

---

# Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: “pasos” a seguir

---

**LORENZO COTINO HUESO**  
*Profesor titular de Derecho  
constitucional*  
*Universidad de Valencia*  
*[www.cotino.net](http://www.cotino.net)*

## CONTENIDO

---

A MODO DE INTRODUCCIÓN. LA “INMERSIÓN” EN LA PARTICULAR METODOLOGÍA Y FUENTES DEL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA HABITUACIÓN EN EL RAZONAMIENTO DE LOS “PASOS” .....	4
---	---

### **1. INTRODUCCIÓN .....**

1. 1. LA IMPORTANCIA DEL MÉTODO Y NECESARIAS ADVERTENCIAS PARA SU SEGUIMIENTO .....	6
1. 2. VOCACIÓN Y CONVENIENCIA DE UN TRATAMIENTO PROPIAMENTE JURÍDICO.....	7
1. 3. RESUMEN DE LOS “PASOS” DE RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	8

### **2. MÉTODO GENERAL, “PASOS” A SEGUIR .....**

2. 1. LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS: CONTEXTUALIZACIÓN, DETERMINACIÓN DE INJERENCIAS, SUJETOS Y DERECHOS AFECTADOS .....	10
<i>A) Aproximación general al supuesto desde los sujetos intervinientes.....</i>	<i>10</i>
a. 1. Sujetos que sufren la intervención de sus derechos .....	10
a. 2. Sujetos que causan la restricción del derecho.....	11
<i>B) Identificación o reconocimiento de la injerencia o injerencias.....</i>	<i>11</i>
<i>C) Determinación del derecho o derechos afectados respecto de cada intervención a analizar y la naturaleza de éstos (incluye su “delimitación”) .....</i>	<i>12</i>
c. 1. Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado .....	13
c. 2. Concreción del derecho afectado mediante su delimitación y su localización constitucional .....	13
c. 3. Concreción, en su caso, de la facultad afectada del derecho determinado....	14
c. 4. El excepcional caso del derecho a no sufrir torturas.....	15
c. 5. Situaciones de conexidad de ciertas aspiraciones y derechos no fundamentales con el contenido de un derecho fundamental .....	15
c. 6. Situaciones de concurrencia de derechos afectados y criterio de especialidad .....	15
2. 2. JUICIO DE ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA INJERENCIA.....	16
<i>A) Estos “pasos” se exigen por los tribunales e incluso por normas .....</i>	<i>16</i>
<i>B) La restricción concreta ha de venir establecida o tener base en una norma de rango legal.....</i>	<i>17</i>
<i>C) Justificación constitucional, objetiva y razonable, necesaria en una sociedad democrática.....</i>	<i>18</i>
c. 1. Fijación de la razón o razones de ser reales de la medida restrictiva .....	18
c. 2. La razón de ser de la restricción debe vincularse a una finalidad legítima localizable en la Constitución .....	19
c. 3. Justificación “objetiva”, “necesidad” (para una sociedad democrática) de la medida. Conexión real de la razón de ser de la restricción con la finalidad constitucional esgrimida.....	20
c. 4. Razonabilidad de la restricción y admisibilidad para la “sociedad democrática” .....	21
<i>D) El test de la proporcionalidad, su variable intensidad y la exigencia de su expresión en la motivación de la medida restrictiva .....</i>	<i>22</i>
d. 1. Test de proporcionalidad .....	22
d. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia.....	23
d. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad) .....	23
d. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.....	23

d. 5. La intensidad de la exigencia del cumplimiento de los parámetros y de su explicitación .....	24
1) La importancia del origen y naturaleza de la medida restrictiva.....	24
2) La variación del rigor del juicio según el derecho de que se trate.....	25
E) <i>El requisito final, límite de los límites: ¿se respeta el contenido esencial?</i> .....	25
<b>3. LA PONDERACIÓN EN EL SUPUESTO ESPECIAL DE LA COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES.....</b>	<b>26</b>
<b>4. “PASOS” ESPECÍFICOS EN LOS CONFLICTOS DE LIBERTADES INFORMATIVAS.....</b>	<b>26</b>
¡4. 1. DELIMITACIÓN DE SI NOS ENCONTRAMOS O NO ANTE EL EJERCICIO DE LAS LIBERTADES INFORMATIVAS.....	28
4. 2. PARÁMETROS A SEGUIR EN LA PONDERACIÓN.....	29
A) <i>La relevancia e interés público de lo informado o expresado.....</i>	29
B) <i>Relevancia desde el punto de vista subjetivo: el personaje público .....</i>	29
C) <i>El contexto.....</i>	29
D) <i>La necesidad de la expresión empleada para su finalidad y su contribución para la formación de la opinión pública libre.....</i>	30
<b>5. “PASOS” ESPECÍFICOS A SEGUIR CON EL DERECHO DE IGUALDAD: EL JUICIO DE IGUALDAD .....</b>	<b>30</b>
5. 1. APROXIMACIÓN GENERAL AL SUPUESTO Y LOS DATOS QUE REVELA .....	31
A) <i>¿Estamos ante una discriminación de las prohibidas o una acción positiva?.....</i>	31
B) <i>Los sujetos implicados en el trato diferenciado.....</i>	32
b. 1. Desde la perspectiva de quienes sufren el trato diferenciado.....	32
b. 2. Desde la naturaleza del sujeto que origina el trato diferenciado .....	32
1) Tratos diferenciados por sujetos privados.....	32
2) Tratos diferenciados en el ámbito de lo público .....	33
3) Terrenos intermedios.....	33
C) <i>El medio por el que se establece el trato jurídico diferente.....</i>	33
b. 3. Igualdad “en” las normas.....	34
b. 4. Igualdad en los actos de aplicación de normas.....	34
5. 2. FIJACIÓN Y ADMISIÓN CONCRETA DEL OBJETO DE ANÁLISIS .....	34
A) <i>Expresión concreta de los términos de comparación.....</i>	34
B) <i>Comprobación de la idoneidad y homogeneidad de los términos de comparación.....</i>	35
C) <i>Algunos supuestos excluidos de la protección de la igualdad (delimitación).....</i>	36
c. 1. La Constitución prohíbe la discriminación “ante la ley”, no fuera de la ley ..	36
c. 2. El derecho a la igualdad no incluye un derecho a ser tratado de forma diferente, en teoría.....	36
5. 3. ANÁLISIS DE SI EL TRATO DIFERENCIADO ES DISCRIMINATORIO: EL JUICIO DE IGUALDAD.....	37
5. 4. ESPECIFICIDADES EN LAS “DISCRIMINACIONES” POSITIVAS Y LAS DISCRIMINACIONES INDIRECTAS O ENCUBIERTAS .....	38
A) <i>Algunas particularidades en las “discriminaciones” positivas.....</i>	38
B) <i>El tratamiento específico de las discriminaciones indirectas o encubiertas.....</i>	39

## **A modo de introducción. La “inmersión” en la particular metodología y fuentes del Derecho de los derechos fundamentales: la habituación en el razonamiento de los “pasos”**

Uno de los presupuestos de la innovación educativa actual es el de “enseñar a aprender”. En este sentido, una de los objetivos más sentidos de los que parte es que el alumno acabe su periodo de aprendizaje sabiendo razonar en la particularidad de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de una metodología general en el Derecho, si es que la hay, no cabe duda de que el Derecho constitucional tiene la suya propia en razón de la particular cualidad de la norma fundamental como fuente del Derecho y la importancia de la interpretación constitucional. Aún es más, hay una particular forma de operar en el ámbito del Derecho constitucional de los derechos fundamentales. En este sentido se pretende una profunda inmersión<sup>1</sup> del alumno en este particular saber hacer. Esta especialidad se da por muchos factores, entre los que destacar tanto la especial integración supranacional e internacional (facilitada por el artículo 10. 2º CE) cuanto por la singularidad de las fuentes (así, la particular eficacia directa de los derechos y la relativización de la posición del legislador) y relevancia de la interpretación constitucional de los derechos y la necesidad de integrar y maximizar tanto los diversos derechos cuanto los diferentes bienes constitucionales. Todo ello lleva a una metodología especial, con una casi única forma de razonar y argumentar.

A esta forma de operar jurídicamente con los derechos fundamentales según los dictados del Tribunal Constitucional y el TEDH se le ha denominado “pasos” (“Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: “pasos” a seguir”). Estos “pasos” a los que se hace continua referencia a lo largo de todo el curso, encabezan los materiales, y son un punto de referencia constante a lo largo de todo el curso en su dimensión tanto práctica como teórica. De hecho, el alumno va a tener que descubrirlos continuamente a lo largo del curso. Se tiene la seguridad de que esta inmersión en los pasos ha de ser infructuosa desde un inicio. Así, en la lectura inicial desde el primer día, habrán de resultar especialmente abstractos y complejos. No obstante, bajo la máxima de que el *movimiento se demuestra andando*, se espera que al final de la docencia el alumno manejará sobradamente en esta metodología particular en derechos fundamentales. Después del trabajo personal complementado con las clases teóricas presenciales y las prácticas, de la lectura y seguimiento de la resolución de conflictos por los tribunales, el alumno habrá de ser capaz de articular una respuesta a cualquier supuesto de la realidad por sí mismos.

Se ha dicho que “se hace camino al andar y Derecho al razonar” (T. R. Fernández- A. Nieto)<sup>2</sup> y la finalidad última de quien suscribe no es otra que conseguir que los alumnos sepan razonar en derechos fundamentales, sin perjuicio de que con esta destreza lleguen a muy diferentes caminos y soluciones diferentes. No se pretende que el alumno comparta las doctrinas expuestas por el docente, ni por los tribunales, ni por la doctrina. Bajo la máxima de enseñar a aprender, bajo el dicho orteguiano de enseñar para que duden de lo que se enseña, el alumno adquiera la capacidad de resolver problemas de derechos fundamentales bajo sus criterios y premisas. Pero con una metodología adecuada, que es la exigida por los tribunales.

De ahí se explicarán las notables ausencias en los materiales. No se trata de hacer un recorrido pleno por todos los derechos fundamentales, sino de habituarse al manejo de fuentes de derechos, de reconocimiento de problemas y de resolución de los mismos.

---

<sup>1</sup> Resulta de todo interés sobre la idea de inmersión en Derecho y el papel del Derecho constitucional, la presentación de PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (9ª ed.).

<sup>2</sup> NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998.

Hace más de un lustro que comencé a emplear esta metodología y tipología de materiales. Antes incluso del inicio de la innovación educativa al que aboca el llamado proceso de Bolonia y de mi participación en el Proyecto de innovación vinculado a la doble titulación ADE-Derecho. Año tras año han sido modificados, perfiladas las preguntas que los encabezan, reemplazados y actualizados los contenidos en razón de la experiencia docente practicada. Soy consciente de las dificultades que implican para el alumno, especialmente acostumbrado a trabajar de otra forma con el Derecho. Sin perjuicio de dichas dificultades, sigo creyendo en el método y en los contenidos y, sobre todo, en la capacidad y potencialidad de los alumnos para que, en alguna medida, “descubran” el Derecho, en concreto, el Derecho de los derechos fundamentales.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1. 1. La importancia del método y necesarias advertencias para su seguimiento

Como se ha expuesto en la Presentación, estos “pasos”, a los que se hará continua referencia a lo largo del curso, son absolutamente esenciales, en tanto reflejan singular metodología y forma de razonar en materia de derechos fundamentales. Constituyen tanto una guía de cómo abordar un problema práctico de derechos, cuanto la pauta de comprensión y de análisis de cualquier sentencia o incluso de cualquier norma que regula los mismos.

Resulta imprescindible una lectura y reflexión al principio del curso, que sin duda será difícil para el alumno. No obstante, la referencia a estos “pasos” se va a repetir continuamente y pasarán a ser una forma natural de comprensión de la asignatura y de sus materiales.

Estos “pasos” conllevan el juicio de si una intervención o límite en un derecho es o no una vulneración inconstitucional del mismo. Se trata de un test de la admisibilidad constitucional de los límites a los derechos. No todo límite o restricción a un derecho son inconstitucionales, como tampoco todo trato diferenciado es una discriminación.

Debe señalarse al alumno, que pese a que estos “pasos” se derivan claramente de la jurisprudencia europea y española, es bien cierto que los mismos tribunales no hacen bien sus “deberes” y es excepcional seguir una fundamentación que siga todos estos “pasos” teóricamente exigidos. Cuanto menos, no se aprecia expresamente su seguimiento en su razonamiento y motivación. Que ellos no lo hagan no excusa que el futuro operador jurídico deba conocerlos y aplicarlos en lo posible y, sobre todo, estructurar su pensamiento y método conforme a los mismos.

Quizá, y casi como excepción, el seguimiento de la Sentencia 37/1998 (incluida respecto del derecho de reunión) sea un ejemplo aceptable, aunque no completo del seguimiento de los pasos por el Tribunal. Su lectura al tiempo que estos “pasos” puede ser útil al lector.

Esta metodología debe aplicarse a todos los derechos fundamentales, si bien, pueden darse particularidades respecto de algunos:

- hay que tener en cuenta la particularidad de la ponderación de derechos fundamentales,

- así como la concreta especialidad del tratamiento de las libertades de expresión e información.

- La igualdad se sigue al final del curso, por su dificultad. La misma tiene unas pautas de tratamiento algo diferentes, sin perjuicio de amplios paralelismos con los “pasos” generales.

- A falta de una clara doctrina, hay que tener en cuenta la singularidad de derechos prestacionales fundamentales, como la educación.

- El derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes sólo queda sometido al análisis de si se ha intervenido o no, puesto que de ser así, la intervención ya es inconstitucional puesto que no cabe límite alguno al mismo. (En puridad, nunca cabe analizarla si la injerencia concreta es o no admisible constitucionalmente, puesto que si hay injerencia, es inconstitucional. Esto sólo pasa con este derecho, no con otros).

Todos los “pasos” son determinantes para un buen análisis de derechos. Se trata de un test de constitucionalidad que sólo se “aprueba” superados todos los “pasos”. Estos “pasos” son progresivos, por lo que si el análisis del anterior se hace mal, lo posterior también lo estará (correcta fijación de la-s intervención-es a analizar, determinación de los derechos afectados en cada intervención, determinación de la-s finalidad-es que en su caso justifican la intervención y necesidad de la misma en una sociedad democrática, análisis de la proporcionalidad de la intervención, etc.).

Así pues, en la teoría, si no se supera uno de los “pasos”, se concluye la inconstitucionalidad y concluiría el examen. No obstante, el alumno debe intentar completar siempre todos los “pasos”, aunque hubiera concluido previamente la inconstitucionalidad de la medida. Lo ha de hacer para la hipótesis de que su argumentación no convenciera al juzgador final. (Sería como decir: “pese a considerar que la medida es inconstitucional por no superar el examen anterior, para el caso de que no se considerase así, procedo a analizar si cumpliría o no el “paso” siguiente...”).

Las intervenciones a los derechos son inconstitucionales si no superan el análisis de los “pasos”. Todo límite en un derecho no es por sí inconstitucional, sólo si no supera el test de su legitimidad constitucional. Estos “pasos” ya encierran la premisa de que todas las intervenciones han de ser las mínimas posibles, bajo presunción de su inconstitucionalidad. Hay que evitar un error muy habitual, considerar que hay que seguir los “pasos” para concluir necesariamente la inconstitucionalidad del límite, bajo la equivocada idea de que lo políticamente correcto es afirmar tal inconstitucionalidad a toda costa. No hay que olvidar que los derechos serán limitados por otros derechos o bienes constitucionales que la sociedad también debe preservar. La “mala prensa” sociológica de algunas limitaciones típicas (seguridad nacional, seguridad pública, orden público, necesidades de la defensa, etc.) no deben arrastrar al jurista a posiciones demagógicas.

Para cualquier manejo de los “pasos” y de resolución de problemas, debe insistirse también en la importancia esencial de un buen manejo de las diversas categorías conceptuales, la especialidad de las fuentes normativas de los derechos, así como el correcto conocimiento y manejo de las garantías (normativas, procesales y no procesales) de los derechos. Después de las sesiones iniciales centradas en estos temas, será el análisis de los materiales a lo largo del curso lo que permitirá al alumno comprender en la práctica estas cuestiones. De particular importancia para cualquier análisis de un supuesto, será concluir qué mecanismos reaccionales se tendría frente a las afectaciones a derechos que se trate, puesto que de nada vale concluir una posible inconstitucionalidad sin saber qué se puede hacer frente a la misma.

## **1. 2. Vocación y conveniencia de un tratamiento propiamente jurídico**

Es menester señalar también que se trata de una argumentación jurídica que debe hacerse con pretensión y mentalidad jurídicas. Ello no supone desechar la importancia de los valores, ideologías, preferencias políticas, económicas, religiosas, etc. La pretensión jurídica tampoco implica descuidar la realidad social circundante que determina y mucho el Derecho y su aplicación práctica. Todo ello debe hacerse valer, en su caso, pero siempre en el marco del argumentario jurídico. Lo contrario no corresponde a la disciplina jurídica que aquí interesa.

Se trata, sobre todo, de una disposición intelectual. Buen ejemplo de ello puede ser la Sentencia 53/985, de 18 de mayo sobre el aborto. En su FJ 1º, el Tribunal Constitucional afirmaba:

“El Tribunal no puede menos de tener en cuenta, como una de las ideas subyacentes a su razonamiento, la peculiaridad de la relación entre la madre y el nasciturus a la que antes hemos hecho mención; pero ha de hacer abstracción de todo elemento o patrón de enjuiciamiento que no sea el estrictamente jurídico, ya que otra cosa sería contradictoria con la imparcialidad y objetividad de juicio inherente a la función jurisdiccional, que no

puede atenerse a criterios y pautas, incluidas las propias convicciones, ajenos a los del análisis jurídico.”

Se requiere a todos los alumnos, como al profesor mismo, una disposición intelectual jurídica; para hablar de política, valores, sociología, hay otros foros, posiblemente mucho más interesantes, pero no en la formación del jurista que aquí corresponde. En este punto, se parte de la convicción de que el Derecho es la vía más eficaz para la resolución de problemas de derechos fundamentales y de los conflictos morales, políticos, sociales y económicos que hay detrás, y lo es por su vocación jurídica. Por ello el curso no pretende ninguna discusión política, sociológica, económica, etc. sino de resolución jurídica de problemas de derechos fundamentales.

Lo anterior no implica el desconocimiento de la realidad y valores que hay detrás y su adecuado tratamiento jurídico. De hecho éste es un reto de una capacidad a adquirir por el jurista: aprehender jurídicamente la realidad y los valores, ideologías, etc. En este punto, pueden anunciarse diversas vías o “tomas de tierra” en los “pasos”, donde la argumentación puede introducir este tipo de premisas y, si se me permite, “juridificarlas”. Me permito apuntar algunas “tomas de tierra”: el requisito de la necesidad para una sociedad democrática en términos del TEDH, o de la razonabilidad de la intervención en el derecho analizada, sobre la base de “criterios o juicios de valor generalmente aceptados”, son parámetros donde introducir premisas axiológicas o de la realidad. Asimismo, el juicio de la existencia de una causa objetiva y necesaria para imponer el límite, o el test de la proporcionalidad permiten introducir importantes datos de la realidad. De igual modo, las opciones políticas, de valores, etc. tienen también entrada en el criterio de necesidad-alternatividad, así como la proporcionalidad en sentido estricto, puesto que supone la ponderación de intereses y bienes en juego y el daño producido al derecho.

### **1. 3. Resumen de los “pasos” de resolución de supuestos de derechos fundamentales**

#### **“Pasos” generales a seguir**

*Primero. La determinación del objeto de análisis: contextualización, determinación de injerencias, sujetos y derechos afectados*

- A) Aproximación general al supuesto desde los sujetos intervinientes
  - a. 1. Sujetos que sufren la intervención de sus derechos
  - a. 2. Sujetos que causan la restricción del derecho
- B) Identificación o reconocimiento de la injerencia o injerencias y su naturaleza
- C) Determinación del derecho o derechos afectados respecto de cada intervención a analizar y la naturaleza de éstos (incluye su “delimitación”)
  - c. 1. Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado
  - c. 2. Concreción del derecho afectado mediante su delimitación y su localización constitucional
  - c. 3. Concreción, en su caso, de la facultad afectada del derecho determinado
  - c. 4. El excepcional caso del derecho a no sufrir torturas
  - c. 5. Situaciones de conexidad de ciertas aspiraciones y derechos no fundamentales con el contenido de un derecho fundamental
  - c. 6. Situaciones de concurrencia de derechos afectados y criterio de especialidad

*Segundo. Juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia*

- A) La restricción concreta ha de venir establecida o tener base en una norma de rango legal
- B) Justificación constitucional, objetiva y razonable, necesaria en una sociedad democrática



- b. 1. Fijación de la razón o razones de ser reales de la medida restrictiva
  - b. 2. La razón de ser de la restricción debe vincularse a una finalidad legítima localizable en la Constitución
  - b. 3. Justificación “objetiva”, “necesidad” (para una sociedad democrática) de la medida. Conexión real de la razón de ser de la restricción con la finalidad constitucional esgrimida
  - b. 4. Razonabilidad de la restricción y admisibilidad para la “sociedad democrática”
- C) El test de la proporcionalidad, su variable intensidad y la exigencia de su expresión en la motivación de la medida restrictiva
- c. 1. Test de proporcionalidad
  - c. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia
  - c. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad)
  - c. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto
  - c. 5. La intensidad del análisis y su explicitación según el origen y naturaleza de la medida restrictiva y en razón del derecho de que se trate
- E) El requisito final, límite de los límites: ¿se respeta el contenido esencial?

### **La ponderación en el supuesto especial de la colisión entre derechos fundamentales**

#### **“Pasos” específicos en los conflictos de libertades informativas**

1. Delimitación de si nos encontramos o no ante el ejercicio de las libertades informativas.
2. Parámetros a seguir en la ponderación
  - A) La relevancia e interés público de lo informado o expresado
  - B) Relevancia desde el punto de vista subjetivo: el personaje público
  - C) El contexto
  - D) La necesidad de la expresión empleada para su finalidad y su contribución para la formación de la opinión pública libre

#### **“Pasos” específicos a seguir con el derecho de igualdad: el juicio de igualdad**

1. *Aproximación general al supuesto y los datos que revela*
  - A) ¿Estamos ante una discriminación de las prohibidas o una acción positiva?
  - B) Los sujetos implicados en el trato diferenciado desde la perspectiva de quienes sufren el trato diferenciado y la naturaleza del sujeto que origina el trato diferenciado (sujetos privados, públicos, terrenos intermedios)
  - C) El medio por el que se establece el trato jurídico diferente: Igualdad “en” las normas y en los actos de aplicación de normas
2. *Fijación y admisión concreta del objeto de análisis*
  - A) Expresión concreta de los términos de comparación
  - B) Comprobación de la idoneidad y homogeneidad de los términos de comparación
  - C) Tened en cuenta supuestos excluidos igualdad no es fuera de la ley y la igualdad no incluye un derecho a ser tratado de forma diferente, en teoría

3. *Análisis de si el trato diferenciado es discriminatorio: el juicio de igualdad*

4. *Especificidades en las “discriminaciones” positivas y las discriminaciones indirectas o encubiertas*

---

## **2. MÉTODO GENERAL, “PASOS” A SEGUIR**

---

### **2. 1. La determinación del objeto de análisis: contextualización, determinación de injerencias, sujetos y derechos afectados**

#### **A) APROXIMACIÓN GENERAL AL SUPUESTO DESDE LOS SUJETOS INTERVINENTES**

---

Desde un inicio, no hay que obviar detalles y observar el contexto y sujetos del supuesto, puesto que ellos nos pueden determinar el contexto jurídico aplicable, las categorías jurídicas típicas en el ámbito de derechos fundamentales, etc. Es bien útil observar la naturaleza de los sujetos intervinientes en el caso, ya se trate de quienes ven afectados sus derechos cuanto quienes, son causantes de tal restricción o intervención en los derechos. Y es que, merced a dicha observación partiremos de categorías conceptuales como la eficacia de los derechos entre particulares, relaciones de especial sujeción, singularidades de titularidad o capacidad y alcance para algunos sujetos, etc. Se trata de elementos que condicionan el análisis posterior.

#### ***a. 1. Sujetos que sufren la intervención de sus derechos***

Desde la perspectiva de quienes sufren la afectación de derechos, fijese la atención a la concurrencia de sujetos especiales, entre otros:

- menores, extranjeros, personas jurídicas, respecto de los cuales tener en cuenta cuestiones sobre titularidad y alcance de derechos o en su caso capacidad de ejercicio de los mismos.

- Si el sujeto al que se afecta el derecho es una persona jurídico pública –y en concreto de qué tipo- téngase en cuenta la particular dificultad de reconocer la titularidad de derechos a personas jurídico públicas.

- Si el sujeto afectado tiene una especial vinculación con la administración: funcionarios civiles, policiales militares, presos, alumnos de centros públicos, internados de diversos tipos, se trata de las tradicionalmente calificadas relaciones de especial sujeción, factor que puede merecer especiales cautelas en su tratamiento jurídico.

- Obsérvese en su caso la participación de colectivos tradicionalmente discriminados (mujeres, homosexuales, razas, etc.), puesto que –además de otros derechos- es bien fácil que la cuestión quede absorbida por el artículo 14 CE así como categorías como la discriminación indirecta.

- Téngase en cuenta que determinados sujetos quedan muy vinculados a derechos fundamentales y será muy posible la afectación –cuanto menos- de tales derechos (partidos políticos y asociaciones –art. 22, sindicatos –art. 28-, profesores –art. 20. 1. c), centros educativos, alumnos o sus padres (art. 27), etc.).

- En ocasiones, el afectado en su derecho está inmerso en una organización privada (empresa, colegio privado, etc.) que condicione y mucho el estatus real y objetivo del sujeto, en estos supuestos, cabrá tener en cuenta una posible relación “diagonal” de derechos, como a continuación se señala.

### ***a. 2. Sujetos que causan la restricción del derecho***

Del otro lado, hay que observar la naturaleza de los sujetos que causan la restricción del derecho. La vinculación de los derechos a los poderes públicos se hace en teoría más nítida que respecto a las personas privadas. La distinción básica inicial es si se trata de poder público o personas privadas.

-Dada la “huída del Derecho administrativo”, deben tenerse en cuenta las amplias posibilidades de formas privadas para poderes públicos.

- También respecto de las personas privadas, el factor de la naturaleza de sus recursos económicos puede ser determinante para señalar la vinculación más o menos intensa a unos derechos en la relación de que se trate (ejemplo, empresas o fundaciones de capital más o menos público, empresas privadas o asociaciones o sindicatos subvencionadas, etc.).

- En el ámbito de las personas privadas, además del factor económico, puede ser muy relevante el tamaño o importancia de la organización con respecto del individuo afectado. En este sentido, varía la situación de tratarse de una empresa como *El Corte Inglés* que si se trata de la panadería de la esquina. Las grandes organizaciones acercan su tratamiento y eficacia de derechos a los poderes públicos.

## **B) IDENTIFICACIÓN O RECONOCIMIENTO DE LA INJERENCIA O INJERENCIAS**

La “intervención” o “injerencia” (“limitación”, “restricción”, “intromisión”, etc.) sobre un derecho fundamental es aquella acción –u omisión- realizada por un sujeto pasivo (público o privado) del derecho y que afecta negativa y significativamente a una o más de las facultades que integran su contenido. Suelen consistir en dificultades para el ejercicio del derecho, prohibiciones o reacciones o castigos por su ejercicio y esto se instrumenta a través de muy variadas formas: hechos de la realidad con consecuencias jurídicas, actos jurídicos públicos o privados, normas, etc.

El concepto de intervención es esencialmente relacional, ya que se encuentra siempre en directa dependencia de lo que en cada caso se entienda por contenido del derecho al que la intervención se dirige. Por ello, pese a que se distinga este “paso” del siguiente (derechos en juego), intelectualmente se operan al mismo tiempo. Por ejemplo, si consideramos que una carga policial en una manifestación es una injerencia es porque tenemos en mente tanto el derecho de manifestación cuanto la integridad física.

Advertencia de *un error muy habitual*. En este “paso” se trata de reconocer la intervención o injerencia que “puede” ser inconstitucional, para determinar el objeto de nuestro análisis, seguir los “pasos” y juzgar si es o no constitucional. Ahora no se trata de indicar sólo lo que sí es inconstitucional y porqué, eso es ya el final del juicio de admisibilidad que sólo estamos ahora iniciando. Deben fijarse las intromisiones incluso aunque se vaya a concluir que sí que es admisible tal intromisión. Obviamente, esto sería empezar por el final, justo de lo que no se trata. Aquí no hay que dar argumento alguno que deba hacerse luego.

Es muy posible que en un supuesto haya diversas injerencias a analizar y que cada una afecte a más de un derecho. También es posible que sólo haya una injerencia o que la injerencia sólo afecte a un derecho. Hay que identificar la injerencia o injerencias en cada supuesto, reconocer su naturaleza y relevancia, dotarle de autonomía para el análisis si es el caso.

Otro error muy típico suele ser no *discernir en un mismo supuesto diversas injerencias que deben ser analizadas separadamente y pueden merecer un juicio de constitucionalidad diferente*. Los casos suelen reunir diversas acciones –u omisiones– potencialmente intromisivas que se hacen depender de los datos mismos. Si la policía hace un diligencia de identificación a un sospechoso, lo lleva a las dependencias policiales, le da una paliza, le deja morir, etc. Tenemos varias injerencias a analizar separadamente y es muy fácil que varias injerencias sean admisibles (diligencias de identificación, acompañamiento a dependencias) y otras no (paliza, muerte). La cuestión reside en dotar de autonomía a cada hecho, acto o norma que afecte a derechos bajo la hipótesis de que pueda merecer un juicio final de admisibilidad o no diferente. La mejor práctica reside en poder formular la pregunta de forma independiente para cada injerencia (*¿Es admisible constitucionalmente la intervención consistente en ... ?*) y a la vez, pensar si sería posible que esa intromisión fuera o no constitucional de forma separada a las otras.

Es primordial *reconocer la naturaleza jurídica de la-s intervención-es*: Si es un hecho, un acto o una actuación administrativa, si se trata de una omisión, si se trata de una resolución judicial o una actuación de tipo normativo (en este caso, hay que determinar su naturaleza, fuerza y alcance, en especial desde la perspectiva especial de las fuentes de los derechos). Si la intromisión tiene procedencia privada también hay que caracterizar el acto de naturaleza privada según origen, medio, etc.

Es también importante tener claro *si la vulneración procede en sí del hecho, del acto, de la resolución judicial o administrativa o más bien de la norma que, en su caso, le da cobertura*. No siempre es sencillo deslindar los planos y la clave suele residir en dotar de autonomía a los factores para ver si la injerencia podría ser constitucional o no separadamente. (Ej.: un juez o la administración aplica un reglamento que trae causa de una ley: la inconstitucionalidad bien puede derivar sólo de la concreta aplicación-interpretación por el juez o la Administración, siendo la ley y el reglamento admisibles, puede ser que la aplicación normativa sea impecable, pero el reglamento sea insostenible constitucionalmente, pese a que la ley sí que sea constitucional, etc.). Recuerde que esto será también muy importante para determinar las vías de defensa ante la intervención, que siempre hay que señalar al final. No es lo mismo residenciar la inconstitucionalidad en una ley, en una norma general o en la interpretación y aplicación de éstas.

Finalmente, si en el supuesto concurren *diversos sujetos afectados*, aclare en cada caso la injerencia respecto de qué posición subjetiva. Ello es necesario para la claridad del análisis y puede generar errores, puesto que en razón del sujeto y de los hechos, las injerencias a analizar pueden variar, coincidir respecto de algunos sujetos y no respecto de otros.

---

### C) DETERMINACIÓN DEL DERECHO O DERECHOS AFECTADOS RESPECTO DE CADA INTERVENCIÓN A ANALIZAR Y LA NATURALEZA DE ÉSTOS (INCLUYE SU “DELIMITACIÓN”)

---

Como se ha señalado, el reconocimiento del derecho o derechos afectados se hace mental e implícitamente al tiempo que se determina la injerencia –o injerencias– a analizar, puesto que la injerencia se define por afectar a un derecho. Pero es necesario descomponer estos “pasos” para el rigor del análisis.

Ahora, respecto de cada una de las intervenciones a analizar de forma autónoma, hay que determinar qué derechos y concretas facultades de los mismos están afectados con un mínimo de relevancia para el posterior análisis. Asimismo, hay que localizar tales derechos en la Constitución y en el sistema de fuentes.

*Un error muy común* a evitar es partir del derecho afectado y no de la intervención, pues es ésta la que marca y autonomiza el análisis. Lo contrario es un sinsentido y descompone el análisis y sus posibilidades de acierto. Si en un mismo caso se localizan varias injerencias, es posible que en todas ellas esté afectado un derecho, como también es posible que en unas sí que se vulnere y en otras no. (Ej.: a una asociación se le retiran sus

carteles para una manifestación y las subvenciones que tenía concedidas). Descomponga el análisis en las injerencias que se desprendan de los hechos, si luego coinciden argumentos y tratamiento jurídico, remítase a lo expuesto en cada caso.

### ***c. 1. Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado***

Cabe tener en cuenta el *criterio de relevancia*. Al momento de determinar las intervenciones en derechos (dificultades, prohibiciones o reacciones o castigos), hay que descartar aquellas que sean nimias, insignificancias o minucias que no tengan la entidad suficiente con relación al derecho o derechos fundamentales afectados. Esto es, se trata de relevancia respecto al derecho fundamental, no respecto de cualesquiera intereses legítimos de la persona u otros derechos no fundamentales. Éste es un juicio de lo razonable para excluir lo que no son verdaderas incisiones en el contenido de un derecho del sujeto. Los criterios pueden ser de todo tipo sin ninguna regla fija: intensidad del daño inflingido, desde cualquier perspectiva, incluso económica o desde una percepción social, cantidad de afectados real o potencial, lesión en las finalidades que tiene el reconocimiento de un derecho, importancia por constituir un posible precedente o puerta abierta hacia el futuro, etc. Este juicio de relevancia no es el recientemente instaurado para la admisión de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, sin perjuicio, claro está, de que lo que si tenga “trascendencia” a estos efectos, tendrá en todo caso relevancia para el análisis constitucional de la restricción objeto de estudio.

Ante la duda sensata de si la incisión es o no relevante, habrá que seguir adelante con el análisis los “pasos”.

### ***c. 2. Concreción del derecho afectado mediante su delimitación y su localización constitucional***

En algunos casos la determinación del derecho afectado es una obviedad que no requiere ulterior comentarios (ejemplo: la policía dispara y mata -> derecho a la vida). No obstante, en muchos casos esto no es así y sí que requiere una argumentación de porqué un derecho o libertad queda afectado por la intervención que se analiza (ejemplo: ¿la prohibición del *botellón* afecta a la libre reunión? ¿qué derechos afecta la imposición de un brazalete electrónico? ¿y la prohibición del nudismo en la playa? ¿y si el Estado no me permite velar al familiar muerto durante dos semanas según su religión?) Sólo se puede señalar si hay una intervención conocido el contenido del mismo, delimitándolo. En estos casos de duda de si el derecho está o no afectado, es necesaria la argumentación justificativa. Esta argumentación puede ser histórica, fáctica y normativa (Derecho supranacional, comparado, etc.).

Evite *errores típicos en la localización del derecho afectado*: el artículo 17 CE no supone el reconocimiento de la libertad a secas como derecho fundamental, no es un *cajón de sastre* para cuando no se sepa dónde ubicar un ambicionado derecho. De los valores superiores del artículo 1. 1º CE no dimanar derechos fundamentales, como tampoco del artículo 10. 1º CE. Asimismo, recuerde que el mandato genérico de hacer efectivos los derechos fundamentales, como parte de su dimensión objetiva, queda fuera de la dimensión subjetiva del derecho. (Por ejemplo: pese a un mandato genérico de hacer efectiva la libertad religiosa, así como de garantía de la vida e integridad, no existe un derecho

---

<sup>3</sup> Se trata del nuevo requisito de admisión (art. 49. 1 LOTC) que exige la justificación de “la especial trascendencia constitucional del recurso” y la admisión del recurso (art. 50. 1 b), que señala que esta trascendencia “se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.”

subjetivo a que un testigo de Jehová disponga en la Seguridad Social de máquinas de auto-transfusión para evitar recibir transfusiones de sangre de otras personas).

La determinación del derecho-s y facultad-es afectadas se hace al tiempo que se determina *dónde está reconocido el derecho en el texto constitucional*. Hay que señalar el precepto concreto. Al tiempo, especialmente en los casos en los que nos hayamos apoyado en ellos cabe mencionar la fuente secundaria: Derecho supranacional, vía 10. 2º CE (más allá del 96) textos internacionales (y su jurisprudencia), especial TEDH y TJCE (particular importancia para igualdad). Recuérdese que la utilización de textos o jurisprudencia internacional que determina el “perfil exacto” del contenido y alcance de los derechos. En todo caso, es muy recomendable, cuanto menos, la cita del precepto afectado en textos internacionales básicos (CEDH).

También puede proceder la mención de la jurisprudencia nacional, la jurisprudencia constitucional puede ser determinante para afirmar si una facultad de hacer o no hacer forma parte o no de un derecho fundamental de la Constitución (también las sentencias pueden ser objeto de interpretación). Incluso téngase en cuenta que los tribunales ordinarios precisan para cada caso concreto el contenido de los derechos fundamentales, determinación ésta que resulta necesaria no sólo cuando la ley no dé respuesta clara al conflicto planteado, sino también cuando omita toda regulación. Desde el punto de vista práctico este criterio es muy importante.

Hay que tener *especial cautela con el tratamiento de la regulación legal*. Téngase en cuenta que el contenido del derecho está garantizado por la Constitución y preexiste a la norma legal. Interpretar la Constitución conforme a la ley es un error muy grave. El legislador determina en muchos casos el contenido y alcance del derecho fundamental en juego, por ello la norma nacional puede ser una valiosa “pista” e incluso apoyo argumentativo para confirmar que tal derecho sí que está afectado. Pero no debe invertirse la pirámide normativa. Eluda argumentaciones del tipo: está afectada la libertad religiosa porque la ley que la regula protege esa situación .... Varíe este tipo de argumentación por razones como: un argumento más para confirmar que la libertad religiosa sí que está afectada lo brinda su regulación legal, en tanto en cuanto en su labor fijadora del contenido de esta libertad, el legislador ha entendido que la misma protege esa situación...

*Qué hacer ante las dudas de que haya un derecho fundamental afectado*. Si intuitivamente se percibe la relevancia de la intervención para el sujeto afectado, pero se duda al concretar el derecho fundamental en juego, la opción más razonable será sí considerar afectado el derecho fundamental respecto del que dudamos y seguir los “pasos” para analizar si el límite está o no justificado. Piénsese que la opción contraria supondría eludir las garantías de los límites a los derechos –que son los “pasos”- por la vía muy rápida de señalar que el derecho no está afectado. (ejemplo extremo: no se analiza un supuesto de retención durante días a una persona en su casa por fuerzas de seguridad simplemente afirmando que no queda afectada la libertad personal).

Una vez determinado el derecho afectado, al tiempo de señalar su reconocimiento constitucional, es mejor *reflejar la naturaleza del derecho*. Especialmente tenga en cuenta dónde está reconocido en la Constitución a los efectos de su protección y garantías. Cabe tener en cuenta en especial si está entre los del 15-29 o 30-38. Si en su caso es un “principio rector” pero vinculable a otro derecho. También puede resultar útil la distinción entre derechos de la personalidad y libertades públicas, derechos de prestación, etc. puesto que puede condicionar el tratamiento jurídico del supuesto.

### ***c. 3. Concreción, en su caso, de la facultad afectada del derecho determinado***

Pues bien, respecto de cada intervención se señalan los derechos afectados. Todo derecho fundamental está compuesto de un conjunto o haz de facultades concretas (articuladas básicamente como situaciones o acciones inmunes a injerencias externas o como exigencias de configuración de organizaciones y procedimientos o de aportación de

determinadas prestaciones) que integran su contenido. A veces el nombre del derecho es un descriptor de este conjunto de facultades. Por ello, *no basta con señalar el derecho afectado, sino que si es posible, se ha de concretar la facultad dentro de ese derecho afectada* (ejemplo: derecho de asociación incluye derecho de crear asociaciones, generar los estatutos, de tener actividad asociativa, de ser miembro, no serlo, dejar de serlo, etc.). A mayor concreción, mayor rigor y mejor definición del conflicto. Piénsese que varias facultades de un derecho pueden estar afectadas y obligan a dar un tratamiento autónomo (ejemplo, el derecho de consentimiento para tratamiento de datos, o el derecho de rectificación de datos, ambos son derecho de protección de datos personales, pero si están comprometidos en un caso particular, se ha de analizar se forma separada cada uno). Asimismo, es posible que el conflicto se dé respecto del mismo derecho por dos sujetos diferentes (Ej.: facultad de definir los estatutos de una asociación y condiciones para ser miembro, y derecho de formar parte de una asociación).

#### ***c. 4. El excepcional caso del derecho a no sufrir torturas***

Cabe recordar de nuevo, que en el caso excepcional del derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos o degradantes, el análisis obligatoriamente termina en el examen de si se ha afectado o no el derecho. Y es que se trata del único derecho respecto del que no cabe limitación alguna (sentencia 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5º). De modo que si se afecta se lesiona, *se está embarazada, o no se está*. Cuestión diferente es que el debate argumentativo para considerar su afectación se centre en si el trato conferido tiene la intensidad suficiente para considerarlo, cuanto menos, “trato degradante” y que para ello se tengan en cuenta factores como el daño producido, la humillación y los padecimientos sufridos, la finalidad degradante de quien lo impuso, etc. (Por ejemplo, sentencia 120/1990, FJ 9º). Ahora bien, este juicio no es un juicio de admisibilidad como el que ahora se sigue. No hay que confundir este derecho con el derecho a la integridad física y psíquica, si sometible a límites.

Como se dirá, algo semejante sucede cuando se dilucida si una expresión proferida es o no “insulto”, en tanto en cuanto éste no está protegido por la libre expresión.

#### ***c. 5. Situaciones de conexidad de ciertas aspiraciones y derechos no fundamentales con el contenido de un derecho fundamental***

Otro factor importante puede ser la *conexidad*. Es posible que la situación del sujeto afecte a un interés legítimo o derecho constitucional, como podría ser un derecho social, pero no un derecho fundamental, por lo que no habría que seguir el análisis. Sin embargo, puede darse una conexidad con un derecho sí fundamental (ejemplo, una prestación sanitaria de urgencia puede vincularse al derecho a la integridad física; una aspiración medioambiental puede ser ubicable en el derecho a la intimidad, una solicitud de información a la Administración podría caer en el derecho de recibir información, etc.). Si se demuestra dicha conexidad, se prosigue el análisis, ya ceñido al derecho fundamental en cuestión.

#### ***c. 6. Situaciones de concurrencia de derechos afectados y criterio de especialidad***

Según se ha señalado, es bien posible que la injerencia a analizar afecte a uno o a varios derechos del mismo sujeto, o a varias facultades dentro de un mismo derecho. Se trata de una *concurrencia de derechos* en la misma posición subjetiva. (Ej.: carga policial

en una manifestación, afecta a integridad física y a la libre manifestación; un registro corporal a un preso delante de otros presos, puede afectar tanto a la integridad física y psíquica, al derecho a no sufrir tratos degradantes y a su intimidad; la difusión de una fotografía puede comprometer fácilmente tanto el derecho a la intimidad como a la propia imagen, etc.). Hay que tener en cuenta que no se trata de un concurso de señalar el máximo número de derechos potencialmente afectados, sino de centrar en análisis en los que razonablemente deba concentrarse. Para ello puede seguirse el criterio de especialidad. Se trata de concentrar el análisis en el derecho cuya injerencia es más relevante, el más intensamente afectado. Este criterio puede ser especialmente útil en los supuestos en los que se hace necesario acudir a varios derechos. En todo caso, se trata de un criterio a fin de concentrar la eficacia del análisis, puesto que procesalmente puede ser interesante la alegación de diversos derechos.

Debe hacerse notar que es muy *habitual la concurrencia de derechos en razón de los sujetos* (partido político, asociación, sindicación, derechos de los centros educativos, de alumnos, etc.) con derechos relativos a su actividad (libertad de expresión o información, por ejemplo). En estos casos, por lo general la superposición de los derechos en juego, suele reforzar el alcance de la protección del derecho (ejemplo: la libre expresión de políticos).

Como resultado del análisis llevado a cabo hasta el momento, se desprendería la determinación del objeto de estudio. Concluiríamos asentando el mismo: *juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia suscitada por tal hecho, respecto de tal sujeto, por cuanto a este derecho reconocido en la Constitución, en concreto, respecto de la afectación de esta determinada facultad.*

Ya podemos efectuar el

## **2. 2. Juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia**

Andados los “pasos” anteriores, cabe adentrarse en la admisibilidad constitucional de la injerencia.

Como se ha insistido, por tratarse de un grave error, el análisis de los siguientes “pasos” debe realizarse para cada una de las intervenciones o injerencias a analizar. Es más, es muy posible que haya que hacer el análisis respecto de cada derecho afectado, puesto que los requisitos de admisibilidad de los límites pueden variar según el derecho en cuestión (por ejemplo, la previsión legal puede darse respecto de un derecho, pero no otro. Puede ser necesario y razonable restringir un derecho para conseguir una finalidad, pero no otro derecho). No obstante, según el supuesto concreto, puede ser que las argumentaciones siguiendo los “pasos” coincidan bastante respecto de cada derecho. Si es así, basta reagrupar el análisis indicando cada vez la concurrencia de argumentos ya expresados, pero la estructura del análisis debe ser por intervenciones y derechos afectados.

### **A) ESTOS “PASOS” SE EXIGEN POR LOS TRIBUNALES E INCLUSO POR NORMAS**

---

Una vez determinado el objeto de análisis, efectivamente se procede al juicio de constitucionalidad. Este juicio que aquí se articula a través de los “pasos”, resulta de la concurrencia de los requisitos a los límites a los derechos señalados por el Tribunal Constitucional y el TEDH.

Cabe en este sentido recordar, entre otras, algunas citas del Tribunal Constitucional español:

“sólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al



resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (Sentencias 11/1981, fundamento jurídico 7.º; 2/1982, fundamento jurídico 5.º, 110/1984, fundamento jurídico 5.º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (sentencia 53/1986, fundamento jurídico 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (Sentencias 62/1982, fundamento jurídico 5.º; 13/1985, fundamento jurídico 2.º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (sentencia 37/1989, fundamento jurídico 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (Sentencias 11/1981, fundamento jurídico 10; 196/1987, fundamentos jurídicos 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, fundamento jurídico 11), si tal derecho aún puede ejercerse.”

“la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido” (Sentencias 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2).

“el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio [...] éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción.” (Sentencia 292/2000, FJ 15º).

En la elaboración de estos “pasos”, los requisitos del Tribunal Constitucional deben refundirse con las exigencias del TEDH, no siempre formuladas en los mismos términos<sup>4</sup>, cuando se trata de interpretar las restricciones establecidas en la ley y “necesarias para una sociedad democrática”.

Un ejemplo paradigmático lo brinda el malogrado Tratado Constitucional de la Unión Europea, en su artículo II-112, sobre “Alcance e interpretación de los derechos y principios”:

“1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.”

## **B) LA RESTRICCIÓN CONCRETA HA DE VENIR ESTABLECIDA O TENER BASE EN UNA NORMA DE RANGO LEGAL**

En la determinación de la naturaleza de la injerencia habremos señalado si es de naturaleza normativa o por la aplicación administrativa o judicial de la norma, habremos determinado en su caso qué norma y, entre los diversos tipos de ellas, hay que radicar el origen de la limitación en una norma de rango legal, según sistema de fuentes nacional<sup>5</sup>. Los límites a los derechos han de estar previstos en la ley con anterioridad a su aplicación efectiva.

<sup>4</sup> Por su claridad, cabe remitir a FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del TEDH”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 11/12, Valencia, 1995, págs. 97-114.

<sup>5</sup> En este punto, cabe recordar que las exigencias del TEDH son algo más flexibles en casos de sistemas jurídicos como el británico, si bien, para el caso de España ha de seguirse la exigencia más nítida de la Constitución española.

La ley ha de habilitar a la norma infralegal para establecer la limitación, teniendo en cuenta todas las garantías de las fuentes de los derechos fundamentales y las posibilidades de colaboración normativa que debe conocer el alumno. Si se trata de límites directos, la ley ha de ser orgánica, si se trata de afectaciones al derecho en razón de su forma de ejercicio es posible que baste una ley ordinaria, en ocasiones autonómica. Si es una coacción o castigo a un derecho fundamental, concurre la cuestión con la legalidad penal o sancionadora. Por cuanto a las actuaciones normativas locales, debe tenerse en cuenta la flexibilización del principio de legalidad sancionadora en los últimos años.

Si nos encontramos ante una restricción normativa del derecho fundamental, para cumplir el requisito de la legalidad es preciso:

-que la “ley” pueda ser conocida por el ciudadano al ser publicadas.

-Se ha de regular el límite el derecho con una precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar su conducta a la norma y también se deben prever razonablemente las consecuencias de su incumplimiento.

-El ordenamiento jurídico (no necesariamente la misma ley que impone la limitación), debe regular garantías con recursos efectivos que permitan una reparación frente a los posibles abusos respecto de los límites que impone la ley a un derecho.

Siguiendo al TEDH, si lo anterior no se cumple, la restricción sería ya inconstitucional.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la diversidad en la Constitución del principio de legalidad y de reserva de ley –ordinaria u orgánica- y la variada exigencia de su intensidad. En este punto, entre otros factores, no hay que olvidar:

-Ámbitos de especial fuerza de la reserva de ley, con reglas específicas: artículo 17 CE y libertad personal, artículo 25 CE respecto de la legalidad penal y sancionadora.

- Asimismo téngase en cuenta ámbitos especiales como el Derecho procesal y el artículo 24 CE, o de tradicional importancia de la legalidad como en lo tributario.

-Tradicionalmente en el ámbito de las relaciones de especial sujeción, se ha sido más permisivo por cuanto al requisito de la legalidad en sectores como educación pública, presos, funcionarios, por ejemplo.

Según se ha dicho, si este requisito no se cumple, la restricción analizada sería inconstitucional y, en teoría, finalizaría el examen.

## **C) JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL, OBJETIVA Y RAZONABLE, NECESARIA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA**

---

### ***c. 1. Fijación de la razón o razones de ser reales de la medida restrictiva***

Hay que tener en cuenta la razón de ser o motivo de la intervención en el derecho desde la realidad, la finalidad verdaderamente perseguida o el efecto real que produce afectando al derecho. Hay que fijar y explicitar la razón –o razones- de la restricción (ejemplo: retirada de unos carteles de una asociación para evitar que se acceda al mensaje que transmite la asociación, o para evitar que los carteles se sitúen en sitios indebidos afectando a los locales y uso de un centro, estética, etc.)

Para determinar la razón de ser de la intervención, hay que especular con libertad y cierta imaginación, atendiendo a todas las circunstancias del caso. No hay que atarse a la razón que afirme el sujeto limitador del derecho (por ejemplo: la Administración, el Abogado del Estado, la empresa, etc.), puesto que puede alegar motivos que no son los reales y encubrir las causas reales de su actuación. (Ejemplo: el cierre de los locales de un periódico, asociación, etc. por motivos urbanísticos puede esconder una persecución de su actividad; en las diligencias de identificación a un hombre de piel morena, la razón de ser puede ser que se pare a toda persona de color buscando a extranjeros, pero es bien posible

que se afirme que se trata de rutinarios controles aleatorios en razón de una sospecha por un delito; el cambio de turno de un sindicalista sobre la base de las necesidades de producción puede encubrir una represión a su actividad, etc.).

Así, la teórica justificación puede no estar señalada ni en el acto administrativo, en la medida empresarial, ni en la norma que establece la restricción, sino que hay que “descubrirla” y razonarla. El descubrimiento de la razón de ser de la medida restrictiva por quien efectúa el análisis se ha de hacer con independencia de que personalmente se crea o no en la misma, es necesario preverla argumentativamente para un riguroso análisis.

Expresa la razón o razones de ser de la afectación del derecho.

### ***c. 2. La razón de ser de la restricción debe vincularse a una finalidad legítima localizable en la Constitución***

Una vez fijada la razón –o razones- de ser de la medida restrictiva, hay que vincularla a una finalidad constitucional. Para ser admisible esta “razón de ser” debe constituir una –o varias- finalidad legítima y constitucional. Es aconsejable, pues, distinguir la verdadera razón de ser de la medida y finalidad constitucional que la legitima. Una vez distinguidas, hay que vincularlas. Si la razón de ser de la medida, se desapega de la finalidad constitucional perseguida, la afectación al derecho analizada devendrá fácilmente en inconstitucional por no existir necesidad y justificación objetiva, o por resultar incongruente respecto de la finalidad pretendida.

Este es otro apartado clave para un buen análisis. Si la identificación de la justificación es errónea, todo lo posterior lo es.

La *razón de ser* de un registro corporal a un preso tras una relación *bis a bis* puede ser evitar la introducción de drogas o elementos peligrosos en la cárcel, así como el mantenimiento del buen orden del centro penitenciario. La finalidad legítima de dicha medida puede ser la seguridad pública (art. 104 CE) y la protección genérica de la salud (art. 43 CE) e incluso la integridad personal de funcionarios y presos (art. 15 CE).

Los fines o fin de la razón de ser de la injerencia o restricción han de poder ubicarse en la Constitución, puesto que el límite a un derecho sólo puede proceder por otro derecho fundamental (ejemplo, limitación de la libre expresión en razón del derecho a la intimidad), un derecho constitucional (ejemplo, limitación de la intimidad en razón del derecho de acceso a archivos y registros) o, lo que es más habitual, un bien constitucional (seguridad pública). Los fines y valores sociales, por importantes que sean, no pueden ser utilizados como límite de los derechos si no encuentran reconocimiento en el texto fundamental, de lo contrario se privaría a la Constitución de su condición de norma jurídica.

Los conflictos más habituales lo son entre derechos fundamentales y bienes constitucionales. Como “pista” respecto de las finalidades restrictivas típicas, se puede seguir los párrafos segundos del CEDH, por ejemplo, del artículo 10 cuando señala las finalidades de la restricción:

“seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

Ahora bien, la finalidad ha de ubicarse en la Constitución, NO en un tratado internacional. Los textos internacionales no están pensados –y en ocasiones prohíben expresamente su uso- para dotar de justificación a los límites, sino para proteger al derecho fundamental (especial cautela con la “moral” a este respecto, con la excepción de la Sentencia 62/1982). Por ello, los lugares típicos donde radicar constitucionalmente estas finalidades serán los derechos de otros o, en su caso, bienes constitucionales como: defensa y seguridad nacional (arts. 8 y 103. 1º CE); seguridad pública (art. 104 CE), orden público

respecto de artículos 16 o 21 CE; eficacia administrativa art. 103. 1º), garantía de la justicia (artículo 24 y 117 CE), etc.

Respecto de los derechos fundamentales la potencialidad de los principios rectores (arts. 39-52 CE), así como del artículo 9. 2 CE en el ámbito de los derechos fundamentales es negativa. No en vano son útiles y habituales bienes constitucionales que pueden justificar límites de los derechos en la adopción de muchas políticas y normativas (Ej.: medio ambiente, sanidad, familia, protección de la infancia, juventud, tercera edad, etc.).

Asimismo, téngase en cuenta que en diversos casos los límites están expresados de forma particular en la regulación constitucional de determinados derechos (ejemplo, artículo 20. 4º CE). En su caso, ello puede servir para cumplir la exigencia del establecimiento de límite en una ley.

De singular relevancia son los casos en los que el precepto constitucional expresamente sólo admite los límites específicos que enuncia (ejemplo, arts. 16, 18. 2º o 21 CE), puesto que sólo a ellos hay que acudir para reconducir la finalidad del límite analizado.

Siguiendo lo anterior, habremos señalado la naturaleza del derecho o bien constitucional que puede justificar la medida, radicándolo en la Constitución.

Por lo general será sencillo considerar una finalidad constitucional de la restricción analizada, puesto que, hasta ahora, valdrán consideraciones abstractas. Más difícil –y por ello importante- resultará el “paso” siguiente.

### ***c. 3. Justificación “objetiva”, “necesidad” (para una sociedad democrática) de la medida. Conexión real de la razón de ser de la restricción con la finalidad constitucional esgrimida***

En modo alguno basta con señalar y radicar constitucionalmente la finalidad legítima de la medida, ni basta con afirmar simplemente el “bien” que está en juego. También, hay que argumentar sobre el verdadero nexo que existe entre la finalidad abstracta que argumente la limitación y la limitación en sí: el porqué la seguridad nacional, el orden público, etc. está en juego en ese caso concreto y por qué la injerencia es o no necesaria para lograr tal finalidad. Se trata de los requisitos de “necesidad” de la medida (para una sociedad democrática) –en términos del TEDH- y en la justificación “objetiva” en términos del Tribunal Constitucional. Debe alertarse que la noción de “necesidad” en este “paso”, es diferente de la “necesidad” en el “paso” siguiente de la proporcionalidad (necesidad-alternatividad).

Siguiendo al TEDH “necesidad”, no equivale a que la restricción sea “indispensable” ni “ineludible”, pero tampoco basta que el límite sea “útil” ni “oportuno”. Se exige una exigencia social “imperiosa”, expresión no habitual en nuestra lengua. La argumentación sobre este “paso” habrá de girar en torno a estas ideas y expresiones.

Asimismo, exige el TEDH que las autoridades nacionales han de juzgar con carácter previo a la imposición del límite la realidad de la necesidad imperiosa, aunque con margen de discrecionalidad. Esta discrecionalidad para la determinación de los límites a imponer y su necesidad, no es un poder ilimitado y no basta la buena fe del poder público. Así pues, la buena fe real o aparente del poder público no es suficiente. Estos requisitos no son del todo habituales en el ámbito español, cuanto menos se harán depender de la naturaleza de la medida restrictiva y en general quedarán vinculados a los trabajos preparatorios y motivación de las normas (rara vez analizados ni exigidos por los tribunales) y, en particular, a la motivación de los actos judiciales o administrativos de aplicación del Derecho.

En conexión con lo anterior, los motivos alegados por las autoridades para justificar la medida han de ser suficientes y pertinentes. El grado de exigencia puede variar de unos derechos a otros en razón de su función democrática (así, por ejemplo, las limitaciones a la libertad de expresión y sus garantías cuando confluye un claro interés público y en razón de

su ejercicio por medios de comunicación, el escrutinio se hace más severo). En consecuencia, particular alerta respecto, por ejemplo, de las libertades públicas en determinados contextos por su importancia instrumental para la sociedad democrática.

Como puede pensarse, la argumentación sobre estos aspectos acogen muchos datos fácticos y de la realidad, incluido el contexto donde se desenvuelven las medidas debatidas. En este apartado resulta necesario hacer mención de datos concretos del supuesto y evitar cualquier argumentación que valiera para cualquier caso (Ej.: “la medida era efectivamente necesaria para el fin perseguido en tanto en cuanto había razones objetivas para considerarla “imperiosa”).

### ***c. 4. Razonabilidad de la restricción y admisibilidad para la “sociedad democrática”***

La intervención o restricción del derecho y su verdadera razón de ser debe superar un juicio de razonabilidad (no mera racionalidad), siendo razonable aquello no arbitrario o carente de motivos y que éstos sean “criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (por ejemplo, sentencia 107/1986), “principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas” (TEDH, sentencia de 23 de julio de 1968, caso régimen lingüístico belga). Se trata de un criterio de asumibilidad de la medida en el contexto de la sociedad española, pero siempre que hablemos de una sociedad que sea democrática. Obviamente se trata de un requisito muy abierto a la introducción de premisas valorativas, sociológicas y subjetivas. No se trata de que sea una restricción asumible por la normalidad social, esto es, lo que una sociedad acepta o no en un momento dado. Ello haría razonables restricciones por la mera inercia histórica y tradiciones, normalmente distantes de los derechos. Se trata de la aceptación por la sociedad española, pero con el requisito añadido de que sea una “sociedad democrática avanzada” (Preámbulo de la CE), una verdadera “sociedad democrática” (CEDH, Tratado Constitucional de la Unión).

Por cuanto a la noción sociedad democrática, cabe señalar que para el TEDH ésta implica pluralismo, tolerancia, espíritu de apertura, así como equilibrio que asegure trato justo a las minorías y evite todo abuso por la parte dominante. Para este juicio, es importante para el Tribunal Europeo la opinión social dominante en sociedades democráticas –no sólo la del país de que se trate-. No obstante, el TEDH admite algunas diferencias según los diferentes Estados.

En el ámbito de la Unión Europea, la sociedad democrática se caracteriza por el “pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres” (Art. I-2 Tratado constitucional)<sup>6</sup>.

Ello obliga a hacer un juicio en el que se pretenda objetivar lo que asume la sociedad española como restricción razonable siempre que se ajuste también a los valores superiores del ordenamiento jurídico y los principios rectores del Estado (art. 1. 1º CE), así como los derechos fundamentales y otros principios constitucionales. Si la medida analizada ha superado los requisitos anteriores, es lugar de analizar si supera el test de la proporcionalidad.

Un error muy habitual es la no determinación de la razón de ser y la finalidad o finalidades de la medida restrictiva, pasando directamente al análisis de la proporcionalidad de la misma. Se trata de un error grave, puesto que la proporcionalidad de la medida lo es, como a continuación se aprecia, con relación a la razón de ser y la finalidad de la medida.

---

<sup>6</sup> “La Unión se fundamenta en los valores de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los Derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

## D) EL TEST DE LA PROPORCIONALIDAD, SU VARIABLE INTENSIDAD Y LA EXIGENCIA DE SU EXPRESIÓN EN LA MOTIVACIÓN DE LA MEDIDA RESTRICTIVA

---

### ***d. 1. Test de proporcionalidad***

La medida restrictiva a analizar no sólo ha de contar con una justificación objetiva, razonable y ser necesaria en una sociedad democrática, sino que, además, ha de ser proporcional. Dada la creciente –si no excesiva- importancia del principio de proporcionalidad en nuestros días, como punto de partida, resulta de interés recordar con la sentencia 55/1996, de 28 de marzo, que el principio de proporcionalidad “no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales”. Eso sí, “El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales” (FJ 3º).

Pese a la abundante bibliografía y jurisprudencia sobre este principio, aún a riesgo de gran simplificación, cabe señalar lo que implica el test de la proporcionalidad, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional en muy reiteradas sentencias:

“para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”<sup>7</sup>

Puede incluso seguirse expresamente en qué consiste la proporcionalidad en alguna ley reguladoras de derechos fundamentales<sup>8</sup>.

En consecuencia, la argumentación sobre la proporcionalidad de la intervención que se analiza ha de girar –con datos concretos del supuesto- sobre tres exigencias:

---

<sup>7</sup> Entre otras muchas, Sentencias 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), y 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8).

<sup>8</sup> La Ley orgánica 4/1997, videocámaras en lugares públicos ofrece un ejemplo paradigmático de “regulación” de la proporcionalidad:

“Artículo 6. Principios de utilización de las videocámaras.

1. La utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima.

2. La idoneidad determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

3. La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas.

4. La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles.

5. No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.”

## **d. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia**

La intervención debe resultar adecuada o idónea para el fin que se propone, su razón de ser y la finalidad constitucional que le dota de cobertura. Se trata de un criterio básicamente de racionalidad, no de razonabilidad (matar moscas a cañonazos sí es “adecuado” en este sentido; dar un antialérgico para un estreñimiento no es adecuado: los controles corporales que concretamente se practiquen a un preso han de servir para la detección de la drogas o elementos extraños o peligrosos, lo cual a su vez contribuye a la seguridad y buen orden del centro, la protección de la salud y la integridad de trabajadores y presos.) Es muy extraño que la medida no supere este requisito habiendo superado los anteriores –justificación objetiva-. En todo caso, este parámetro puede servir para desvelar finalidades encubiertas de la medida (ejemplo: la prohibición del nudismo en la playa en razón de la salud e higiene puede quedar desmontada por el hecho de que no se prohíban prendas que no salvan tampoco posibles riesgos de la higiene. Otro ejemplo: si se afirma que la prohibición de llevar pendiente a un soldado hombre es para evitar que se enganche con el fusil, la medida puede revelarse inidónea en tanto en cuanto la uniformidad que llevan puede suponer el mismo obstáculo). *La medicina para curar el constipado no ha de ser la medicina para evitar la diarrea.*

## **d. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad)**

Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el medio que menos daño cause a los derechos fundamentales. Matar moscas a cañonazos no es, en este sentido, “necesario”. *Si hay varios fármacos útiles, hay que dar al enfermo el que menos le afecte.* Debe tenerse en cuenta que la “necesidad” (para una sociedad democrática, justificación objetiva) es un parámetro previo y, en teoría, distinto. Para evitar la confusión, hay que subrayar ahora la idea de alternatividad. Por ejemplo, para evitar embarazos no deseados de discapacitadas psíquicas, cabe la esterilización, encerrar al discapacitado, vigilarle continuamente o el suministro continuo de anticonceptivos –la píldora. Puede entenderse con la sentencia 215/1994 que la esterilización es la alternativa menos gravosa.

En este parámetro, hay que subrayar que el Tribunal Constitucional permite un variado margen de discrecionalidad al poder público de que se trate para elegir los medios (más discrecionalidad a mayor legitimidad democrática).

## **d. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto**

Debe intentarse, en la medida de lo posible, una ponderación o equilibrio valorando la incisión practicada y el perjuicio causado tanto al titular del derecho cuanto a la función social del ejercicio del derecho (asociaciones, sindicatos, periodistas, etc.) frente a los beneficios o ventajas que ello reporta con relación a la finalidad que se busca, los derechos de terceros y el interés general. (En los términos del ejemplo del suministro del fármaco, se trata de analizar *la dosis de medicina aplicada y sus efectos perjudiciales frente a la enfermedad que sana*).

Nótese que *sólo en este último parámetro entra en juego la confrontación y balance entre el derecho fundamental afectado y la finalidad constitucional perseguida*. Ello es así, puesto que el análisis de la idoneidad y la alternatividad lo son de la medida discutida con relación a la finalidad constitucional perseguida.

Téngase en cuenta, a estos efectos, lo dicho respecto de los supuestos específicos de ponderación de derechos, por cuanto pueda proyectarse al juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Toda intervención en un derecho debe poder superar una argumentación sobre estos parámetros. Tal argumentación habrá de ser más profusa o menos en dependencia de unos factores, asimismo, tendrá que hacerse de forma expresa o no según el tipo de medida restrictiva de que se trate. Recuérdese en este punto, la necesidad de *juridificar* el manejo de argumentos sociológicos, económicos, axiológicos o de la realidad.

#### ***d. 5. La intensidad de la exigencia del cumplimiento de los parámetros y de su explicitación***

Hay que señalar, asimismo, dos factores importantes, respecto de la intensidad del análisis de la proporcionalidad así como respecto de la necesidad de su exteriorización. En primer término cabe tener en cuenta el origen y naturaleza de la medida restrictiva, en segundo lugar, el derecho concreto de que se trate.

#### ***1) La importancia del origen y naturaleza de la medida restrictiva***

El origen y naturaleza de la medida restrictiva es importante, puesto que se reconoce más capacidad de elección de los medios posibles (necesidad-alternatividad), así como una mayor condescendencia ponderación en el juicio de la proporcionalidad en sentido estricto, según se trate.

1º Legislador. Se reconoce el mayor margen de discrecionalidad –aunque no ilimitado- llegando casi a desvirtuarse el análisis de la proporcionalidad si se trata de una restricción del legislador (y dentro de éste, el orgánico gozará si cabe de mayor margen que el no orgánico). En palabras del Tribunal Constitucional: “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” “La posición constitucional del legislador [...] obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes. Como acabamos de recordar, este Tribunal ha reiterado que el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que ésta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas.” (sentencia 11/1981).

2º Otras normas. Respecto de restricciones provenientes de normas infralegales (respetándose la correspondiente reserva de ley) se intensifica el análisis de la proporcionalidad en comparación con el legislador, así como se limita la posible opción entre las medidas restrictivas.

Ni el legislador ni otros normadores tienen –hoy por hoy- la obligación de motivar sus medidas restrictivas ni expresar el juicio de proporcionalidad realizado para adoptarlas.

3º Actos administrativos o judiciales. Cuando se analizan medidas restrictivas de derechos en los actos de aplicación de normas, el análisis se torna más estricto cuando se trata de la Administración que respecto de los jueces y tribunales. Asimismo se exige que la resolución exprese y motive la restricción del derecho, incluyendo el análisis de la proporcionalidad de la medida. Estas exigencias también se dan más o menos en función de la intensidad de la intromisión en el derecho por la resolución administrativa o judicial.

El caso de supuestos de conflicto entre sujetos privados, la cuestión se hace singularmente compleja y relativa. En todo caso, se exige la motivación razonable y



razonada más o menos intensa al acto del poder público que finalmente derive del conflicto entre los particulares (la resolución judicial).

## **2) La variación del rigor del juicio según el derecho de que se trate**

Por lo expuesto, el requisito de la proporcionalidad conlleva la exigencia de la argumentación sobre la idoneidad, necesidad-alternatividad, proporcionalidad en sentido estricto, con la intensidad exigible según la procedencia y naturaleza de la medida limitadora. Asimismo, la obligación de la proporcionalidad se incumple si dicho juicio no se expresa correspondientemente en el acto de aplicación del Derecho. La explicitación y la intensidad misma del análisis de la proporcionalidad de la medida restrictiva se requiere con mayor intensidad en algunos terrenos:

- si el límite a enjuiciar concurre con el ámbito penal y sancionador, el requisito de proporcionalidad general se superpone con la exigencia particular de proporcionalidad penal y sancionadora (insita en el artículo 25 CE).

- También respecto de determinados derechos la exigencia de proporcionalidad y su explicitación acrece (limitación de la libertad personal –art. 17 CE-, limitación de inviolabilidad del domicilio o de la intervención de las comunicaciones –art. 18 CE-, por ejemplo).

- Como se dirá, en el terreno de la igualdad y no discriminación, el análisis se hace más intenso cuando se trata de una discriminación prohibida.

El condicionante de la justificación objetiva y la necesidad de la limitación abren la puerta a la realidad. Asimismo, el requisito de la razonabilidad en el marco de una sociedad democrática, da entrada a los valores, criterios sociales y subjetivos. Pues bien, a nadie escapa que –al menos en nuestro país- el criterio de la proporcionalidad permite la argumentación racional, la valoración la realidad y aplicación del Derecho, *así como juicios axiológicos, políticos y sociológicos, si bien estructurados y, de este modo “juridificados”*.

Pese a que sea muy habitual en las resoluciones judiciales –y más en las administrativas- argumentos puramente tautológicos (la medida era proporcional porque era proporcional, esto es, idónea, necesaria y proporcional), hay que intentar evitar tales argumentos vacíos. Para ello, al igual que respecto de la justificación objetiva y razonable, el mejor consejo es añadir datos concretos del supuesto en la argumentación.

En principio, bastaría con incumplir cualquiera de los parámetros de la proporcionalidad para considerar inconstitucional la medida. No obstante, no es extraño observar en la argumentación jurídica que se aplican de modo acumulativo para reforzar el juicio de inconstitucionalidad.

### **E) EL REQUISITO FINAL, LÍMITE DE LOS LÍMITES: ¿SE RESPETA EL CONTENIDO ESENCIAL?**

Según el artículo 53. 1º CE, se ha de respetar en todo caso el “contenido esencial del derecho”, por lo que un límite a un derecho será inconstitucional pese a que tenga una justificación objetiva y razonables y sea proporcional, si no queda preservado dicho contenido esencial. Hay que decir que es muy poco usual en nuestra evolución jurisprudencial acudir a esta garantía última. De hecho, se habría de aplicar en los casos en los que la restricción ha superado con éxito los anteriores requisitos de admisibilidad de los límites, que no son pocos. En todo caso, ésta es la última “prueba” a superar.

Siguiendo la sentencia 11/1981, de 11 de abril (FJ 8º), hay que preguntarse si tras el sometimiento a la restricción practicada, el derecho en cuestión sigue manteniendo “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que [...] sea reconocible

como pertinente 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.” Al mismo tiempo, teniendo en mente “los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho”, hay que observar si “resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Por ello, la cuestión última es si tras la restricción analizada “el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

Si la restricción o intervención analizada supera este último escollo, es admisible constitucionalmente.

---

### **3. LA PONDERACIÓN EN EL SUPUESTO ESPECIAL DE LA COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

Según se ha señalado, el conflicto puede ser entre dos derechos fundamentales, supuestos en los que varían los “pasos” a seguir. En estos casos, la previsión legal del límite, cuanto la determinación de la finalidad que legitima el límite al derecho se solventar por el reconocimiento mismo del derecho fundamental en litigio. De este modo, en el típico conflicto libertad de expresión -vida privada, la previsión legal procede directamente del reconocimiento de la vida privada, que es a su vez una finalidad constitucional que puede legitimar el límite a la libre expresión.

- Una vez se determina que efectivamente están en conflicto los dos derechos en principio sólo cabe acudir al juicio de proporcionalidad y, en particular a la ponderación entre los dos derechos en litigio.

- Sin que exista jerarquía alguna de derechos, sino soluciones concretas a los casos particulares, no se esconde que cuando se trate de claras incisiones en los derechos a la vida, a no sufrir torturas e integridad, estos parten de una relativa ventaja en la ponderación frente a otros derechos.

- De igual modo, las libertades públicas, y especialmente las libertades informativas, cobran una “posición preferente” en el balance, quedan protegidas por una “garantía institucional” que refuerza su protección. Más allá del interés individual de quien ejerce estos derechos, se tiene en cuenta su carácter “instrumental de una función que garantiza la existencia de una opinión pública también libre, indispensable para la efectiva consecución del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático” (entre otras muchas, sentencias 6/1981, 104/1986, 165/1987 y 107/1988). Así, estas libertades quedan vigorizadas en la ponderación cuando se puede deducir que su ejercicio contribuye a la formación pública, concurriendo “interés” o “relevancia” pública.

- El reforzamiento de unos derechos en la ponderación se da en muchos casos en los que los sujetos afectados ejercen, *per se*, un derecho fundamental (partidos, asociaciones, sindicatos, etc.).

Hay que insistir en que se trata, en todo caso, de tendencias o inclinaciones, que no reglas generales.

---

### **4. “PASOS” ESPECÍFICOS EN LOS CONFLICTOS DE LIBERTADES INFORMATIVAS**

---

Cuando se trata de la resolución de conflictos en los que quedan entrometidas las libertades informativas con otros derechos fundamentales (siendo lo más habitual el conflicto con los derechos del artículo 18 CE), no procede aplicar los “pasos” señalados. Sin

perjuicio de muchas variables que requerirían un análisis más profundo, pueden apuntarse algunas líneas concretas en la resolución de estos casos.

En todo caso, la cuestión se resuelve teniendo en cuenta una serie de parámetros, los “pasos” a seguir en estos supuestos:

Las libertades informativas del artículo 20 están en conflicto habitual con otros derechos, por lo general los derechos del artículo 18. En estos supuestos procede una ponderación que persigue el máximo respeto, “integración y aplicación constitucionalmente adecuada de los derechos” en juego (sentencia 49/2001, FJ 4º). Para llevar a cabo la ponderación entre los dos derechos invocados las circunstancias que deben tenerse en cuenta son: “el juicio sobre la relevancia pública del asunto (Sentencias 6/1988, de 21 de enero; 121/1989, de 3 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre, y 178/1993, de 31 de mayo) y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (sentencia 76/1995, de 22 de mayo), especialmente si es o no titular de un cargo público. Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables (sentencia 107/1988), como una entrevista o intervención oral (sentencia 3/1997, de 13 de enero), y, por encima de todo, si en efecto contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (Sentencias 107/1988, de 8 de junio, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, y 15/1993, de 18 de enero, entre otras).” (sentencia 11/2000 en su FJ 8º).

En esta materia se parte de la consideración de si se trata del ejercicio de la libre expresión o de la libre información, como dice el Tribunal “El objeto allí [libre expresión] es la idea y aquí [libre información] la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde se mezclan hasta confundirse” (sentencia 176/1995, FJ 5º). Por ello, la clave “es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada paso para situarlo en un contexto ideológico o informativo” (sentencia 6/1988).

Si nos encontramos ante el ejercicio de la libre expresión, los límites posibles son mínimos, muy cercanos a los de la libertad ideológica del artículo 16 (sentencia 20/1990). Está excluido de la libre expresión el “insulto”. No obstante, lo grosero, hiriente, incorrecto, no elegante o crítico fácilmente estará protegido. También queda amparada toda idea o ideología “por equivocada o peligrosa [...] incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan”, pero, con relación al mensaje pro-nazi que niega la dignidad humana, se ha dicho que “se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional” de la libre expresión (Sentencias 170/1994, 76/1995, 176/1995). Por este motivo, parecen admisibles los delitos contra la ideología nazi en diversas manifestaciones, pese a que no hay sentencia al respecto del Tribunal Constitucional.

Si se trata del ejercicio preponderante de la libertad de información, hay que analizar si se ha transmitido “información veraz”. Para ello, el criterio básico es el de la diligencia del informador. Se trata de un juicio en el que cabe recorrer los dos extremos: “entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas” (Sentencias 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995). Entre estos extremos, el nivel de diligencia exigible varía de intensidad: máxima intensidad cuando se desacredita a la persona, especialmente imputando comisión de actos delictivos, así como cuando más “trascendente” o “útil socialmente” es la información (Sentencias 219/1992, 240/1992, 178/1993). La diligencia del informador es independiente de la licitud de sus fuentes (Sentencia 54/2004, de 15 de abril, FJ 6º).

Otro elemento importante para la atribución de responsabilidad por lo expresado o informado es la existencia de diversas circunstancias que pueden llevar a la exención de responsabilidad por “reportaje neutral”, esto es, por “la transmisión neutra de

manifestaciones de otro” (sentencia 28/1996). O la exención en el caso de las “cartas al director” en los periódicos: no se hace responsable al medio de comunicación de lo dicho por un tercero ajeno que participa en esta sección si está bien identificado (sentencia 15/1993, de 18 de enero). La responsabilidad penal se da en “cascada”: autor e inductor, director de publicación o programa, director de la empresa. La responsabilidad civil es solidaria –se puede exigir indistintamente a autores, editores, directores, etc. Puede afirmarse que los medios de comunicación españoles actúan de forma casi ilimitada, ya en la revelación de secretos y manejo de fuentes, en la crítica política así como, en especial, por parte de la llamada “prensa del corazón”, que funciona en la realidad muy distante de las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia no se ha adaptado aún a los cambios por las nuevas tecnologías.

Respecto del derecho a emitir información y crear medios de comunicación, se trata de un derecho “secundario” o “instrumental”, sometido a la interposición legislativa (sentencia 206/1990). Esta naturaleza, fundamentada básicamente en la limitación del espacio radioeléctrico, ha permitido hasta la fecha el sometimiento al sistema de “servicio público”, de concesión administrativa y de autorización previa a la televisión, radio, cable, televisión y radio digital terrestre, etc. Hasta la fecha ha habido un control real bastante evidente de los medios audiovisuales tanto desde el gobierno central, cuanto de los gobiernos autonómicos. La prensa e internet no pueden quedar sometidos a estos límites.

#### **¡4. 1. Delimitación de si nos encontramos o no ante el ejercicio de las libertades informativas**

Por cuanto a la delimitación de los derechos en juego (“paso” inicial general), cabe seguir lo ya afirmado (ejemplo: ¿el nudismo es ejercicio de la libre expresión? ¿y una huelga de hambre? ¿la libre expresión ampara un presunto derecho a fijar carteles en instalaciones públicas, o en empresas?). Amén de estas cuestiones de delimitación sobre si tal acción es o no considerable el ejercicio de la libre expresión o información, cabe seguir algunos elementos particulares:

a) la libre expresión no incluye el “insulto”, “insidias infamantes” o “vejeciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona”, ni “expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido”. Ahora bien, del reverso, sí que puede quedar amparado por la libre expresión lo “especialmente molesto o hiriente de una opinión o una información”, así como lo que pueda “inquietar, molestar o disgustar”, o “la crítica evaluación de la conducta personal o profesional”. A ello hay que añadir que el juicio de la libre expresión “Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto.” En consecuencia, la distinción entre lo uno y lo otro no es clara, esta distinción puede determinar la solución del caso. El juicio de ante qué tipo de expresión o información se trate, para ver si es o no ejercicio de estas libertades acaba convirtiéndose en un camuflado juicio de proporcionalidad, sobre la base de la intensidad y gravedad de lo afirmado en su contexto, el medio, la intencionalidad de quien lo profiere, etc. (Ejemplo: “imbécil” es sin duda un insulto, en principio nunca amparado por la libre expresión. No obstante, si se profiere de un político muy importante por un militante en el calor de un mitin es muy posible que considere en el ámbito de la libre expresión).

b) La libre expresión ampara toda idea o ideología “por equivocada o peligrosa [...] incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución -se ha dicho- protege también a quienes la niegan”. Sin embargo, con relación a mensajes pro-nazis, se ha afirmado –en un camino ciertamente peligroso- que un ejercicio de la libre expresión que “niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional”, (Sentencias 170/1994, 76/1995, 176/1995).

c) La protección constitucional a la información, lo es a la “información veraz”. No es menester que lo informado sea verdad o totalmente exacto, se admiten errores circunstanciales o incomplitudes que no afecten lo esencial. Lo básico es que el que transmite la información haya sido diligente. Se trata de un juicio en el que cabe recorrer los dos extremos: “entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas” (Sentencias 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995). Entre estos extremos, el nivel de diligencia exigible varía de intensidad: máxima intensidad cuando se desacredita a la persona, especialmente imputando comisión de actos delictivos, así como cuando más “trascendente” o “útil socialmente” es la información (Sentencias 219/1992, 240/1992, 178/1993). Dicho lo anterior, lo que no sea información veraz queda fuera de la protección de la libertad de información. Si lo transmitido no cumple estos requisitos de veracidad puede dejar de tener la cobertura de la libre información. Ahora bien, pero puede quedar bajo el amparo de la libre expresión (ejemplo: la afirmación de mentiras históricas constatables puede estar amparada por la libre expresión).

## 4. 2. Parámetros a seguir en la ponderación

Una vez se considera que sí que se trata de un caso de libre expresión o información, la ponderación debe seguir un análisis argumentativo sobre los siguientes parámetros:

### A) LA RELEVANCIA E INTERÉS PÚBLICO DE LO INFORMADO O EXPRESADO

La particular protección de la libertad informativa se da si hay interés o relevancia pública de lo informado o expresado. En teoría, el interés público se distingue del interés del público o satisfacción de la morbosidad. Determinados elementos permiten considerar que sí existe objetivamente dicho interés público cuando se trate de: ejercicio del poder público, actuaciones judiciales y posible comisión de delitos, cuestiones relación con derechos fundamentales así como con principios rectores (sanidad, vivienda, infancia, medio ambiente, etc.). No sólo el debate político es relevante públicamente, si bien es cierto que queda especialmente protegido.

### B) RELEVANCIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO: EL PERSONAJE PÚBLICO

La protección de los derechos del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión o versa la información se relativiza si es un personaje público, en particular, cargo público. Esta relativa desprotección del cargo público lo es siempre con relación al ejercicio de su actividad pública, no a su vida privada que no afecta a aquélla. La consideración de público de un personaje, obviamente es gradual y contextualizada a ámbitos geográficos, sectoriales, etc.

### C) EL CONTEXTO

- Debe determinarse el contexto histórico, político y social de lo expresado e informado, puesto que puede condicionar el significado y voluntad del mensaje. Por ello, deben hacerse referencias espaciotemporales, de la actualidad del momento, etc.

- Asimismo, puede adquirir mucha importancia la forma y medio empleados por cuanto su inmediatez, difusión, posibilidad de respuesta, etc. En este punto, los mensajes a través de medios artísticos, musicales, o los expresados mediante caricaturas y humor, suelen gozar de mayor protección. En el análisis del contexto se examina cada palabra, intensidad de la expresión, imagen, lugar de éstas, etc.

- De igual modo, en el contexto se ubica la finalidad e intencionalidad del mensaje enjuiciado o factores como si se trataba de una respuesta a un mensaje anterior en sentido contrario, por ejemplo, en el marco de una polémica. La actitud del medio de comunicación puede expresar una voluntad positiva: ejemplo, la rápida rectificación de noticias, la variación de lo expresado posteriormente, antes o después de la demanda, etc.

- La posibilidad misma de haberse defendido respecto de lo informado y expresado puede ser tenida en cuenta.

- También es importante la actitud que haya tenido el personaje público respecto de su vida privada, puesto que puede producirse un voluntario “corrimiento del velo” y, por tanto, rebaja en la protección de estos derechos.

#### **D) LA NECESARIEDAD DE LA EXPRESIÓN EMPLEADA PARA SU FINALIDAD Y SU CONTRIBUCIÓN PARA LA FORMACIÓN DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE**

---

Este criterio, si no introducido en los parámetros anteriores, puede ser determinante. En ocasiones se hace referencia a la vinculación del mensaje enjuiciado con los elementos subjetivos y objetivos de la relevancia pública, en otras ocasiones, se trata de un criterio terminal para conceder finalmente la razón a uno de los litigantes.

De este modo, en los supuestos de libertades informativas, los “pasos” a seguir son esencialmente los antedichos, concluyéndose por el tribunal que sí que ha ejercido la libertad de que se trata dentro del ámbito constitucionalmente protegido, por lo que no se habrá vulnerado el derecho en juego.

## **5. “PASOS” ESPECÍFICOS A SEGUIR CON EL DERECHO DE IGUALDAD: EL JUICIO DE IGUALDAD**

*El valor, principio y derecho de igualdad resulta probablemente el que conlleva el más difícil tratamiento jurídico. Salvo mencionables excepciones (Rey Martínez o Giménez Gluck, por ejemplo), este derecho no ha merecido un correcto trato doctrinal y jurisprudencial, lo cual choca con su importancia social y la potencialidad de que todo tratamiento normativo diferente pudiera canalizarse bajo la perspectiva de la igualdad. A continuación se detallan los “pasos” específicos que procede seguir cuando se trata de este singular derecho, el llamado juicio de igualdad. Siguiendo argumentativamente estos “pasos” se da respuesta a la cuestión de si el trato diferente es o no discriminatorio y, por tanto, inconstitucional.*

El análisis consiste observar situaciones jurídicas que sean comparables porque se entiende que son iguales y que, por ello, correspondería el mismo tratamiento jurídico. Al no recibir el mismo tratamiento jurídico, se da discriminación salvo que haya una justificación objetiva, razonable y proporcionada a dicho trato diferente. *Haciendo un paralelismo, consiste en determinar si la afección a este derecho es o no constitucional.*

*La complejidad de la igualdad procede de muchos factores, como el hecho de que toda norma confiere tratos diferentes. Muchos de los “pasos” generales son aplicables, por lo que debe partirse del manejo del análisis general para saltar a la especialidad del análisis de la discriminación.*

*El examen será tan variable en su intensidad y alcance que se hace imprescindible mencionar toda una serie de factores generales sobre el contenido del trato diferenciado, los medios por los que se opera y los sujetos implicados. Todos estos elementos condicionan el examen de igualdad.*

*En el caso de la igualdad, la determinación del objeto de análisis es más compleja que la determinación de la intervención en el caso de otros derechos. Se han de expresar los términos de comparación, que deben superar el –borroso- filtro de su idoneidad y homogeneidad.*

*La cuestión, si cabe, se hace más compleja en determinadas aspiraciones de igualdad (discriminación fuera de la ley, derecho a ser tratado desigualmente, que en principio hay que excluir del análisis).*

## **5. 1. Aproximación general al supuesto y los datos que revela**

Al igual que en los casos de los otros derechos fundamentales, es muy importante desde el inicio captar el contexto jurídico donde se produce el trato diferenciado a analizar. De hecho, a parte de estas especialidades, téngase en cuenta lo afirmado al respecto con relación a otros derechos fundamentales.

### **A) ¿ESTAMOS ANTE UNA DISCRIMINACIÓN DE LAS PROHIBIDAS O UNA ACCIÓN POSITIVA?**

Resulta especialmente importante identificar desde el inicio si el supuesto que se afronta recae en el ámbito de una discriminación de las especialmente prohibidas (*ex art. 14 y textos internacionales*). Está prohibido que el criterio de diferenciación jurídica recaiga en determinados factores, lo cual sólo excepcionalmente se admite. Por ello, las consecuencias de que se trate o no de una de estas especiales discriminaciones son muy importantes para todo el análisis, a saber:

- Será prácticamente indiferente el origen público o privado de la norma, actuación, política o tratamiento discriminador, habrán de seguirse los “pasos”. De hecho, se persigue estas discriminaciones específicamente en ámbitos como el laboral.

- Si es una discriminación prohibida no se exige –especialmente ante discriminaciones indirectas- la aportación de un término de comparación y la demostración de que éste es idóneo.

- “el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación” (entre otras muchas, sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7). De este modo, la aplicación de estos “pasos” siguientes deben hacerse de forma más rigurosa.

- Se presume que sí que hay una discriminación, por lo que “la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma” (sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2). Por ello, se da un efecto procesal de inversión de la carga de la prueba, por lo que el acusado de discriminar tiene que probar que no lo ha hecho.

- También, respecto de estas discriminaciones prohibidas (especialmente en materia de sexo) se aplica la categoría de las discriminaciones indirectas y encubiertas, con un tratamiento jurídico más específico y complejo que luego se sigue.

Hay que advertir desde un inicio que si no nos encontramos ante una discriminación prohibida, los “pasos” subsiguientes llegan a difuminarse, relativizarse, incluso a no seguirse.

A riesgo de omitir alguna, de la observancia del artículo 14, los tratados internacionales y la doctrina constitucional, las discriminaciones especialmente prohibidas son sobre: “raza”, “origen racial o étnico”, “características genéticas”, “color”, “sexo”,

“idioma”, “religión o convicciones”, “opinión política o de cualquier otra índole”, “origen social”, “origen nacional”, “nacionalidad”, “pertenencia a una minoría nacional”, “posición económica”, “fortuna”, “patrimonio”, “nacimiento”, “filiación”, “lengua”, “discapacidad”, “edad”, “orientación sexual”. En todo caso, no se trata de una lista cerrada quedando a expensas de la jurisprudencia y nuevos tratados internacionales. La pertenencia del sujeto que reclama la discriminación a uno de estos colectivos puede ser una valiosa “pista” para abordar la cuestión desde esta especialidad.

Al mismo tiempo, cabe identificar desde un inicio si el trato diferente que se enjuicia puede ser producto de una acción positiva, una acción moderada de discriminación positiva o discriminación inversa. Se tratará de medidas en las que el factor diferenciador es uno de los prohibidos pero puede percibirse –al menos a priori- que la medida tiene la finalidad de beneficiar a uno de estos colectivos. Si se trata de una de estas acciones, como se dirá, el análisis se limita al test de la proporcionalidad, puesto que la justificación objetiva y razonable va de suyo en el mismo artículo 14 CE.

## **B) LOS SUJETOS IMPLICADOS EN EL TRATO DIFERENCIADO**

---

### ***b. 1. Desde la perspectiva de quienes sufren el trato diferenciado***

La presencia en el supuesto de un sujeto perteneciente a los colectivos tradicionalmente discriminados mencionados puede poner sobre la *pista* de la existencia de una discriminación de las prohibidas, aun en el caso de que el trato jurídico que se analiza no tenga en cuenta este factor y sea aparentemente aséptico. Puede darse una discriminación indirecta o encubierta.

Asimismo, si los sujetos afectados son típicamente vinculables a un derecho fundamental (partidos, asociaciones, sindicatos, profesores, centros educativos, alumnos o sus padres, etc.) es bien posible que nos encontremos ante una posible discriminación vinculada a un derecho fundamental. Recuérdese que en este caso, se aplicará un canon de control estricto.

### ***b. 2. Desde la naturaleza del sujeto que origina el trato diferenciado***

#### ***1) Tratos diferenciados por sujetos privados***

Pese a la complejidad del tema, puede decirse con claridad que sí que se exige la igualdad en el ámbito privado cuando concurren prohibiciones específicas de discriminación (sexo, raza, etc.). Asimismo, cuando el trato diferenciado se vincule con otro derecho fundamental, también será claramente exigible la prohibición de discriminar.

Por el contrario y en general, otros los tratos diferenciados, no quedarán sometidos al juicio de igualdad. Cabe tener en cuenta que la libertad de empresa (art. 38) o la especial cobertura constitucional de diversas organizaciones (partidos, asociaciones, sindicatos, confesiones religiosas, instituciones docentes, etc.) refuerzan la posibilidad de decisión y, por tanto, establecer tratos diferenciados, cuanto menos, que no afecten a las discriminaciones prohibidas. En su caso y en general, la autonomía individual (de difícil encaje constitucional –art. 1.1, art. 10. 1 CE) dan esta protección a la diferenciación. En todo caso, cobrará especial importancia lo legislado al respecto en cada ámbito (regulación laboral, mercantil, civil, de asociaciones, etc.). Destaca particularmente el ámbito laboral, por cuanto “El Derecho laboral se constituye como un ordenamiento compensador e



igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales” (STC 3/1983, FJ 3º).

## **2) Tratos diferenciados en el ámbito de lo público**

Respecto de los tratos diferenciados en el ámbito de lo público, el punto de partida es la exigencia general de no discriminación, en todos los casos. No obstante, cabe señalar algunos sectores en los que están más permitidos y dotados de cierta cobertura:

- la independencia judicial (art. 117 y 24 CE) hace muy difícil la consideración de desigualdad en la aplicación de la ley, sólo en supuestos muy concretos;

- por el contrario sí que se exige con mayor severidad la igualdad en la aplicación de la ley cuando se trata de la Administración.

-La potestad de auto organización de las Administraciones (art. 103 CE) da general abrigo a la generación de múltiples tratos diferenciados respecto del personal de las administraciones, en tanto se trata de categorías y nociones creadas de forma abstracta.

- El reconocimiento de diversos poderes en el Estado, con diversos niveles de autonomía (arts. 2, 27, 10, 103, 137, 140, así como los órganos constitucionales), suelen dar soporte general al establecimiento de diferentes tratamientos jurídicos.

Del lado contrario, algunos elementos complementan o refuerzan la exigencia de igualdad: la no arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9. 3º CE), la igualdad en acceso a cargos y funciones públicas (art. 23. 2º CE) bajo criterios de mérito y capacidad (art. 103 CE), igualdad y progresividad en sostenimiento de gastos públicos (art. 31. 1º), la igualdad jurídica en el matrimonio (art. 32. 1º CE), en la filiación (art. 39. 2º CE), igualdad del sufragio (ex arts. 23. 1º, 68.1º, 69. 1º y 140 CE), así como, entre otros, los artículos 139 y 149. 1.º. 1ª CE vienen a reconocer el carácter estatal de la igualdad en el marco de la descentralización autonómica y local.

## **3) Terrenos intermedios**

Las grandes organizaciones privadas, como las figuras de la *huída del Derecho administrativo*, suelen quedar en un terreno intermedio respecto de la exigencia y eficacia de la igualdad.

El factor económico suele ser importante para la mayor intensidad en la exigencia de no discriminación. Así, por ejemplo, hay mayor requerimiento de no discriminación cuando se trata de beneficiarios de subvenciones y otros fondos públicos y la importancia de éstos.

También la obligación de no discriminar se puede hacer también más intensa cuando se trata de organizaciones con relevancia constitucional, como asociaciones, partidos, sindicatos, colegios profesionales, etc. aun a pesar que se les reconozca un poder de decisión –y establecimiento de tratamientos diferentes- mayor.

### **C) EL MEDIO POR EL QUE SE ESTABLECE EL TRATO JURÍDICO DIFERENTE**

Los tratamientos diferenciadores, por lo general serán “directos” o “patentes”, si bien, como se concretará, es posible la existencia de particulares tratamientos diferenciados “indirectos” o “encubiertos”. Unos y otros pueden vehicularse por múltiples vías. El origen y naturaleza de la medida que constituye el trato diferenciador es muy importante, el mismo va a determinar la intensidad del juicio de igualdad, así como es fundamental su fijación para la concreción de las vías por las que atacar dicho acto o actuación.

A diferencia de las intervenciones en derechos fundamentales, no es requisito que el trato diferente esté establecido por una ley o mediando cobertura de ésta.

En el caso de los poderes públicos, debe discernirse si el trato diferenciado de que se trata procede de la norma (ley, reglamento, etc.) que da cobertura a la actuación o de su interpretación y aplicación concreta por el aplicador de la norma (actos y actuaciones administrativas y judiciales, etc.). Respecto de las discriminaciones procedentes del ámbito privado, cabe estar a lo dicho por cuanto a los sujetos, con el recordatorio general de que se examina cualquier tipo de tratamiento diferenciador respecto de los colectivos discriminados, especialmente el sexo.

### ***b. 3. Igualdad “en” las normas***

Las normas deben respetar la igualdad *en* la ley ( “ley” hace referencia a todo tipo de disposición general). Como la función de las normas es atribuir efectos jurídicos diferentes a las situaciones jurídicas que crean, *en teoría, toda norma podría quedar sometida al juicio de igualdad*. Cuando el medio diferenciador sean normas, hay que tener en cuenta:

- Si se trata de una ley y no hablamos de discriminaciones especialmente prohibidas (sexo, raza, etc.) o diferenciaciones vinculadas a otros derechos fundamentales, se debilita mucho la posibilidad de que haya discriminación. En estos supuestos, el análisis de los “pasos”, si es que se da, casi se ciñe a que la razón de ser del trato diferenciado y su finalidad no sean contrarios a la Constitución o manifiestamente irrazonables.

- Si el trato diferente lo establece una norma infralegal, obviamente habrá que observar aspectos “formales”: si la norma cumple el principio de jerarquía, de reserva de ley, etc. El control del contenido se incrementa respecto de una ley, y es variable –sin reglas fijas- y en razón de la jerarquía y naturaleza de ésta y la más o menos directa legitimidad democrática de quien la aprueba.

### ***b. 4. Igualdad en los actos de aplicación de normas***

La posible discriminación puede proceder de actos en aplicación de la ley por los distintos poderes públicos (tribunales, administraciones, etc.), incluso cualquier actuación administrativa.

El *juicio de igualdad respecto de los mismos será más intenso* más amplio que si se trata de normas, donde se reconoce un mayor poder de discrecionalidad y decisión política o administrativa. La tipología de actos o actuaciones a examinar es del todo variada. Debe tenerse en cuenta lo dicho respecto de los sujetos y especialmente, cabe recordar las importantes barreras para considerar discriminatorias las resoluciones judiciales.

Dado que atraen muchas quejas de igualdad, hay que advertir que las resoluciones de *convocatoria de subvenciones o de concursos y oposiciones*, como actos de aplicación general, deben ser impugnados de forma directa al momento de su publicación y en el plazo que corresponda (arts. 26 y 46 Ley 29/1998). Las resoluciones ulteriores de concesión, aprobación, atribución de plazas, etc. serán impugnables, pero no cabrá la reclamación frente a lo dispuesto en la convocatoria, que se entenderá aceptadas. No se admitirían estas quejas como recurso indirecto.

## **5. 2. Fijación y admisión concreta del objeto de análisis**

### **A) EXPRESIÓN CONCRETA DE LOS TÉRMINOS DE COMPARACIÓN**

---

La igualdad tiene un claro carácter relacional, es decir, supone el derecho subjetivo a no recibir un trato no discriminatorio respecto de un bien o derecho concreto. Por ello, la reclamación de igualdad, por definición, es siempre “respecto de”. Según se ha dicho, el juicio de igualdad consiste en comparar situaciones jurídicas que sean comparables por

cuanto que se entiende que son iguales; al serlo, les correspondería el mismo tratamiento jurídico. Al no recibir el mismo tratamiento jurídico, se da discriminación salvo que haya una justificación objetiva, razonable y proporcionada a dicho trato diferente. Como consecuencia, quienquiera que aspire a un análisis de igualdad *debe aportar los términos de comparación y demostrar que son iguales*.

Para ello, y a fin de un buen planteamiento del análisis hay que determinar claramente las situaciones jurídicas a contrastar, es decir, hay que fijar y expresar los términos de comparación. Ello se consigue con la *descripción precisa y jurídica de la situación concreta en que queda de quien se considera discriminado*.

Fijada la situación jurídica de quien se considera discriminado, hay que *concretar cuál es la situación jurídica con la que se pretende comparar*. Así, hay que acudir al conjunto normativo de que se trate, la actuación o aplicación del Derecho judicial o administrativa. Esta situación jurídica con la que comparar en ocasiones viene determinada por la norma expresamente (Ej.: se regula expresamente el régimen jurídico de “X” y también el de “Y”; o la administración reconoce una pensión a unos sujetos y otra pensión a otros sujetos, o la empresa da las vacaciones en junio a determinados sujetos y en agosto a otros sujetos, etc.). En muchas otras ocasiones, la situación jurídica viene por exclusión (a “X” se le regula un régimen especial, diferente del resto; a uno se reconoce pensión, al resto no; unos tienen vacaciones, otros no, etc.).

No siempre es sencillo concretar las relaciones jurídicas y fijar los términos de comparación, incluso el supuesto puede presentar puntos de referencia múltiples (ejemplo: trato diferente entre funcionarios militares de diversas categorías y de éstos respecto de los funcionarios no militares).

La no determinación clara de los términos y situaciones jurídicas a comparar es decisiva para su admisión.

## **B) COMPROBACIÓN DE LA IDONEIDAD Y HOMOGENEIDAD DE LOS TÉRMINOS DE COMPARACIÓN**

Según se ha dicho, si las situaciones no son iguales, no procede tratarlas de forma igual, en cambio, si son iguales sí que procedería el mismo tratamiento jurídico, salvo que existieran una justificación objetiva y razonable y se diese proporcionalidad. De ahí que una vez fijadas las situaciones subjetivas a comparar, para determinar si son iguales se requiere que éstas “sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso” (Sentencias 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

Posiblemente éste sea el filtro más importante y menos claro doctrinal y jurisprudencialmente. Para este juicio, hay que entrar en la naturaleza y caracterización jurídica de las situaciones jurídicas a comparar y establecer suficientes paralelismos estructurales (sujetos, objetos, ámbito jurídico de actuación, sector material de actuación, finalidades de las normas, contexto jurídico próximo, etc.) para concluir que sí que hay identidad de situaciones que llevara a pensar a su igual tratamiento jurídico.

- Cuando se trata de discriminaciones especialmente prohibidas, el control de esta idoneidad de términos de comparación puede ser algo más laxo, incluso puede no exigirse. En este sentido, especialmente para el caso de discriminaciones indirectas, dice el Tribunal Constitucional que “no resulta en todo caso necesario aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos los términos de comparación, lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 C.E.” (sentencia 240/1999, FJ 6º).

- Puede también predicarse una laxitud en el control de la idoneidad del término de comparación cuando la cuestión se vincula a otros derechos fundamentales (discriminación sindical, asociativa, estudiantil, en el acceso a la función pública, etc.).

- De otra parte, en los sectores en los que la Constitución faculta un mayor ámbito de discrecionalidad público o privado (autoorganización, autonomía, independencia judicial, libertad de empresa, etc.) este filtro puede ser más severo y servir para eludir el análisis de la cuestión.

### C) ALGUNOS SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA PROTECCIÓN DE LA IGUALDAD (DELIMITACIÓN)

---

#### ***c. 1. La Constitución prohíbe la discriminación “ante la ley”, no fuera de la ley***

En virtud de esta afirmación (sentencias 37 y 43 de 1982), se excluye del análisis de igualdad los tratamientos diferentes fuera de la ley. La explicación es obvia: no se puede pretender el derecho a recibir un tratamiento contrario a la ley. En la práctica, esto salva el análisis desde la igualdad de muchos supuestos (ejemplo: a mí me multan por ir a 135 Km./h, pero no a diez coches que circulaban a la misma velocidad al lado mío; no me conceden una subvención por no cumplir los requisitos, mi amigo que los incumple igualmente y se la han concedido). Pese a que el sentimiento de igualdad pueda comprenderse, la reacción frente a estas situaciones habrá de canalizarse por otras vías que ahora no corresponden (arbitrariedad –art. 9.3 CE-, desvío de poder –art. 106 CE, etc.).

#### ***c. 2. El derecho a la igualdad no incluye un derecho a ser tratado de forma diferente, en teoría***

Procede recordar lo dicho en sentencia 181/2000 (FJ 14º):

“es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato (sentencia 114/1995, de 6 de julio, FJ 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe «ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (sentencia 16/1994, de 20 de enero, FJ 5), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada «discriminación por indiferenciación» (sentencia 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5). En definitiva, «el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación» (sentencia 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 7)”.

Lo anterior sirve para exceptuar del tratamiento desde la igualdad muchos requerimientos o aspiraciones.

Ahora bien, la cuestión no es en modo alguno clara por varios motivos:

- El TEDH sí que ha reconocido para salvar el derecho de igualdad la necesidad de una regulación diferente en algún caso concreto. Ello ya es motivo para poner en duda esta doctrina reiterada.

- La aspiración de recibir un trato específico puede venir de la mano de la comparación con otro colectivo que sí que reciba ese trato específico, considerándose discriminado respecto de aquél. (Por ejemplo, el hombre y las mujeres no trabajadoras no perciben algunos beneficios de la maternidad. La mujer no trabajadora puede considerarse discriminada respecto de la mujer sí trabajadora, de lograr su objetivo, habría hecho efectivo -en cierto modo- un derecho al trato diferenciado).

- En el caso de las discriminaciones indirectas, como más adelante se observa, se cuestiona como discriminatorio un trato aparentemente neutro, que no hace referencia alguna al colectivo específico que se siente discriminado. Este trato aparentemente neutro

será discriminatorio si de su aplicación derivaría una desventaja para dicho colectivo específico. Pues bien, visto de otra manera, la discriminación indirecta lo es por indiferenciación, puesto que el tratamiento neutro es discriminatorio por no distinguir al colectivo discriminado y prever los efectos perniciosos que generará su aplicación en la práctica. Así visto, tampoco se cumpliría que la igualdad no implique un derecho al trato desigual.

### 5. 3. Análisis de si el trato diferenciado es discriminatorio: el juicio de igualdad

Procede recordar lo afirmado por el Tribunal Constitucional siguiendo doctrina del TEDH<sup>9</sup>:

“Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”<sup>10</sup>.

Sobre esta base, cabe remitir a todo lo afirmado respecto del “Juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia” para los demás derechos fundamentales, si bien, con algunas particularidades:

- Salvo que se trate de discriminaciones prohibidas o vinculadas con un derecho fundamental, el análisis de admisibilidad se hace muy laxo en general. Si el trato diferenciado procede del legislador, la exigencia de razonabilidad y justificación del trato diferenciado es mínima y desaparece -o casi- el análisis de la proporcionalidad.

- La diferencia de trato no tiene porqué estar establecida por una ley (a diferencia de las injerencias en los otros derechos fundamentales).

- *Basta con que la finalidad del trato diferente no sea contraria a la Constitución*, esto es, no hace falta radicarla en la Constitución<sup>11</sup>.

- En muchos casos las diferencias de trato encuentran soporte expreso en la Constitución. Es especialmente habitual la apoyatura general en el artículo 9. 2º CE así como en los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 CE y ss.). Así se hace respecto de muchas políticas y normativa generales y particulares, así en el Derecho de familia, laboral, de consumo, etc. Esto también sucede en las llamadas medidas de

<sup>9</sup> Establecida desde sus primeras sentencias, como en la sentencia de 23 de julio de 1968 (caso régimen lingüístico belga) “La igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable [primero]. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas [segundo]. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 [que consagra el principio de igualdad] se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [tercero]”.

<sup>10</sup> Sentencias 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas, la cita, de la sentencia, 200/2001, FJ 4º.

<sup>11</sup> En este sentido, particularmente, GARCÍA MORILLO, Joaquín, “La cláusula general de igualdad”, en LÓPEZ GUERRA, Luis (coord.), *Derecho Constitucional*, (Vol. I), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 159-180.

igualación positiva de determinados ciudadanos (becas por bajos ingresos, progresividad del Impuesto de la Renta, etc.).

## 5. 4. Especificidades en las “discriminaciones” positivas y las discriminaciones indirectas o encubiertas

### A) ALGUNAS PARTICULARIDADES EN LAS “DISCRIMINACIONES” POSITIVAS

Un trato diferente si es inconstitucional es una discriminación, por lo que *debería evitarse la terminología “discriminación” positiva* para describir tratos diferentes sí constitucionales. En todo caso, hay que ser conscientes de la generalización de su uso, si bien, la ley de igualdad de 2007 hace referencia a “acciones positivas” (art. 11). Respecto de las acciones (o “discriminaciones”) positivas o de discriminación inversa, es posible hacer mención de algunas especialidades en su análisis. Como inicio, resulta útil señalar la reciente regulación legal para el ámbito de género en el artículo 11 de la Ley 3/2007:

“Artículo 11. Acciones positivas.

1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley.”

- Como se dijo, se reconocen porque *-en teoría- benefician al colectivo especialmente discriminado*, por lo que *-en principio-* la queja provendrá de los colectivos no tradicionalmente discriminados (hombres, blancos, nacionales, católicos, heterosexuales, etc.) que serán los que no disfrutaban de las ventajas que conceden estos tratos favorables. Sin perjuicio de lo anterior, en razón del Derecho comunitario, cada vez es más habitual la formulación aséptica de cuotas o ventajas respecto de “sexo” o “raza” menos representados, etc.

- Estas medidas encuentran apoyo en el mismo artículo 14 CE vinculado especialmente al artículo 9. 2 CE. Y afirma el Tribunal Constitucional que esta conexión conlleva :

“que *no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento*, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (sentencia 216/1991, FJ 5º).

En esta línea, artículos como el II-83 de la malograda Constitución europea afirman que “*El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.*”

En todo caso, no hay, en modo alguno, *carta blanca* a toda acción positiva, sino que su constitucionalidad debe ser analizada. En todo caso, la *tendencia general favorable a las mismas es clara*.

- En principio, *el análisis de su constitucionalidad queda reducido al test de la proporcionalidad*, puesto que la justificación objetiva y razonable va de suyo en el mismo artículo 14 CE combinado con el artículo 9. 2 CE. Así las cosas, *el examen se concentra en los parámetros de idoneidad, necesidad-alternatividad y proporcionalidad en sentido estricto*.

- No es sencillo distinguir cuándo una medida a priori beneficiosa para el colectivo ha de considerarse discriminatoria por paternalista y proteccionista, puesto que hay medidas “que aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina.” (sentencia 128/1987). Se trata de supuestos “que pueda[n] suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares” (sentencia 128/1997, por ejemplo). Toda acción positiva puede ser siempre acusada de estos déficits, sin que esté en modo alguno clara la *delgada línea roja* que separa la medida de ser o no constitucional.

- Como rasgo distintivo, *las medidas positivas más conflictivas suelen ser las que establecen cuotas* para el acceso a servicios, bienes, ejercicios de derechos, etc., puesto que se consideran más agresivas.

## B) EL TRATAMIENTO ESPECÍFICO DE LAS DISCRIMINACIONES INDIRECTAS O ENCUBIERTAS

Como se ha adelantado, lo habitual son los tratos diferentes “directos” o “patentes”, en tanto en cuanto la norma, el acto de aplicación o el tratamiento en general, configura con cierta claridad situaciones jurídicas diferenciadas. No obstante, cabe seguir el concepto – inicialmente jurisprudencial- de las discriminaciones “indirectas”: “aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”<sup>12</sup>. El concepto se ha trasladado a algunas leyes<sup>13</sup>, más allá del sexo<sup>14</sup> y en el ámbito de discriminación racial se funde con la idea de discriminación “encubierta”<sup>15</sup>.

En todos los casos, estamos ante *categorías que vinculan inusualmente el Derecho con la realidad*, lo cual, todo sea dicho, no permite un tratamiento jurídico muy depurado.

En estos supuestos:

---

<sup>12</sup> Sentencia 198/1996, FJ 2º). Con especial importancia, la jurisprudencia del TJCE, por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötöl o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

<sup>13</sup> Así, respecto de la igualdad de sexo, en el artículo 6. 2º de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: “Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.”

<sup>14</sup> También, aunque con escasa precisión, en la Ley orgánica 4/2000 de extranjería, en su artículo 23 sobre actos discriminatorios, letra e): “Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.” Cabe tener en cuenta, por ejemplo, la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2.000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>15</sup> Por ejemplo, en la sentencia 13/2001, FJ 8º: “hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo.”

- Quien invoca la discriminación ha de pertenecer a un colectivo tradicionalmente discriminado (habitualmente, sexo femenino). (Sentencia 240/1999, FJ 6º).

- El reclamante señalará como causa de la discriminación cualquier tratamiento público o privado en el que no se observa referencia directa al colectivo que se dice discriminado, sino que se tratará de medidas formalmente neutras, sin referencia como destinatarios a colectivos especialmente prohibidos.

- La alegación del demandante ha de girar en torno a los efectos reales que derivan o pueden derivar de tal medida, en razón de las particularidades del contexto en el que se proyectan.

- Argumentada la existencia de una discriminación indirecta o encubierta, y bajo apariencia de cierta razonabilidad del alegato, no hay que aportar término de comparación (sentencia 240/1999, FJ 6º).

- La argumentación y el juicio de si se da efectivamente discriminación se centra en datos estadísticos, de la realidad, de las circunstancias concretas del caso, etc. Quien decida “no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.» (sentencia 145/1991, fundamento jurídico 2.).

- Para este enjuiciamiento, los datos estadísticos serán soportes fundamentales. Es discutible el ámbito al que han de hacer referencia tales estadísticas (todo el Estado, ámbito de proyección de la medida, sectores específicos, etc.) (sentencia 128/1987, FJ 6º, sobre el tema, véase el voto particular a la sentencia 240/1999).

- En supuestos concretos –discriminaciones encubiertas- habrá que examinar los particulares datos del contexto y circunstancias, para observar si el factor prohibido (raza, sexo, etc.) fue tomado en consideración para adoptar el tratamiento diferente analizado (sentencia 13/2001, FJ 9º).