'autorització prèvia.

Aquest termini es pot escurçar a un temps mínim de vint-i-quatre hores si hi concorren causes extraordinàries i greus. Amb aquesta previsió es tracta, segurament, de **permetre un termini de comunicació més curt** davant de la possibilitat que es produeixin fets que per la seva naturalesa exigeixin una resposta social immediata²⁸².

(282) Per exemple, un atemptat per acte terrorista.

La comunicació té un efecte de publicitat per a tothom, promotors i poders públics, que es donen per assabentats dels objectius dels primers en relació amb el fet mateix de la reunió, l'itinerari previst, les mesures de seguretat projectades si hi ha altres béns jurídics susceptibles de ser assegurats, i altres detalls de la convocatòria, però no suposa cap mena de **control preventiu**.

Certament, si l'autoritat governativa considera que hi ha amenaça que es produeixi una **alteració de l'ordre públic**, perquè es posa en perill la integritat de persones o béns, pot prendre les dues **decisiones** següents:

- Una decisió primera, i més radical, consisteix a **prohibir la reunió o la manifestació**.
- L'altra decisió, més convencional, proposa, d'una manera motivada²⁸³, **modificar la data, el lloc, la durada o l'itinerari de la reunió o la manifestació**, amb l'objectiu de preservar béns jurídics que poden estar amenaçats per les característiques o els efectes que generi la primera proposta dels organitzadors de la manifestació.

(283) És a dir, justificada suficientment.

El **control judicial** de qualsevol de les dues decisions de l'autoritat governativa està assegurat per un procediment ultraràpid previst a l'LPJ, que permet al Tribunal Superior de Justícia de la comunitat autònoma resoldre en el termini de nou dies el contenciós plantejat i, per tant, facilitar, si la sentència és estimativa, la celebració de la manifestació.

10.3. El dret d'associació

La Constitució estableix el següent:

1. Es reconeix el dret d'associació.
2. Les associacions que cerquin finalitats o facin servir mitjans tipificats com a delictes són il·legals.
3. Les associacions emparades per aquest article hauran d'inscriure's en un registre únicament a efectes de publicitat.
4. Les activitats de les associacions només podran ser dissoltes o suspeses en virtut d'una resolució judicial motivada.
5. Es prohibeixen les associacions secretes i les de caràcter paramilitar.

Article 22 CE.

Presentem tot seguit els **trets essencials** del dret d'associació:

1) El **dret d'associació** possibilita que els individus s'agrupin d'una manera estable i permanent amb l'**objectiu de satisfer interessos comuns**. Si el dret de reunió protegeix la possibilitat de formar agrupacions informals i temporals, el dret d'associació protegeix la possibilitat de donar-los un **caràcter permanent i formal**.

Actualment ens pot semblar obvi que l'Estat hagi de respectar el dret de les persones a associar-se amb altres, d'una manera permanent, per tal de satisfer objectius comuns d'una manera més efectiva.

Avui considerem obvi que el reconeixement del dret d'associar-se és una part essencial del pluralisme dels estats democràtics liberals. Però en els primers moments del liberalisme europeu del final del segle XVIII i el principi del XIX, aquesta acceptació del fenomen associatiu no era dominant.

Durant l'**Antic Règim** les corporacions i els gremis havien restringint la llibertat de l'individu. El **liberalisme** va tractar d'enfortir l'Estat enfront de les corporacions i els gremis justament per a alliberar els individus. Per aquesta raó, en els seus orígens el liberalisme va contemplar amb recel les associacions privades: temia que les associacions arribessin a reproduir el paper dels gremis i que, per tant, l'individu es quedés sotmès al seu control fàctic.

De tota manera, aquesta **perspectiva negativa envers les associacions** és específica del liberalisme europeu, perquè als Estats Units l'associacionisme va ser, en general, acceptat més fàcilment²⁸⁴.

El fet de negar el dret d'associació també ha estat propi de les dictadures totalitàries²⁸⁵.

La Constitució de 1978 trenca clarament amb aquesta tradició i reconeix plenament els **drets d'associació** següents:

- El dret a formar una associació i d'adherir-se a una associació ja formada.
- El dret de l'associació formada a desenvolupar les seves activitats sense intromissions dels poders públics.
- El dret a no associar-se.

Lectures recomanades

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.

⁽²⁸⁴⁾ Com ja va fer notar Alexis de Tocqueville al seu llibre *La democràcia a Amèrica*.

⁽²⁸⁵⁾ La dictadura franquista va regular l'exercici del dret d'associació en termes altament restrictius.

El dret d'associació

La Constitució espanyola posa fi a una tradició secular en reconèixer plenament el dret d'associació a l'article 22.

Control de les associacions

Pel que fa tant al moment de la constitució de les associacions, com al moment de la seva dissolució o suspensió, la Constitució substitueix el sistema de control governatiu vell per un sistema de control judicial.

Durant molt temps, va mancar un desenvolupament legislatiu del dret d'associació. Aquesta situació d'interinitat va finalitzar amb l'aprovació de la Llei orgànica 1/2002, de 22 de març, reguladora del dret d'associació. D'altra banda, hi ha **legislació**, tant estatal com autonòmica, que regula **tipus específics d'associacions**.

2) Per tal de donar la **màxima protecció al dret d'associació**, la Constitució atribueix únicament als jutges la competència per a decidir la dissolució²⁸⁶ o la suspensió d'una associació ja formada. I, amb coherència, estableix un **sistema de constitució de les associacions** d'acord amb el qual el registre administratiu on s'han d'inscriure únicament té la finalitat de donar-los publicitat²⁸⁷, no de donar a l'encarregat del registre una ocasió per a controlar la legalitat material de l'associació constituïda.

(286) Art. 22.4 CE.

(287) Art. 22.3 CE.

Com ha explicat el Tribunal Constitucional²⁸⁸, l'encarregat del registre no té més funcions que verificar si els documents que es presenten corresponen a la matèria objecte del registre i si reuneixen els requisits formals necessaris.

(288) STC 85/1986.

La Constitució espanyola ha posat fi radicalment, per tant, al sistema de control governatiu que regia en el passat i que es trobava recollit a la Llei d'associacions de 1964.

De tota manera, la previsió constitucional d'un registre administratiu²⁸⁹ "únicament a efectes de publicitat" planteja el problema següent: quan adquireix personalitat jurídica l'associació, en el moment de la seva constitució a través de la signatura de l'acord entre els socis fundadors o en el moment de la seva inscripció al registre?

(289) Art. 22.3 CE.

Pel que fa a l'**adquisició de personalitat jurídica per l'associació**, la doctrina està dividida i les jurisprudències del Tribunal Constitucional i del Tribunal Suprem no són clares en aquest punt.

3) La **llibertat d'associació** té límits. La Constitució declara prohibides expressament les associacions secretes i les de caràcter paramilitar²⁹⁰. Encara que hi ha certa discussió sobre el significat d'aquests termes, se sol considerar que les **associacions secretes** són les que no solament no estan inscrites al registre, sinó que a més els seus membres les volen mantenir en secret, i que les **associacions de caràcter paramilitar** són les que adopten les estructures, el comportament o els signes externs que són típics de les organitzacions militars.

(290) Art. 22.5 CE.

L'article 22.2 de la Constitució declara il·legals les associacions que cerquin fins delictius o que utilitzin mitjans delictius, però això no habilita indiscriminadament el legislador perquè estableixi lliurement quines finalitats associatives són delictives.

Actualment el Codi penal²⁹¹ estableix que són **il·legals** les associacions següents:

- Les que tinguin com a objecte cometre algun delictes o que, després de constituïdes, en promoguin la comissió.
- Les bandes armades i les organitzacions o grups terroristes.
- Les que, encara que tinguin com a objecte un fi lícit, utilitzin mitjans violents o d'alteració o control de la personalitat per a aconseguir-lo.
- Les organitzacions de caràcter paramilitar.
- Les que promoguin la discriminació, l'odi o la violència contra les persones, els grups o les associacions per raó d'ideologia, religió o creences, de pertinença dels seus membres o algun d'ells a una ètnia, raça o nació, de sexe, orientació sexual, situació familiar, malaltia o minusvalidesa, o incitin a fer-ho.

En inscriure una associació, si l'encarregat del registre creu que l'associació és il·legal haurà de remetre l'assumpte al Ministeri Fiscal perquè decideixi el que cregui que és procedent i el jutge resolgui si l'associació és il·legal. Si el jutge resol que l'associació és il·legal, no es podrà inscriure.

4) El **dret a no associar-se** està integrat d'una manera implícita en el dret d'associació reconegut a l'article 22 de la Constitució. El problema principal que es planteja en aquest punt és que a vegades la llei obliga les persones, físiques o jurídiques, a **formar part de corporacions determinades** si volen exercir les seves activitats en un sector concret.

L'adscripció forçosa

Per a la realització de certes activitats, és necessari formar part de corporacions determinades, com ara els col·legis professionals, les corporacions esportives, les cambres agràries o les cambres de comerç, indústria i navegació.



Per a establir la il·legalitat d'una associació cal sempre una resolució judicial.

⁽²⁹¹⁾ Art. 515 CP.

Reflexió

Què passa si es pretén inscriure una associació que, a criteri de l'encarregat del registre, és il·legal des del punt de vista penal?



A la imatge, la Cambra de Comerç de Barcelona.

Segons el Tribunal Constitucional²⁹², l'**adscripció forçosa** és admissible si es reuneixen els requisits següents:

(292) Vegeu, per exemple, l'STC 113/1994.

a) No pot quedar afectada la llibertat d'associació en el seu vessant positiu, és a dir, el **dret a crear unes altres associacions**.

b) L'**adscripció obligatòria** ha de gaudir de justificació suficient, ja sigui directament en disposicions constitucionals²⁹³, ja sigui en els fins d'interès públic que persegueixin les corporacions en qüestió, sempre que aquests fins siguin impossibles o difícils d'obtenir sense recórrer a la mesura excepcional de l'adscripció forçosa.

(293) Com per exemple l'article 36 de la CE, que fa referència als col·legis professionals.

En aplicació d'aquesta doctrina, el Tribunal Constitucional ha declarat inconstitucional, per exemple, l'antiga llei de 1911 que regulava les cambres de comerç²⁹⁴, però ha declarat vàlida la nova Llei 3/1993 perquè ha considerat que, d'acord amb aquesta llei, les cambres de comerç tenen atribuïdes unes funcions noves que no es podrien portar a terme, o només amb dificultat, sense l'adscripció forçosa²⁹⁵.

(294) STC 179/1994.

(295) STC 107/1996.

5) Finalment, s'ha de tenir en compte que, dins de la **tipificació genèrica de les associacions**, la Constitució fa una referència especial a les dues categories següents:

- Els partits polítics²⁹⁶.
- Els sindicats de treballadors i les associacions empresarials²⁹⁷.

(296) Vegeu la LO 6/2002, de 27 de juny, de partits polítics, en particular els canvis introduïts en els processos d'ilegalització.

Pel que fa als **partits polítics**, la Constitució estableix el següent:

(297) Art. 7 CE.

Els partits polítics expressen el pluralisme polític, concorren a la formació i a la manifestació de la voluntat popular i són instrument fonamental per a la participació política. Podran ser creats i exerciran la seva activitat lliurement dins el respecte a la Constitució i a la Llei. L'estructura interna i el funcionament hauran de ser democràtics.

Article 6 CE.

Pel que fa als **sindicats** i les **associacions empresarials**, la Constitució estableix el següent:

Els sindicats de treballadors i les associacions empresarials contribueixen a la defensa i a la promoció dels interessos econòmics i socials que els són propis. Podran ser creats i exerciran la seva activitat lliurement dins el respecte a la Constitució i la Llei. L'estructura interna i el funcionament hauran de ser democràtics.

Article 7 CE.

Tant els partits polítics com els sindicats i les associacions empresarials són un tipus d'associació privada i, per això, estan emparats per la protecció genèrica de l'article 22 de la Constitució.

Les funcions dels partits polítics, dels sindicats i de les associacions empresarials tenen una transcendència pública especial, que justifica que estiguin sotmesos a un règim especial que els atribueix drets i deures especials. Aquesta transcendència pública és especialment intensa en el cas dels partits polítics, ja que són el principal vehicle de formació i expressió de la voluntat popular.

Justament per això, la Constitució ha volgut assegurar que l'estructura interna i el funcionament d'aquestes associacions siguin democràtics. Aquesta exigència és específica, i no regeix les associacions amb caràcter general. El Tribunal Constitucional²⁹⁸ ha destacat aquesta especificitat més d'una vegada.

⁽²⁹⁸⁾Vegeu, per exemple, l'STC 56/1995.

Tanmateix, si bé la Constitució ho deixa obert, la Llei 1/2002 exigeix el funcionament democràtic intern a totes les organitzacions. Aquesta opció, tot i que ha estat criticada per una part de la doctrina, acaba essent una garantia del dret d'associació, en la mesura que protegeix els membres de les associacions a l'hora de poder participar en la presa de decisions.

Llei basca d'associacions

La Llei basca d'associacions, de 12 de febrer de 1988, estableix a l'article 2.4 aquesta obligació de democràcia interna. En la STC 173/1998 (Fonament Jurídic 13), el Tribunal va declarar la inconstitucionalitat d'aquest precepte, però ho va fer per raons competencials, no per raons de fons. El Tribunal va considerar que només una llei orgànica aprovada per les Corts Generals seria competent per a establir l'exigència de democràcia interna a les associacions. Però no va pronunciar-se sobre si aquesta llei orgànica seria materialment constitucional. La qüestió, per tant, resta oberta.

En definitiva, les persones són lliures d'associar-se amb qui vulguin i deixar de pertànyer a les associacions quan vulguin. Aquesta llibertat d'entrada i sortida és suficient per a protegir les persones en l'àmbit associatiu. En canvi, per al cas específic dels partits, sindicats i associacions empresarials, la Constitució imposa aquesta exigència addicional.

El problema que planteja aquesta exigència és determinar quin és el conjunt de principis que han de satisfer aquestes associacions per a poder considerar que són democràtiques internament. En el cas dels partits polítics, trobem algunes pautes a la Llei 54/1978 de partits polítics (art. 4), però no són suficients. En el cas dels sindicats, la Llei orgànica 11/1985, de llibertat sindical, es limita a dir que els càrrecs electius han de ser designats democràticament (art. 4.2.c).

10.4. El dret de sufragi

La Constitució estableix el següent:

1. Els ciutadans tenen el dret a participar en els afers públics, directament o per mitjà de representants lliurement elegits en eleccions periòdiques per sufragi universal.
2. Tenen també el dret d'accedir en condicions d'igualtat a les funcions i als càrrecs públics, amb els requisits que les lleis assenyalin.

Article 23 CE.

En aquest article es reconeix el dret de **sufragi actiu**²⁹⁹ i el de **sufragi passiu**³⁰⁰, com també el dret d'**accés a la funció pública**³⁰¹ en general, que no comporta obtenir un càrrec representatiu. En aquest apartat ens referim només al dret de sufragi, en els seus dos vessants.

Respecte del dret de sufragi cal fer les consideracions següents:

1) El dret de sufragi és **un element essencial de la democràcia**. La democràcia és un mètode de govern on el poble participa a formar la voluntat estatal. Aquesta participació consisteix en la possibilitat de gaudir d'un espai de llibertat on la ciutadania pugui fer conèixer els seus interessos i les seves opinions, i on es puguin associar per tal de satisfer d'una manera més eficaç aquests interessos i per tal d'influir sobre les opinions dels altres³⁰².

Ara bé, la **participació democràtica** no es redueix a aquesta possibilitat d'expressar-se i associar-se. Inclou també, necessàriament, la **possibilitat de decidir**. Inclou, per tant, el dret de vot.

Associacionisme

Els partits polítics, els sindicats i les associacions empresarials són tipus específics d'associacions. No obstant això, les seves singularitats estan protegides per l'article 22 de la CE.



En una democràcia és indispensable que estigui reconegut el dret de sufragi universal, ja que la democràcia és un mètode de govern on el poble participa amb veu i vot.

⁽²⁹⁹⁾ Art. 23.1 CE.

⁽³⁰⁰⁾ Art. 23.2 CE.

⁽³⁰¹⁾ Art. 23.2 CE.

⁽³⁰²⁾ És per això que són tan importants els drets que hem vist fins ara en aquest apartat: dret a la llibertat d'expressió i a la informació, dret de reunió i manifestació, i dret d'associació.

El dret de vot, o dret de sufragi, s'articula d'una manera diferent segons el tipus de democràcia que s'hagi institucionalitzat. Com ja sabeu, en les democràcies modernes s'ha establert un **sistema basat en la divisió del treball**, en virtut de la qual el procés decisor se separa en dues etapes:

- En una primera etapa els ciutadans elegeixen uns representants.
- En una segona etapa aquests representants voten les lleis.

En aquest esquema representatiu el dret de sufragi es concreta en els dos vessants esmentats: el dret de sufragi actiu i el dret de sufragi passiu.

En la mesura que dins del sistema de democràcia indirecta o representativa s'introdueix algun **element de democràcia directa**, el dret de sufragi només es concreta en el dret de votar. Aquest és el cas del **referèndum**, que la Constitució espanyola preveu en tres supòsits, en els termes que ja coneixem:

- Reforma constitucional³⁰³.
- Decisions polítiques de transcendència especial³⁰⁴.
- En determinats casos, procés d'elaboració i reforma dels estatuts d'autonomia³⁰⁵.

També és un instrument de democràcia directa el règim de consell obert en l'àmbit municipal³⁰⁶.

2) El dret de sufragi es projecta en tot **procés decisor de caire polític**. En el sistema de democràcia representativa que hi ha a Espanya, el dret de sufragi actiu es reconeix en relació amb les eleccions dels diputats i els senadors que integren les Corts Generals, les eleccions dels membres dels diversos parlaments autonòmics i les eleccions dels membres de les corporacions locals.

A més, la **integració de l'Estat espanyol a la Unió Europea** fa que aparegui un altre procés electoral: el dels membres del Parlament europeu.

Queden fora de la protecció de l'article 23 de la Constitució les diverses formes de participació en eleccions a institucions sindicals o professionals.

3) L'article 23.1 de la Constitució no explicita les **característiques del sufragi actiu** que reconeix. Però podem deduir aquestes característiques connectant aquest article amb el 68 i el 69, que fan referència a les eleccions del Congrés i del Senat, respectivament. En aquests articles s'estableix que el sufragi actiu serà "universal, lliure, igual, directe i secret":

Lectura recomanada

M. Ramírez (1985). *La participación política*. Madrid: Tecnos.

⁽³⁰³⁾ Art. 167.3 i 168.3 CE.

⁽³⁰⁴⁾ Art. 92 CE.

⁽³⁰⁵⁾ Art. 151 i 152.2 CE.

⁽³⁰⁶⁾ Art. 140 CE.

a) El sufragi és universal

Que el sufragi sigui universal vol dir que es reconeix a tot ciutadà o ciutadana sense excepcions. Se suprimeixen, per tant, les excepcions que hi havia en el passat per raó de capacitat econòmica, raça, sexe o religió.

Una altra cosa és, com veurem, que es pugui suspendre l'exercici del dret de sufragi actiu (com també del passiu) en casos determinats.

b) El sufragi és lliure

Que el sufragi sigui lliure vol dir, en primer lloc, que es reconeix el pluralisme polític, de manera que a l'hora de votar el ciutadà o ciutadana pot escollir entre diverses opcions polítiques. En un sistema on només sigui legal un partit polític, el dret de sufragi no és lliure, i no es pot considerar que el règim polític vigent sigui democràtic.

El sufragi lliure vol dir també que no hi ha un deure jurídic de votar: el vot no és obligatori. Pot semblar evident que el vot no ha de ser obligatori, però hi ha si més no un argument important en contra. Qui no vota perquè considera que el cost d'anar a votar³⁰⁷ no es veu compensat per la contribució insignificant que fa al resultat global, ja que són milions els vots que compten, es comporta com un *free rider*.

⁽³⁰⁷⁾Per exemple, les hores de platja que perd.

En efecte, no contribueix a produir un bé públic o col·lectiu, però es beneficia de la contribució dels altres, ja que és impossible excloure'l del gaudiament d'aquest bé. Tenint en compte la impossibilitat d'excloure dels beneficis col·lectius qui no vota i la injustícia de beneficiar-se d'un resultat generat per l'esforç dels altres, en alguns països el vot és obligatori i se sanciona, per tant, qui no vota, exceptuant que pugui esgrimir una causa que justifiqui la seva abstenció.

Nota

És impossible que les lleis que beneficiïn el sector social a què pertany la persona que no ha votat estableixin que els beneficis d'aquesta llei no s'aplicaran a les persones que no van exercir el dret de vot a les eleccions.

Activitat

Què penseu del fet que en determinats països, com per exemple l'Argentina i Bèlgica, el vot sigui obligatori i se sancioni qui no vota sense causa justificada?

c) El sufragi és igual

Que el sufragi sigui igual vol dir que el pes del vot d'una persona ha de ser igual que el de les altres, sense que es pugui graduar aquest pes en funció de les característiques de la persona.

La **igualtat en el vot** exclou, per tant, els sistemes de vot plural on, per exemple, els vots de les persones que pertanyen a determinades professions valen més³⁰⁸ que el vot de la resta de persones.

⁽³⁰⁸⁾Dues, tres, quatre... vegades més.

d) El sufragi és directe

Que el sufragi sigui directe vol dir que el representant és elegit directament per la ciutadania, i no a través de la intermediació d'un conjunt de compromissaris designats per aquesta.

Històricament el sistema de **sufragi indirecte** s'ha justificat en la necessitat de frenar els excessos populars. La idea era que un cos electoral intermediari faria de filtre i elegiria representants més capaços que els representants que elegiria el poble directament.

La Constitució rebutja aquest sistema indirecte i reconeix el sufragi directe en les eleccions dels diputats i els senadors, excepte els senadors autonòmics.

Aquest mateix sufragi directe es posa en pràctica en les **eleccions** següents:

- Eleccions **autonòmiques**.
- Eleccions **municipals**³⁰⁹.
- Eleccions al **Parlament europeu**, regulades en l'article 190.1 del Tractat de la Unió Europea, Acta relativa a l'elecció dels representants en l'Assemblea per sufragi universal directe, annexa a la Decisió 76/787/CECA, CEE, EURATOM del Consell, de 20 de setembre de 1976, i 216 de la Llei orgànica 5/1985, del règim electoral general (LOREG).

e) El sufragi és secret

Finalment, que el sufragi sigui secret vol dir que qui vota no ha de donar a conèixer el sentit del seu vot.

Aquest caràcter secret està vinculat al dret a no ser obligat a declarar sobre la ideologia, la religió o les creences pròpies (art. 16.2 CE) i respon, sobretot, a la necessitat d'assegurar la màxima llibertat en exercir el dret de sufragi: les persones que es troben en posicions de dependència econòmica, social, laboral, familiar, funcional, etc., en relació amb altres persones podrien tenir por de reaccions desfavorables si no votessin en el sentit desitjat per aquestes darreres.

Vegeu també

Vegeu l'article 31.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

⁽³⁰⁹⁾ Art. 140 CE.



Article 5 de la LOREG

L'article 5 de la LOREG concreta aquest precepte constitucional en establir que ningú no pot ser obligat o coaccionat sota cap pretext a exercir el seu dret de sufragi ni a revelar el seu vot.

4) Hem vist que la ciutadania té dret de sufragi actiu i passiu³¹⁰. Això no vol dir que totes les persones de nacionalitat espanyola tinguin aquest dret, ja que només en gaudeixen els majors d'edat, és a dir, els majors de divuit anys³¹¹. La persona de nacionalitat espanyola ingressa a la ciutadania espanyola als divuit anys.

⁽³¹⁰⁾Art. 23.1 CE.

⁽³¹¹⁾Art. 12 CE.

Ara bé, el dret de sufragi, tant l'actiu com el passiu, dels ciutadans es pot restringir en certs supòsits, que la llei determina. La Llei orgànica de règim electoral general estableix que no tenen dret de sufragi les persones següents:

1. Els condemnats per sentència judicial ferma a la pena principal o accessòria de privació del dret de sufragi durant el temps del seu compliment.
2. Els declarats incapaços en virtut de sentència judicial ferma, sempre que la mateixa en declari expressament la incapacitat per a exercir el dret al sufragi.
3. Els internats en un hospital psiquiàtric amb autorització judicial, durant el període que duri el seu internament, sempre que en l'autorització el jutge declari expressament la incapacitat per a exercir el dret de sufragi.

Article 3 LOREG.

En relació amb el primer supòsit, s'ha de tenir en compte que l'actual Codi penal³¹², a diferència de l'anterior, només preveu la privació del dret de sufragi passiu, no del de sufragi actiu, com a pena principal o accessòria. A més, l'article 6 de la LOREG estableix unes causes d'inelegibilitat que afecten, per tant, el dret de sufragi passiu.

⁽³¹²⁾Aprovat per la LO 10/1985.

Al costat de les causes que estan previstes per a evitar acumular el càrrec de representant a altres càrrecs que s'hi consideren incompatibles, apareixen les causes següents:

- Els condemnats per sentència ferma a pena privativa de llibertat, en el període que duri la pena.
- Encara que la sentència no sigui ferma, els condemnats per un delicte de rebel·lió o els integrants d'organitzacions terroristes condemnats per delictes contra la vida, la integritat física o la llibertat de les persones.

El dret de sufragi

Tots els espanyols majors d'edat són titulars del dret de sufragi. De tota manera, la llei estableix unes restriccions d'aquest dret en relació amb les persones que es troben en condicions determinades.

5) La Constitució reconeix el dret de sufragi en favor de la ciutadania a l'article 23.1. D'una manera explícita, l'article 13.2 n'exclou els **estrangers** quan diu:

Només els espanyols seran titulars dels drets reconeguts en l'article 23, llevat d'allò que, amb criteris de reciprocitat, fos establert per tractat o per llei per al dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals.

Aquesta és la nova redacció de l'article 13.2, després de l'entrada en vigor de la **Llei de reforma constitucional**, de 27 d'agost de 1992.

La reforma de l'article 13.2 de la Constitució

Aquesta reforma es va haver de fer per tal que l'Estat espanyol pogués donar el seu consentiment al Tractat de Maastricht, que preveia a l'article G (8B.1) que tot ciutadà o ciutadana de la Unió Europea que resideixi en un estat membre del qual no sigui nacional té dret a ser elector i elegible en les eleccions municipals de l'Estat membre on resideixi, en les mateixes condicions que els nacionals de l'Estat en qüestió, deixant de banda les excepcions que el Consell pot establir si així ho justifiquen problemes específics d'un estat membre.

La reforma de la Constitució espanyola es va haver de fer perquè en la redacció anterior l'article 13.2 només preveia la possibilitat de reconèixer als estrangers, en les eleccions municipals, el dret de sufragi actiu, però no el passiu.

El Tribunal Constitucional, en la Declaració 108/1992, d'1 de juliol de 1992, en virtut d'un requeriment del Govern³¹³, va determinar que hi havia una contradicció entre el precepte del Tractat de Maastricht i l'article 13.2 de la Constitució, amb la conseqüència que la ratificació del tractat exigia la prèvia reforma constitucional d'aquest article pel procediment ordinari³¹⁴.

Actualment, doncs, tots els **ciutadans i ciutadanes comunitaris** poden exercir a Espanya el dret de sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals del seu lloc de residència. Però, a més, el dret de sufragi actiu i passiu en aquestes eleccions també es reconeix a ciutadans i ciutadanes no comunitaris, en virtut de tractats internacionals i sempre que hi hagi reciprocitat.

6) Un problema que es planteja és la **relació entre l'elector, l'elegit i el partit polític** que ha presentat aquest darrer en les seves llistes electorals. Com ja sabeu, la Constitució estableix que els membres de les Corts Generals no estan subjectes a mandat imperatiu³¹⁵.

Aquesta mateixa **prohibició del mandat imperatiu** es reproduïx en relació amb els diputats autonòmics³¹⁶. La justificació clàssica d'aquesta prohibició és doble:

a) D'una banda, el representant ha de contribuir a formar la voluntat general, la qual cosa es considera incompatible amb l'existència d'instruccions dels seus electors locals que el representant hagi de complir.

b) De l'altra, la decisió dels representants ha de ser presa després d'un procés parlamentari de deliberació i negociació, activitats que no es poden dur a terme adequadament si el representant està ja lligat per les instruccions dels seus electors.



Acte de signatura del Tractat de Maastricht. Aquest tractat va plantejar una incompatibilitat amb l'article 13.2 de la Constitució.

⁽³¹³⁾ Ex art. 95.2 CE.

⁽³¹⁴⁾ Art. 167 CE.

Exemples del dret de sufragi

Els estrangers, en principi, no són titulars del dret de sufragi, però l'article 13.2 de la CE permet, en casos determinats, fer una excepció pel que fa a les eleccions municipals.

⁽³¹⁵⁾ Art. 67.2 CE.

⁽³¹⁶⁾ Per exemple, l'article 31.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

Un problema diferent és la **connexió entre el representant i el partit polític**³¹⁷ que l'ha presentat com a candidat en les llistes electorals.

⁽³¹⁷⁾ O la federació, coalició o agrupació electoral.

Un precepte de l'antiga Llei d'eleccions locals de 1978 establí que, si el candidat electe deixava de pertànyer al partit que el va presentar a les eleccions, havia de cessar en el seu càrrec.

Reflexió

Es pot condicionar la continuïtat del representant en el seu càrrec a la pertinença al partit?

Aquest precepte va ser declarat inconstitucional pel Tribunal Constitucional³¹⁸, que va establir una connexió entre el dret del representant a portar a terme la seva funció i el dret dels ciutadans a participar en els assumptes públics a través de representants. Si l'exercici del dret del primer s'obstaculitza, es buida de contingut el dret dels darrers.

⁽³¹⁸⁾ STC 10/1983.

Segons el Tribunal Constitucional, els **partits polítics** no són òrgans de l'Estat i, en conseqüència, no tenen poder públic: només poden exercir el seu poder sobre els qui lliurement decideixen formar part del partit. Si el representant deixa de pertànyer al partit, aquest no pot privar-lo del càrrec, ja que això comportaria una extralimitació de l'àmbit dins del qual el partit polític pot exercir els seus poders.

El Tribunal Constitucional no ignora que una anàlisi sociològica pot mostrar que a l'hora de decidir el seu vot el ciutadà està força motivat pel fet que el representant elegit figuri en la llista d'un determinat partit polític i no en la d'un altre. Però el cert, diu el Tribunal Constitucional, és que, d'acord amb la Constitució, l'elecció recau formalment sobre persones determinades, no sobre partits.

En definitiva, el partit no pot condicionar el manteniment del representant en el seu càrrec públic, ja que això privaria els ciutadans del seu dret a participar en els assumptes públics a través de representants.

Activitat

La sentència del Tribunal Constitucional conté un vot particular que van formular els magistrats Ángel Latorre, Manuel Díez de Velasco i Luis Díez Picazo. El seu argument principal és que els partits polítics, si bé no són poder públic, sí que desenvolupen funcions públiques³¹⁹. Aquestes funcions les han d'exercir d'acord amb la llei, que emana de la voluntat popular. Si la llei estableix que el fet de deixar de pertànyer a un partit ha de portar com a conseqüència la pèrdua del càrrec representatiu, quina objecció es pot fer des del punt de vista de la democràcia i del dret a participar en els assumptes públics? Els magistrats recorden que la Constitució encomana als partits polítics la tasca de servir d'instrument fonamental per a la participació política.

⁽³¹⁹⁾ Art. 6 CE.

- Quin d'aquests dos punts de vista us sembla més plausible?

10.5. El dret de petició

L'article 29.1 de la Constitució espanyola reconeix el dret a tots els espanyols de presentar peticions per escrit de manera individual o col·lectiva als poders públics. La Llei 4/2001, de 12 de novembre, reguladora del dret de petició, ha reconegut aquest dret, així mateix, als estrangers. Tanmateix, per imperatiu de l'article 29.2 de la Constitució, els membres de les forces armades i de cossos sotmesos a disciplina militar només poden exercir aquest dret individualment i en les condicions que determini la seva legislació específica.

El dret de petició és una institució clàssica del dret públic, encara que l'aprofundiment de la democràcia i la ampliació progressiva dels drets dels ciutadans, que converteixen les matèries eventuais d'una petició en objecte d'un dret, n'han anat erosionant la importància. Tanmateix, la democratització progressiva dels procediments administratius i de la implementació de les polítiques públiques podria comportar una recuperació de la importància d'aquest dret.

El **dret de petició** consisteix en la possibilitat per part dels titulars d'adreçar-se per escrit a qualsevol poder públic per a demanar alguna cosa o sol·licitar-ne alguna acció. Cal entendre que les peticions formulades en l'exercici d'aquest dret es troben dintre de l'àmbit de discrecionalitat del poder públic concernit.

La presentació de la petició es pot fer de manera individual o col·lectiva davant de qualsevol poder públic, encara que, d'acord amb l'article 77.1 de la Constitució, quan la petició es presenta davant de les Corts Generals, la presentació no es pot fer mitjançant una manifestació ciutadana. Els ciutadans poden presentar peticions davant de qualsevol poder públic, però en resten exclosos els òrgans jurisdiccionals, llevat que es tracti d'algun afer de naturalesa extrajudicial, i el Tribunal Constitucional en qualsevol cas.

Així mateix, els peticionaris tenen dret al fet que el destinatari de la petició formuli un justificant de recepció i a la contestació corresponent a la petició formulada, que s'ha de fer en el termini de tres mesos, d'acord amb l'article 11.1 de la Llei 4/2001. En qualsevol cas, aquesta contestació pot ser una denegació d'allò que es demana, la qual cosa s'ha de fer de manera justificada. Si, per contra, el destinatari de la petició la considera fonamentada, ha de donar-hi compliment, instant els procediments oportuns. En cas que el destinatari de la petició consideri que no és competent per a donar-hi curs, té l'obligació legal de trametre-la a l'òrgan que consideri que és efectivament competent i d'informar-ne els peticionaris del tràmit.

Finalment, el dret de petició incorpora una garantia d'indemnitat dels peticionaris, és a dir, no poden ser objecte de cap represàlia pel fet de formular una petició determinada.

11. Els drets socials

Com a manifestació del **caràcter social de l'Estat**³²⁰, la Constitució reconeix un conjunt de drets i un conjunt de principis rectors, els drets socials, a través dels quals s'asseguren uns nivells mínims de benestar i llibertat iguals per a tothom³²¹.

(320) Art. 1.1 CE.

(321) Art. 1.1 CE.

En aquest apartat ens referim únicament a dues manifestacions de l'estat social en matèria de drets:

- La funció social com a límit del dret a la propietat privada.
- El dret a l'educació.

11.1. La funció social del dret a la propietat privada

11.1.1. Consideracions generals

La Constitució reconeix el dret a la propietat privada com un dret de les persones que gaudeix de la protecció que li atorga la reserva de llei del Parlament, d'acord amb la funció social exigida per la norma suprema, funció social que, en tot cas, en delimita el contingut.

Aquesta reserva de llei, que afecta la **delimitació de l'interès social del dret a la propietat**, ha d'assegurar que cap persona no pot ser privada dels seus béns i els seus drets sense causa justificada d'utilitat pública o interès social. Si això no es compleix, el titular del dret haurà de rebre la indemnització corresponent.



El dret a la propietat privada és reconegut per la Constitució.

La **reserva de llei** garanteix que la regulació legislativa del dret no pugui vulnerar-ne el contingut essencial. Així mateix, aquest últim no es pot desvincular del marc general que ofereix l'estat social, on els poders públics poden intervenir sobre el dret de propietat mitjançant clàusules que l'habiliten per a regular-ne l'exercici a fi de salvaguardar la llibertat i la igualtat de les persones.

La concreció dels elements que ajudin a identificar el contingut essencial del dret no apareix a la Constitució. En tot cas, el Tribunal Constitucional ha recordat que la fixació del contingut essencial de la propietat no es pot fer des de l'exclusiva consideració subjectiva del dret o dels interessos individuals sub-

Lectura recomanada

A.M. López y López (1994). *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Madrid: Tecnos.

jacents a aquest, sinó que l'ha d'incloure. Igualment, la referència necessària a la funció social, entesa no com a límit extern a la definició o a l'exercici d'aquesta, sinó com a part integrant del mateix dret.

És evident, doncs, que el Tribunal Constitucional trasllada al legislador la concreció d'allò que deriva de la Constitució: la **necessitat de conjuminar el dret del particular amb els interessos col·lectius**. En aquest sentit, és obvi que la propietat, com qualsevol altre dret, no és un dret absolut o il·limitat.

La idea del dret natural del primer liberalisme va donar pas amb el liberalisme democràtic a la concepció dels drets i les llibertats com a estatut de llibertat de la persona davant de l'Estat i també dels altres particulars; el resultat d'això va ser la configuració dels drets com a institucions limitades també per interessos d'ordre general.

11.1.2. El règim del dret a la propietat

La manca d'una definició explícita per part de la Constitució que en permeti especificar el contingut essencial no impedeix fer una aproximació conceptual a la propietat, si es pren com a referència l'article 348 del Codi civil, que la descriu com el poder d'ús, gaudiment i disposició dels béns.

La **titularitat del dret a la propietat** correspon d'una manera indiscriminada a les persones físiques i jurídiques, nacionals i estrangeres. Els estrangers i les entitats d'una altra nacionalitat exerceixen aquest dret d'acord amb els requisits i les limitacions que la legislació estableix.

Amb la probable consolidació de la Unió Europea, el **procés de liberalització de l'accés a la propietat**, que deriva de la llibertat de circulació de béns i serveis encetada el 1992 a Maastricht, haurà de restringir considerablement les limitacions que encara hi ha respecte a la capacitat de les persones jurídiques per a dur a terme negocis jurídics que les habilitin per a accedir a la propietat en altres estats de la Unió Europea.

L'**objecte del dret a la propietat privada** abraça totes les posicions jurídiques de caràcter patrimonial en què el titular intervé. En aquest sentit, la doctrina i la jurisprudència no redueixen la delimitació de l'objecte a la propietat de la cosa, sinó que hi inclouen també les prestacions rebudes pel titular del dret, que deriven d'una relació juridicopública.

Com ha assenyalat Rey Martínez, inspirant-se en la jurisprudència del Tribunal Constitucional alemany, en la mesura que l'individu depèn cada cop més de la intervenció pública, els drets del particular, per exemple, a les prestacions de les assegurances d'invalidesa i jubilació s'integren en l'objecte del dret a la propietat.

El **dret a rebre una indemnització** per causa de la intervenció del poder públic –entenen per poder públic qualsevol ens administratiu– en la propietat mitjançant l'expropiació, està establert a la Constitució sense especificar si ha de ser **prèvia o posterior** a l'acte interventor del poder públic.

Totes dues possibilitats serien factibles en vista de la norma suprema. La Llei reguladora de l'expropiació forçosa de 1954 estableix que sigui prèvia.



L'expropiació d'una propietat amb intervenció del poder públic dóna dret a rebre una indemnització.

Pel que fa al **caràcter i l'abast de la llei expropiadora**, el Tribunal Constitucional³²² no ha negat la possibilitat que es pugui fer per llei singular, és a dir, per llei de cas únic, i ha declarat la constitucionalitat de la Llei d'expropiació aplicada al cas Rumasa³²³.

L'Alt Tribunal considera que la remissió que la Constitució³²⁴ fa a les lleis no barra el pas a l'expropiació singular d'un sol propietari.

Els vots particulars de la sentència van posar l'èmfasi en el fet que un supòsit d'aquest tipus minva les garanties de l'expropiat, ja que aquest últim no pot impugnar la llei per manca de legitimació per a fer-ho davant de l'únic tribunal competent: el Tribunal Constitucional.

En aquest sentit, i sense posar en qüestió la procedència de les lleis singulars, el Tribunal Europeu dels Drets de l'Home ha considerat que la manca d'audiència del particular expropiat en un procés d'inconstitucionalitat contra llei expropiatòria vulnera les seves garanties.

11.2. El dret a l'educació

La Constitució estableix el següent:

Lectura recomanada

F. Rey Martínez (1994). *La propiedad en la Constitución española*. Madrid: BOE/CEC.

(322) Tot i que amb discrepàncies en el seu si.

(323) STC 166/1986.

(324) Art. 33.3 CE.

1. Tothom té dret a l'educació. Es reconeix la llibertat d'ensenyament.
2. L'educació tindrà com a objecte el ple desenvolupament de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics de convivència i als drets i a les llibertats fonamentals.
3. Els poders públics garanteixen el dret que assisteix els pares per tal que els fills rebin la formació religiosa i moral que vagi d'acord amb les seves conviccions.
4. L'ensenyament bàsic és obligatori i gratuït.
5. Els poders públics garanteixen el dret de tothom a l'educació, mitjançant una programació general de l'ensenyament, amb la participació col·lectiva de tots els sectors afectats i la creació de centres docents.
6. Es reconeix a les persones físiques i jurídiques la llibertat de creació de centres docents, dins el respecte als principis constitucionals.
7. Els professors, els pares i, en el seu cas, els alumnes intervindran en el control i en la gestió de tots els centres sostinguts per l'Administració amb fons públics, en la forma que la llei estableixi.
8. Els poders públics inspeccionaran i homologaran el sistema educatiu per tal de garantir el compliment de les lleis.
9. Els poders públics ajudaran aquells centres docents que reuneixin els requisits que la llei estableixi.
10. Es reconeix l'autonomia de les Universitats, en la forma que la llei estableixi.

Article 27 CE.



La Constitució declara l'ensenyament bàsic obligatori i gratuït.

Article 27 de la CE

L'article 27 de la CE protegeix un conjunt de drets que estan vinculats a l'àmbit de l'educació, com drets de llibertat, de prestació pública i de participació.

Pel que fa al dret a l'ensenyament, cal fer les tres consideracions següents:

a) La **llibertat d'ensenyament**, en general, és una extensió del dret a la llibertat ideològica³²⁵ i del dret a la llibertat d'expressió i de producció i creació literària, artística, científica i tècnica³²⁶.

⁽³²⁵⁾Art. 16 CE.

⁽³²⁶⁾Art. 20 CE.

Així, s'estableixen els drets següents:

- Les persones poden crear centres on es difonguin les seves idees i els seus coneixements³²⁷.
- Els professors poden impartir la docència en llibertat³²⁸.
- Els pares tenen dret que els seus fills rebin la formació religiosa i moral que estigui d'acord amb les seves conviccions³²⁹.

⁽³²⁷⁾Art. 27.6 CE.

⁽³²⁸⁾Art. 20.1 CE.

⁽³²⁹⁾Art. 27.3 CE.

Però la llibertat d'ensenyament pressuposa que l'ensenyament és per a educar en la llibertat: l'educació tindrà com a objecte el desenvolupament ple de la personalitat humana en el respecte als principis democràtics i als drets i les llibertats fonamentals³³⁰. D'altra banda, la llibertat dels pares no pot portar a negar als fills el seu dret a rebre una educació: l'ensenyament bàsic és obligatori³³¹.

⁽³³⁰⁾Art. 27.2 CE.

⁽³³¹⁾Art. 27.4 CE.

b) El dret a l'educació, per la seva banda, es concreta en el **dret a rebre un ensenyament bàsic gratuït**³³², la qual cosa comporta la intervenció dels poders públics en l'àmbit educatiu, tant mitjançant la creació de centres públics³³³, com mitjançant l'atorgament d'ajuts públics als centres privats que reuneixin determinades condicions³³⁴.

(332) Art. 27.4 CE.

(333) Art. 27.5 CE.

(334) Art. 27.9 CE.

La connexió entre el dret a l'educació i l'estat social es manifesta, sobretot, en aquesta intervenció pública. Aquesta intervenció és necessària, a més, per tal de garantir que els estudis de validesa acadèmica que s'ofereixen a les escoles reuneixen uns requisits mínims de qualitat³³⁵.

(335) Art. 27.8 CE.

c) Finalment, es protegeix també un **dret de participació**: els professors, els pares i els alumnes poden intervenir en el control i la gestió de tots els centres que siguin sostinguts amb fons públics³³⁶.

(336) Art. 27.7 CE.

S'ha de tenir en compte que, històricament, en l'àmbit educatiu la controvèrsia política ha estat sempre intensa. Tant en el moment d'elaborar la Constitució de 1978 com en la política legislativa ordinària, ha estat difícil posar d'acord les diferents forces polítiques i els sectors socials involucrats.

De fet, l'article 27 de la Constitució recull diversos drets que entren freqüentment en conflicte, i la manera com s'han d'harmonitzar aquests drets és matèria controvertida.

Els drets socials

En la història espanyola, l'organització i la regulació del sistema escolar ha estat objecte de polèmica i motiu de fortes controvèrsies polítiques i socials. La Constitució de 1978 ha tractat de trobar una solució d'equilibri, tot i que la concreció d'aquesta solució en les lleis també ha estat matèria controvertida.

El desenvolupament legislatiu del dret a l'educació ha estat especialment controvertit. Primer, impulsada per la UCD, es va aprovar la Llei orgànica 5/1980, d'estatut dels centres escolars. Després, durant el primer període de govern del PSOE, es van aprovar la Llei orgànica 8/1985, de 3 d'octubre, reguladora del dret a l'educació i la Llei orgànica 1/1990, de 20 de novembre, d'ordenació general del sistema educatiu. Després, durant l'època de govern del Partit Popular, es va aprovar la Llei orgànica 10/2002, de 23 de desembre, de qualitat de l'educació. Finalment, es va aprovar la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació, vigent actualment.

En aquest apartat no podem examinar totes les qüestions que el Tribunal Constitucional ha hagut de resoldre. Ens centrem en l'estudi del conflicte entre els quatre protagonistes principals de l'acció educativa en els centres privats:

- El titular del centre privat.
- Els pares.

Lectura recomanada

A. Fernández-Miranda (1988). *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

- Els alumnes.
- Els professors.

És interessant observar que el **recurs contra la LOECE** es basava, entre altres motius, en la tesi que es protegia en excés el dret a crear centres docents privats, en detriment dels drets de pares, professors i alumnes. Per contra, la **LODE** va ser impugnada, entre altres coses, amb l'argument que protegia els drets d'aquests darrers en perjudici del dret del titular del centre docent.

L'equilibri entre aquests drets és, doncs, difícil, perquè en la controvèrsia política els diversos grups donen un pes diferent als drets que entren en tensió.

Segons l'STC 5/1981, que va resoldre el recurs d'inconstitucionalitat contra la LOECE, la llibertat de creació de centres docents inclou el **dret dels titulars de centres privats a establir un ideari educatiu propi**. Aquest dret no és merament instrumental respecte al dret dels pares a elegir la formació religiosa i moral dels seus fills.

Encara que hi ha una connexió entre tots dos drets, el dret a establir un ideari propi del centre és un dret autònom. Per aquesta raó, diu el Tribunal Constitucional, l'ideari pot fer referència a aspectes de l'ensenyament que vagin més enllà dels aspectes religiosos i morals. Aquest dret no és, però, limitat.

El Tribunal Constitucional considera que el seu exercici ha de ser compatible amb els tres drets següents:

- Drets dels professors.
- Drets dels pares.
- Drets dels alumnes.

1) Pel que fa als **drets dels professors**, el Tribunal Constitucional estableix que la llibertat de càtedra³³⁷ dels professors constitueix un dret que s'ha d'harmonitzar amb el dret de creació de centres docents. El Tribunal Constitucional considera que el constituent espanyol ha volgut estendre la llibertat de càtedra a tots els professors, i no solament als d'ensenyament superior.

Val la pena reproduir literalment la resposta del Tribunal Constitucional:



Exemple

El Tribunal Constitucional va tractar d'establir els criteris d'acord amb els quals s'havien de resoldre els conflictes entre els drets dels titulars de centres privats, dels professors, dels pares i dels alumnes (STC 5/1981).

⁽³³⁷⁾ Art. 20.1 CE.

Reflexió

Ara bé, com es pot resoldre la col·lisió entre el dret de llibertat de càtedra i el del titular del centre privat?

"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 ha de ser compatible, por tanto, con la libertad del centro, del que forma parte el ideario. La libertad del profesor no le faculta por 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 resulten 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."

Fonament jurídic 10.

Ara bé, què passa amb les **conductes o manifestacions lícites** que el professor faci fora de la seva funció docent? Podrien en algun cas ser considerades contràries a l'ideari del centre i, per tant, donar lloc a l'extinció de la relació contractual? La resposta del Tribunal Constitucional és afirmativa.

Entre els **factors rellevants** que els jutges ordinaris han de tenir en compte per a decidir el cas, el Tribunal Constitucional fa referència al **grau de notorietat de les activitats** del professor i a la **intencionalitat** amb què el professor les porti a terme.

2) El **dret dels pares** a participar en la gestió i el control dels centres privats sostinguts amb fons públics³³⁸ té com a límit el respecte a l'ideari. Segons el Tribunal Constitucional, ja que els pares han escollit per als seus fills un centre amb un ideari propi, no poden pretendre que el centre segueixi orientacions o dugui a terme activitats contradictòries a aquest ideari.

(338) Art. 27.7 CE.

3) Finalment, pel que fa als **alumnes**, el Tribunal Constitucional recorda que el dret de creació de centres docents té una limitació addicional que no pesa sobre el dret a la llibertat ideològica i d'expressió: l'educació s'ha d'orientar al servei dels valors democràtics³³⁹. Aquesta exigència és necessària per tal de protegir el dret de l'alumne a desenvolupar lliurement la seva personalitat³⁴⁰.

(339) Art. 27.2 CE.

(340) Art. 10.1 CE.

De fet, el Tribunal Constitucional diu que els **valors constitucionals** no són merament un límit extern a l'ideari, sinó els valors que l'han d'inspirar positivament.

En relació amb el conflicte entre els drets esmentats, l'STC 5/1981 conté un vot particular important de Francisco Tomás y Valiente³⁴¹. Els **magistrats discrepants** consideren que el Tribunal Constitucional hauria d'haver concretat

(341) Al qual s'afegeixen Ángel La-torre Segura, Manuel Díez de Velasco i Plácido Fernández Viagas.

en regles més específiques com s'havien de resoldre els conflictes entre el dret de creació de centres educatius i els drets de pares, alumnes i professors involucrats.

En aquest sentit, el vot intenta explicitar aquestes regles, que porten a donar a l'ideari propi del centre una protecció menys intensa de la que es pot desprendre de la sentència del Tribunal Constitucional. Així, segons el vot particular, l'ideari de cada centre docent compleix una funció merament instrumental respecte al dret dels pares a elegir la formació religiosa i moral dels seus fills, amb la conseqüència que els centres privats no poden alterar al seu arbitri l'ideari educatiu fixat, ja que això comportaria una conducta fraudulenta en relació amb els pares.

De la mateixa manera, es defensa la participació de tots els protagonistes de la comunitat escolar³⁴² a interpretar i aplicar l'ideari als casos concrets. Pel que fa al respecte de l'ideari per part del professor, el vot particular creu que no es poden considerar vulneracions del deure de respectar l'ideari:

⁽³⁴²⁾Titular del centre, professors, pares i, eventualment, alumnes.

"[...] las simples y aisladas discrepancias a propósito de algún aspecto del ideario del centro que exponga el 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 es posible imbuirles si también los profesores hacen uso de él en sus explicaciones."

STC 5/1981.

En aquesta línia el vot particular fa les consideracions següents:

- Que els professors no deixen de respectar l'ideari pel fet de negar-se a participar en cerimònies religioses³⁴³.
- Que el centre no pot exigir als professors, abans de ser contractats, una adhesió explícita a l'ideari del centre.
- Que les conductes del professor fora de la institució escolar en cap cas no poden ser considerades contràries a l'ideari del centre.
- Que en aquelles zones geogràfiques en què hi hagi un monopoli de fet de centres privats ideològicament homogenis, i finançats per fons públics, els titulars d'aquests centres no podran establir un ideari propi³⁴⁴.

⁽³⁴³⁾Encara que siguin peculiars del centre.

⁽³⁴⁴⁾Ja que això comportaria una lesió del dret dels pares discrepants.

La doctrina establerta a l'STC 5/1981 va ser recollida a l'STC 77/1985, que va resoldre un recurs previ d'inconstitucionalitat contra el text de la LODE. Els recurrents van al·legar, entre altres coses, que la llei desprotegia el dret dels titulars de centres privats a establir un ideari propi.

El Tribunal Constitucional va recordar la **necessitat de compatibilitzar aquest dret amb els drets dels pares, dels alumnes i dels professors**. De tota manera, va declarar inconstitucional un precepte de la LODE que sotmetia a autorització administrativa l'ideari dels centres privats, a fi de controlar que es respectessin els drets dels pares, dels alumnes i dels professors. Segons el Tribunal Constitucional, aquesta tasca delicada de ponderació entre els drets en joc correspon als jutges ordinaris, no a l'Administració.

Deixant de banda molts altres aspectes de la regulació de l'exercici del dret a l'educació³⁴⁵, és important retenir tres dades que mostren la incidència de l'estat social en l'àmbit educatiu:

⁽³⁴⁵⁾Que no hem pogut tractar en aquest apartat.

- a) En primer lloc, l'**educació de les persones** és un bé de prou importància en un estat democràtic per a justificar l'exigència que l'Estat satisfaci aquest bé mitjançant un sistema de prestacions públiques i de subvencions.
- b) En segon lloc, la **intervenció de l'Estat per a mantenir centres docents privats** justifica la restricció dels drets dels titulars dels centres afectats.
- c) Per acabar, cal recordar la **no-neutralitat de l'Estat respecte a l'existència d'una cultura pública democràtica**, i, per tant, es justifica l'exigència constitucional que l'educació a totes les escoles, sigui quin sigui el seu règim jurídic, s'inspiri en els principis de convivència democràtica i respecte als drets fonamentals.

Si, com se sol dir, l'**estat social** és un tipus d'estat on la interacció entre la societat i els poders públics és especialment intensa, aquesta característica es manifesta d'una manera especial en l'àmbit educatiu.

Activitat

Recentment s'ha plantejat una certa polèmica arran d'una sentència de l'Audiència Nacional de l'11 de febrer de 2000, que considera constitucional que col·legis finançats amb fons públics admetin només nois, o només noies. Creieu que la Constitució imposa una educació mixta? En totes les escoles, o només en les escoles que siguin públiques o que estiguin finançades amb fons públics? Pot formar part de l'ideari d'una escola l'opció a favor d'una educació separada?

Resum

En aquest mòdul didàctic hem examinat diversos aspectes de la **teoria general dels drets fonamentals**, com també els problemes principals que determinats drets plantegen:

a) Hem constatat primerament la **importància històrica** dels drets fonamentals, que són la conseqüència institucional de moviments polítics de signe liberal i democràtic, com també la variabilitat històrica del contingut material d'aquests drets.

b) També ens hem fet ressò de la **tendència actual** a dotar els drets fonamentals de la força màxima, com es manifesta en:

- La **tendència a equiparar** els estrangers i els nacionals en el gaudiment d'aquests drets.
- L'**acceptació matisada** de la idea que aquests drets vinculen els particulars.
- Els **criteris d'interpretació** que s'utilitzen a l'hora de fixar el contingut d'aquests drets i de determinar quan són legítimes les restriccions que se'ls imposa.

c) També hem assenyalat el **pes dels drets fonamentals** quan hem estudiat les vies específiques que, més enllà del procés judicial ordinari, estan previstes en l'ordenament jurídic per tal de protegir-los jurisdiccionalment (tant nacional com internacional).

Entre els drets examinats, hem comprovat que el dret a la tutela judicial efectiva i el dret a la igualtat tenen unes característiques especials i una importància cabdal:

- El **dret a la tutela judicial efectiva** empara la possibilitat d'obtenir dels tribunals la protecció efectiva dels drets i els interessos de les persones (incloent-hi, naturalment, els drets fonamentals).
- El **dret a la igualtat** restringeix la manera com l'Estat pot distribuir béns i càrregues (ja siguin de rang constitucional o no).

d) Per acabar, hem verificat que hi ha **diversos tipus de drets**, segons que protegeixin:

- **L'àmbit personal.**
- **L'espai de la participació política.**

Exemple

Ho hem vist, per exemple, en el conflicte entre llibertat d'expressió i honor, entre propietat privada i interessos socials determinats, o entre els drets de pares, alumnes, professors i titulars de centres privats en l'àmbit del dret a l'educació.

- Els **béns** i els **recursos materials** sense els quals la igualtat i la llibertat de les persones no són efectives.

En l'**estudi dels problemes** que els drets seleccionats plantegen, hem constatat les dificultats interpretatives que es presenten quan els diversos drets de les diverses persones entren en conflicte.

Activitats

1. Un periodista escriu un article al diari *Actualitat* en què afirma que l'empresa alemanya Krupp Constructora, SA ha fet grans negocis immobiliaris a la província de Tarragona durant els últims anys a base de fer donacions encobertes als partits polítics amb responsabilitats de govern municipal, a canvi d'obtenir contractes d'obra pública. En l'article, el periodista inclou una llista de casos, amb les xifres de les donacions il·legals i els noms dels polítics involucrats. El Sr. Pere Constructor, en nom i representació de la societat alemanya, vol presentar una demanda civil contra el periodista i el diari per lesió del dret a l'honor de la societat anònima mencionada.

Responen a les preguntes següents:

- Pot aquesta societat estrangera al·legar que és titular del dret a l'honor de l'article 18 de la Constitució?
- Quines mesures judicials pot demanar en l'exercici d'aquesta acció civil per tal de reparar la lesió produïda?
- Quines vies processals ordinàries té obertes aquesta societat?
- Què haurien d'al·legar i provar el periodista i el diari per tal d'evitar una condemna civil per lesió del dret a l'honor?

2. Suposem que el jutge ordinari considera que la societat Krupp Constructora, SA ha estat lesionada en el seu dret a l'honor i, en conseqüència, condemna civilment el periodista i el diari demandats. Suposem que aquests darrers consideren que l'extensió a les persones jurídiques del dret a l'honor constitueix una interpretació errònia de l'article 18 de la Constitució. Suposem que, una vegada exhaurida la via judicial ordinària, decideixen acudir al Tribunal Constitucional a través d'un recurs d'empara.

Responen a la pregunta següent:

- Poden, des d'un punt de vista processal, al·legar infracció de l'article 18 de la Constitució?

3. Suposem que, per contra, el jutge ordinari considera que la societat Krupp Constructora, SA no ha estat lesionada en el seu dret a l'honor, perquè les societats anònimes no són titulars d'aquest dret.

Responen a les preguntes següents:

- Tenint en compte que els autors de l'originària i hipotètica lesió del dret a l'honor són uns particulars (un periodista i un diari), podria la societat alemanya presentar un recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional (una vegada exhaurida la via judicial prèvia)? Com es pot articular el recurs en aquests casos?
- Si el jutge ordinari va afirmar, en una sèrie de casos anteriors, que les persones jurídiques són titulars del dret a l'honor, podria la societat interposar recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional (una vegada exhaurida la via judicial ordinària) al·legant infracció de l'article 14 de la Constitució? En quines condicions és acceptable el canvi de criteri judicial? Pot una persona jurídica estrangera al·legar el dret a no ser discriminat reconegut a l'article 14 de la Constitució?

Exercicis d'autoavaluació

De selecció

1. Els estrangers que viuen a Espanya gaudeixen...

- només dels drets que estableixin els tractats i les lleis.
- de tots els drets del títol I de la CE, en els mateixos termes que els espanyols, a excepció dels drets de l'article 23 de la CE.
- de tots els drets del títol I, en els termes que estableixin la llei o els tractats, a excepció dels drets de l'article 23 de la CE.
- de tots els drets del títol I, incloent-hi el dret de sufragi actiu i passiu.

2. Quin d'aquests drets no es reconeix a les persones jurídiques?

- Inviolabilitat de domicili.
- Intimitat.
- Igualtat.
- Tutela judicial efectiva.

3. Si els jutges ordinaris competents no han tutelat el dret de llibertat d'expressió d'un periodista enfront de la lesió ocasionada per un particular, el periodista...

- no podrà, en cap cas, plantejar recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional.
- podrà plantejar recurs d'empara al·legant que la manca de tutela per part del jutge comporta una lesió en el seu dret per part d'un poder públic.
- només podrà plantejar recurs d'empara si va ser condemnat penalment, però no si va ser-ho civilment.

d) només podrà plantejar recurs d'empara si prèviament es va seguir el procediment preferent i sumari regulat a l'LPJ.

4. Els tractats internacionals en matèria de drets humans ratificats per Espanya...

- a) només vinculen l'Estat espanyol des d'un punt de vista interpretatiu.
- b) imposen obligacions a l'Estat espanyol, però el Tribunal Constitucional no pot tenir-los en compte.
- c) formen part de l'ordenament jurídic espanyol una vegada publicats, i el Tribunal Constitucional ha de tenir-los en compte per a interpretar les disposicions constitucionals que garanteixen drets i llibertats.
- d) són protegits pel Tribunal Constitucional, ja que és competent per a invalidar les lleis que contradiguin els tractats.

5. Quina d'aquestes atribucions no és pròpia del Defensor del Poble?

- a) Interposar recurs d'empara.
- b) Interposar recurs d'inconstitucionalitat.
- c) Iniciar una investigació que acabi amb una decisió vinculant per a l'Administració.
- d) Presentar un informe anual a les Corts Generals.

6. El principi d'igualtat...

- a) només protegeix de l'aplicació incorrecta de la llei, però no enfront de les decisions del legislador.
- b) no es pot al·legar en un recurs d'empara.
- c) només el protegeix el Tribunal Constitucional de les distincions irraonables basades en el naixement, la raça, el sexe, la religió i l'opinió.
- d) protegeix l'individu de les distincions irraonables que puguin fer tant el legislador com els òrgans d'aplicació del dret.

7. El Tribunal Constitucional ha declarat...

- a) inconstitucional la pena de mort prevista en les lleis militars.
- b) que el fetus és una persona i que, per tant, és titular del dret a la vida.
- c) inconstitucional l'avortament consentit que es practiqui en el cas que l'embaràs sigui conseqüència d'una violació.
- d) que el fetus no és una persona, però sí que és un bé constitucional que el legislador ha de protegir a través d'un sistema de normes penals.

8. En el cas que el detingut o pres sigui incomunicat, no tindrà dret...

- a) a un advocat.
- b) a un advocat de la seva elecció.
- c) al silenci.
- d) a ser reconegut per un metge forense.

9. El president del Parlament basc aprova una resolució sobre els drets dels diputats del Grup Mixt de la cambra que resulta discriminatòria. Es pot recórrer contra aquesta resolució...

- a) directament en empara davant del Tribunal Constitucional.
- b) directament davant del Tribunal Superior de Justícia del País Basc.
- c) davant de l'Audiència Provincial de Vitòria.
- d) en primera instància davant del Tribunal Superior de Justícia del País Basc.

10. En el procediment preferent i sumari, la mesura cautelar de suspensió és decidida...

- a) pel tribunal competent.
- b) pel jutge competent.
- c) pel Tribunal Constitucional.
- d) pel Tribunal Superior de Justícia.

11. Es pot recórrer contra la violació del dret al treball...

- a) en empara davant el Tribunal Constitucional.
- b) per la via del recurs preferent i sumari davant del Tribunal Constitucional.
- c) davant de la jurisdicció civil.
- d) davant dels tribunals de l'ordre laboral.

12. L'objecte del recurs preferent i sumari són...

- a) les disposicions i els actes.
- b) els actes, les disposicions i la simple via de fet.
- c) els actes i les omissions administratives.
- d) els actes i els reglaments administratius.

13. L'autoqüestió d'inconstitucionalitat es presenta...
- a) contra lleis i reglaments.
 - b) contra reglaments i altres disposicions administratives.
 - c) únicament contra sentències dels tribunals ordinaris.
 - d) únicament contra lleis.
14. El dret a la pròpia imatge protegeix...
- a) la bona imatge social i física.
 - b) la bona imatge.
 - c) la imatge física.
 - d) la intimitat.
15. El dret a la tutela judicial significa...
- a) el dret a obtenir una resolució judicial conforme al dret.
 - b) el dret a obtenir una sentència ferma.
 - c) el dret a obtenir una interlocutòria conforme al dret.
 - d) el dret a veure satisfetes les pretensions de la demanda.
16. L'estat d'excepció és declarat...
- a) per les Corts Generals a proposta del Govern.
 - b) pel Congrés dels Diputats a proposta del Govern.
 - c) pel Govern, prèvia autorització de les Corts.
 - d) pel Govern, prèvia autorització de la Cambra Baixa.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

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

14. c

15. a

16. d

Glossari

AP Aliança Popular.

BOE Boletín Oficial del Estado.

CE Constitució espanyola.

CEC Centro de Estudios Constitucionales.

CECA Centre d'Estudis i Comunicacions Alternatives.

CEE Comunitat Econòmica Europea.

Contingut essencial del dret fonamental conjunt de facultats del dret fonamental sense les quals el dret es desnaturalitza, es fa irreconeixedor per a la comunitat dels juristes i perd la seva capacitat de protegir els interessos per a la satisfacció dels quals existeix el dret.

CP Codi penal.

DA disposició addicional.

Defensor del Poble òrgan designat per les Corts Generals per a defensar els drets fonamentals protegits al títol I de la Constitució, al servei dels quals té reconeguda la potestat de supervisar l'activitat de l'Administració.

DD disposició derogatòria.

DF disposició final.

Dret a la tutela judicial dret fonamental que habilita per a exercir una acció judicial, accedir a la jurisdicció de qualsevol dels òrgans dependents del Poder Judicial i obtenir en un procés una resolució conforme al dret.

Dret d'excepció conjunt de preceptes previst per la Constitució, per a protegir la norma suprema en situacions de crisi de convivència, que afectin les condicions de vida de les persones, l'exercici dels drets i les llibertats, la sobirania o la integritat territorial de l'Estat.

Dret fonamental dret subjectiu reconegut per la Constitució i protegit jurisdiccionalment de tots els poders públics, incloent-hi el Poder Legislatiu.

Drets de la personalitat drets fonamentals de la persona que protegeixen la pròpia estima i la reputació (honor), l'àmbit més reduït de la vida privada (intimitat) i la reproducció d'una manera reconeixedora de la pròpia imatge física (imatge).

Drets de llibertat i drets de prestació els drets de llibertat es caracteritzen perquè són un límit al poder de l'Estat respecte a l'individu, mentre que els de prestació comporten un conjunt d'accions positives dels poders públics per a fer-los efectius.

DT disposició transitòria.

EURATOM Comunitat Europea de l'Energia Atòmica.

EJ fonament jurídic.

Garantia institucional dels drets la teoria de la garantia institucional ha servit per a remarcar la importància del significat objectiu dels drets i, d'aquesta manera, limitar les possibilitats del legislador ordinari de modificar el contingut del dret constitucionalment reconegut.

IRPF Impost sobre la renda de les persones físiques.

LDP Llei de demarcació i planta judicial.

LECr Llei d'enjudiciament criminal.

IJCA Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa.

Llibertat d'expressió i dret a la informació la distinció entre aquests dos drets fonamentals és que el primer fa referència al dret a emetre opinions, i el segon, al dret a comunicar o rebre fets.

LO Llei orgànica.

LODE Llei orgànica reguladora del dret a l'educació.

LOECE Llei orgànica d'estatut de centres escolars.

LOGSE Llei orgànica d'ordenació general del sistema educatiu.

LOLR Llei orgànica de llibertat religiosa.

LOPJ Llei orgànica del Poder Judicial.

LOREG Llei orgànica del règim electoral general.

LOTG Llei orgànica del Tribunal Constitucional.

LPJ Llei de protecció jurisdiccional dels drets fonamentals de la persona.

LRJAP Llei de règim jurídic de les administracions públiques.

PAC Procediment administratiu comú.

PCE Partit Comunista d'Espanya.

PNB Partit Nacionalista Basc.

Principi d'igualtat en la llei principi en virtut del qual el legislador i, en general, els òrgans de producció de normes jurídiques no poden tractar d'una manera diferent supòsits que, en principi, són iguals en les característiques rellevants, excepte en el cas que hi hagi raons objectives que ho justifiquin.

Principi d'igualtat en l'aplicació de la llei principi en virtut del qual els òrgans d'aplicació del dret han d'imposar les mateixes conseqüències jurídiques a tots els casos que integrin el mateix supòsit de fet abstracte previst a la norma aplicable.

Procediment preferent i sumari garantia jurisdiccional dels drets fonamentals en la via judicial ordinària, de caràcter ràpid i especial que, com a regla general, permet la suspensió cautelar de l'acte o la disposició impugnats i que, en la majoria d'ocasions, és prèvia al recurs d'empara constitucional.

Procés d'habeas corpus procés sumari que té com a objecte posar immediatament a disposició judicial tota persona detinguda il·legalment.

PSOE Partit Socialista Obrer Espanyol.

PSUC Partit Socialista Unificat de Catalunya.

Recurs d'empara procediment especial de caràcter jurisdiccional i extraordinari que es presenta davant del Tribunal Constitucional, previst per a protegir els drets fonamentals i concebut amb la finalitat exclusiva de procurar restablir-ne immediatament l'exercici.

STC Sentència del Tribunal Constitucional.

STEDH Sentència del Tribunal Europeu dels Drets de l'Home.

STS Sentència del Tribunal Suprem.

TC Tribunal Constitucional.

TEDH Tribunal Europeu dels Drets de l'Home.

TJCE Tribunal de Justícia de la Comunitat Europea.

Tribunal Europeu dels Drets de l'Home tribunal creat en virtut de la Convenció per a la Salvaguarda dels Drets de l'Home, celebrada a Roma el 4 de novembre de 1950, a fi d'interpretar i aplicar les disposicions d'aquesta convenció. Té la seu a Estrasburg.

UCD Unió de Centre Democràtic.

Bibliografia

Bibliografia bàsica

Balaguer Callejón, F. i altres (2007). *Manual de Derecho Constitucional* (vol. II). Madrid: Tecnos.

López Guerra, L. i altres (2007). *Derecho constitucional* (vol. I). València: Tirant lo Blanch.

Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Debate.

Rubio Llorente, F. (coord., 1995). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel.

Bibliografia específica de cada apartat

1. La caracterització general del sistema de drets i llibertats

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 règim jurídic dels drets i les llibertats

Bastida Freijedo, F. J. i altres (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.

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. Les garanties jurisdiccionals (I): la tutela ordinària de drets i llibertats

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*. València: 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. Les garanties jurisdiccionals (II): el recurs d'empara

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

5. Les garanties jurisdiccionals (III) i no jurisdiccionals

García de Enterría, E. i altres (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 suspensió de drets i llibertats

Carrillo, M. (1982). *Sistema de garantías y suspensión de los derechos y libertades en la Constitución española de 1978*. Barcelona: Signo.

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)*. Madrid: Tecnos.

Vírgala Foruria, E. (1994). "La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 40).

7. El principi d'igualtat

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. (1993). "El principio de igualdad en la jurisdicción del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 31). También a: Rubio Llorente (1991). *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

8. El dret a la tutela judicial

Figueruelo 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. Els drets de l'àmbit individual i privat

Berdugo de la Torre, I. (1987). *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos.

Carrillo, M. (1993). "El derecho a la propia imagen del artículo 18.1 de la Constitución Española". *Honor, intimidad y propia imagen. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder 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 Caverro, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.

Santolaya Machetti, P. (2001). "De cómo la libertad ideológica puede modular el cumplimiento de algunas obligaciones legales (según la jurisprudencia)". A: Diversos autores. *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.

Ruiz Miguel, A. (1996). "La objeción de conciencia a deberes cívicos". *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 47).

Polo Sabau, J. R. (2007). *Estudios sobre la Constitución y la libertad de creencias*. Málaga: Universidad de Málaga.

10. Els drets de l'àmbit polític de participació

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. (coord., 1997). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. Madrid: Civitas.

Salvador, P. i altres (1990). *El mercado de las ideas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Torres Muro, I. (1991). *El derecho de reunión y manifestación*. Madrid: Civitas.

11. Els drets socials

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.

Referències bibliogràfiques

García Pelayo, M. (1984). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza (pàg. 166).

Pérez Serrano, N. (1976). *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Civitas (pàg. 418).

