

Versión previa imprenta, para [www.cotino.net](http://www.cotino.net)  
original publicado por Universidad de Valencia, 2007  
ÍNDICE INTERACTIVO, PULSE SOBRE EL EPÍGRAFE

**DERECHO CONSTITUCIONAL II**  
**DERECHOS FUNDAMENTALES**  
**MATERIALES DOCENTES DE INNOVACIÓN EDUCATIVA**

**LORENZO COTINO HUESO**  
*Profesor titular de Derecho constitucional*  
*Universidad de Valencia*



## **CONTENIDO GENERAL**

---

<i>Primero. Presentación. La asignatura y las finalidades esenciales a que responden estos materiales docentes.....</i>	<i>15</i>
<i>Segundo. Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: “pasos” a seguir .....</i>	<i>23</i>
<i>Tercero. Fuentes y garantías normativas de los derechos fundamentales .....</i>	<i>61</i>
<i>Cuarto. Ámbitos particulares de eficacia de los derechos .....</i>	<i>97</i>
<i>Quinto. Titularidad de los derechos fundamentales .....</i>	<i>113</i>
<i>Sexto. Garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales.....</i>	<i>135</i>
<i>Séptimo. Derechos del artículo 15.....</i>	<i>175</i>
<i>Octavo. Los derechos del artículo 18.....</i>	<i>211</i>
<i>Noveno. Libertades informativas.....</i>	<i>263</i>
<i>Décimo. Otras libertades públicas .....</i>	<i>307</i>
<i>Undécimo. Derecho a la educación y libertades de la enseñanza.....</i>	<i>357</i>
<i>Duodécimo. Libertad personal y de circulación.....</i>	<i>387</i>
<i>Décimotercero. Garantías de los artículos 24 y 25.....</i>	<i>417</i>
<i>Décimocuarto. Igualdad.....</i>	<i>431</i>
<i>Décimoquinto. Principios rectores y su protección como derechos fundamentales .....</i>	<i>465</i>
<i>Décimosexto. Prácticas del curso.....</i>	<i>473</i>
<i>Decimoséptimo. Preguntas de examen (orientativas) .....</i>	<i>501</i>
<i>Décimooctavo. Bibliografía y recursos seleccionados.....</i>	<i>519</i>



## ÍNDICE DETALLADO

### **PRIMERO. PRESENTACIÓN. LA ASIGNATURA Y LAS FINALIDADES ESENCIALES A QUE RESPONDEN ESTOS MATERIALES DOCENTES ..... 15**

1. PRESENTACIÓN. UNOS MATERIALES ADECUADOS A LAS EXIGENCIAS DE LA INNOVACIÓN EDUCATIVA Y A LA PARTICULARIDAD DEL DERECHO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	15
1. 1. <i>El alumno debe habituarse a trabajar con materiales normativos y jurisprudenciales, si bien, seleccionados y preparados</i> .....	15
1. 2. <i>La “inmersión” en la particular metodología y fuentes del Derecho de los derechos fundamentales: la habituación en el razonamiento de los “pasos”</i> .....	16
1. 3. <i>La especial importancia concedida al manejo de categorías generales y a las vías de protección de los derechos fundamentales</i> .....	17
1. 4. <i>Líneas generales de estos contenidos y especial referencia a sus lagunas</i> .....	18
2. OBJETIVOS GENERALES: CAPACIDADES, DESTREZAS Y HABILIDADES A ADQUIRIR POR EL ALUMNO.....	19
2. 1. <i>Objetivos y capacidades a desarrollar</i> .....	19
2. 2. <i>Destrezas</i> .....	20
2. 3. <i>Habilidades sociales</i> .....	21
3. METODOLOGÍA DEL CURSO .....	21

### **SEGÜNDO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES: “PASOS” A SEGUIR..... 23**

1. INTRODUCCIÓN.....	23
1. 1. <i>La importancia del método y necesarias advertencias para su seguimiento</i> .....	23
1. 2. <i>Vocación y conveniencia de un tratamiento propiamente jurídico</i> .....	24
1. 3. <i>Resumen de los “pasos” de resolución de supuestos de derechos fundamentales</i> .....	25
2. MÉTODO GENERAL, “PASOS” A SEGUIR .....	27
2. 1. <i>La determinación del objeto de análisis: contextualización, determinación de injerencias, sujetos y derechos afectados</i> .....	27
A) Aproximación general al supuesto desde los sujetos intervinientes .....	27
a. 1. <i>Sujetos que sufren la intervención de sus derechos</i> .....	28
a. 2. <i>Sujetos que causan la restricción del derecho</i> .....	28
B) Identificación o reconocimiento de la injerencia o injerencias.....	29
C) Determinación del derecho o derechos afectados respecto de cada intervención a analizar y la naturaleza de éstos (incluye su “delimitación”).....	30
c. 1. <i>Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado</i> .....	30
c. 2. <i>Concreción del derecho afectado mediante su delimitación y su localización constitucional</i> .....	31
c. 3. <i>Concreción, en su caso, de la facultad afectada del derecho determinado</i> .....	32
c. 4. <i>El excepcional caso del derecho a no sufrir torturas</i> .....	33
c. 5. <i>Situaciones de conexidad de ciertas aspiraciones y derechos no fundamentales con el contenido de un derecho fundamental</i> .....	33
c. 6. <i>Situaciones de concurrencia de derechos afectados y criterio de especialidad</i> .....	33
2. 2. <i>Juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia</i> .....	34
A) <i>Estos “pasos” se exigen por los tribunales e incluso por normas</i> .....	34
B) <i>La restricción concreta ha de venir establecida o tener base en una norma de rango legal</i> .....	36
C) <i>Justificación constitucional, objetiva y razonable, necesaria en una sociedad democrática</i> .....	37
c. 1. <i>Fijación de la razón o razones de ser reales de la medida restrictiva</i> .....	37
c. 2. <i>La razón de ser de la restricción debe vincularse a una finalidad legítima localizable en la Constitución</i> .....	37
c. 3. <i>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</i> .....	38

c. 4. Razonabilidad de la restricción y admisibilidad para la “sociedad democrática” .....	39
D) El test de la proporcionalidad, su variable intensidad y la exigencia de su expresión en la motivación de la medida restrictiva .....	40
d. 1. Test de proporcionalidad .....	40
d. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia .....	41
d. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad) .....	42
d. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto .....	42
d. 5. La intensidad de la exigencia del cumplimiento de los parámetros y de su explicitación .....	43
1) La importancia del origen y naturaleza de la medida restrictiva .....	43
2) La variación del rigor del juicio según el derecho de que se trate .....	44
E) El requisito final, límite de los límites: ¿se respeta el contenido esencial? .....	44
3. LA PONDERACIÓN EN EL SUPUESTO ESPECIAL DE LA COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	45
4. “PASOS” ESPECÍFICOS EN LOS CONFLICTOS DE LIBERTADES INFORMATIVAS .....	45
4. 1. <i>Delimitación de si nos encontramos o no ante el ejercicio de las libertades informativas</i> .....	46
4. 2. <i>Parámetros a seguir en la ponderación</i> .....	47
A) La relevancia e interés público de lo informado o expresado .....	47
B) Relevancia desde el punto de vista subjetivo: el personaje público .....	47
C) El contexto .....	47
D) La necesidad de la expresión empleada para su finalidad y su contribución para la formación de la opinión pública libre .....	48
5. “PASOS” ESPECÍFICOS A SEGUIR CON EL DERECHO DE IGUALDAD: EL JUICIO DE IGUALDAD .....	48
5. 1. <i>Aproximación general al supuesto y los datos que revela</i> .....	49
A) ¿Estamos ante una discriminación de las prohibidas o una acción positiva? .....	49
B) Los sujetos implicados en el trato diferenciado .....	50
b. 1. Desde la perspectiva de quienes sufren el trato diferenciado .....	50
b. 2. Desde la naturaleza del sujeto que origina el trato diferenciado .....	50
1) Tratos diferenciados por sujetos privados .....	50
2) Tratos diferenciados en el ámbito de lo público .....	51
3) Terrenos intermedios .....	51
C) El medio por el que se establece el trato jurídico diferente .....	52
b. 3. Igualdad “en” las normas .....	52
b. 4. Igualdad en los actos de aplicación de normas .....	52
5. 2. <i>Fijación y admisión concreta del objeto de análisis</i> .....	53
A) Expresión concreta de los términos de comparación .....	53
B) Comprobación de la idoneidad y homogeneidad de los términos de comparación .....	54
C) Algunos supuestos excluidos de la protección de la igualdad (delimitación) .....	54
c. 1. La Constitución prohíbe la discriminación “ante la ley”, no fuera de la ley .....	54
c. 2. El derecho a la igualdad no incluye un derecho a ser tratado de forma diferente, en teoría .....	55
5. 3. <i>Análisis de si el trato diferenciado es discriminatorio: el juicio de igualdad</i> .....	55
5. 4. <i>Especificidades en las “discriminaciones” positivas y las discriminaciones indirectas o encubiertas</i> .....	56
A) Algunas particularidades en las “discriminaciones” positivas .....	56
B) El tratamiento específico de las discriminaciones indirectas o encubiertas .....	58
<b>TERCERO. FUENTES Y GARANTÍAS NORMATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</b> .....	<b>61</b>
1. FUENTES SUPRANACIONALES .....	62
1. 1. <i>Consejo de Europa: CEDH y otros instrumentos</i> .....	62
A) Sobre el CEDH .....	63

B) Breve referencia de los Protocolos .....	64
C) Otros instrumentos de interés .....	64
c. 1. Convenio para la Prevención de la Tortura .....	64
c. 2. El Convenio Marco para la Protección de las Minorías .....	65
c. 3. Carta Social Europea .....	66
1. 2. Unión Europea y derechos fundamentales .....	67
A) Tratado de la Unión.....	67
B) Tratado constitucional (Constitución Europea, no vigente) .....	67
C) Protocolo nº 32 relativo a la adhesión de la Unión al CEDH .....	69
2. INTEGRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DEL DERECHO SUPRANACIONAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....	70
2. 1. Sentencia 36/1991, de 14 de febrero, significado del artículo 10. 2º CE (contenido del derecho en Tratado, pasa a contenido constitucional).....	71
2. 2. Sentencia 28/1991, de 14 de febrero, distinción art. 96 y 10.2, “perfil exacto” ...	71
2. 3. Sentencia 36/1984, FJ 3º, artículo 10. 2º reenvía a la interpretación del CEDH por el TEDH .....	72
2. 4. Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, Tratados internacionales en principio no podrían ampliar límites, pero se dio un caso con la “moral” .....	72
2. 5. Articulación Carta derechos fundamentales Constitución europea y Constitución española (Dictamen Tribunal Constitucional 2004) .....	73
2. 6. Sentencia 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, posibilidad de fiscalizar actos de aplicación de Derecho comunitario vs. derechos fundamentales .....	76
3. ALGUNOS CONCEPTOS PREVIOS Y REQUISITOS FRENTE A LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	77
3. 1. Expresión de la normatividad de los derechos en la LOPJ.....	77
3. 2. Normatividad de derechos fundamentales e interposición legislativa .....	78
A) Sentencia 15/1982, de 23 de abril .....	78
B) Sentencia 31/1994, de 31 de enero: derechos “secundarios” y necesaria acción legislativa .....	79
3. 3. Dimensión objetiva derechos y la acción normativa de los poderes públicos .....	80
3. 4. Concepto de “contenido esencial” (sentencia 11/1981, de 11 de abril).....	84
3. 5. Concepto de “garantías institucionales” (sentencia 16/2003, fj 8) .....	85
3. 6. La ley limitadora ha de respetar la seguridad jurídica y ser precisa (sentencia 292/2000, fj 15) .....	86
4. EL PAPEL LIMITADOR DE LA LEY Y GARANTÍAS FRENTE AL ESTABLECIMIENTO DE LÍMITES POR OTROS MEDIOS (SENTENCIA 292/2000) .....	87
5. RESERVAS DE LEY ORGÁNICA, ORDINARIA Y MATERIAS CONEXAS .....	88
5. 1. “Desarrollo” es la regulación de los “aspectos sustanciales” del derecho.....	88
5. 2. Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, significado de “desarrollo” (art. 81 CE) y por qué las leyes penales son orgánicas.....	89
5. 3. Sentencia 77/1985, de 27 de junio, “materias conexas” posibilidades de leyes y reglamentos (estatales o autonómicos) .....	90
6.. OTROS “REGULADORES” DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	91
6. 1. Capacidad de regulación de derechos fundamentales por las Comunidades Autónomas .....	91
6. 2. Decreto legislativo y Decreto-Ley.....	94
6. 4. Reglamento y derechos fundamentales.....	95
<b>CUARTO. ÁMBITOS PARTICULARES DE EFICACIA DE LOS DERECHOS.....</b>	<b>97</b>
1. EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES .....	97
1. 1. Doctrina general del Tribunal Constitucional fijada en el auto 382/1996 .....	98
1. 2. La excepción en libertades informativas: arrogación de una “fuerte” e intensa facultad de revisión de la ponderación de derechos efectuada por los tribunales .....	101

1. 3. El control de mínimos como regla general .....	102
1. 4. Teórico control de mínimos en el ámbito laboral (sentencia 188/2004, de 2 de noviembre, acoso laboral y libertad sindical) .....	103
1. 5. Las usuales fórmulas amplias en la regulación legal de los derechos en las relaciones particulares.....	104
2. EFICACIA DE LOS DERECHOS EN LAS LLAMADAS “RELACIONES DE ESPECIAL SUJECCIÓN” .....	105
2. 1. La necesidad de limitar derechos y libertades en orden al buen funcionamiento de la Administración.....	106
2. 2. Restricciones por el TEDH en ámbitos especiales de lo público.....	107
2. 3. La singular importancia de la categoría de las “relaciones de especial sujeción” .....	108
2. 4. La introducción de la noción de las relaciones de especial sujeción en España y la evolución del Tribunal Constitucional español .....	108
2. 5. A modo de conclusión: la necesidad de superar la categoría de las relaciones de especial sujeción .....	111
<b>QUINTO. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>113</b>
1. EXTRANJEROS .....	113
1. 1. Constitución .....	113
1. 2. Pautas generales a aplicar respecto derechos fundamentales extranjeros .....	114
1. 3. Derechos del extranjero según situación jurídica a partir de la Ley.....	115
1. 4. Ley orgánica 4/2000 (extractos).....	117
2. MENORES .....	121
2. 1. Los menores son titulares de derechos fundamentales (sentencia 141/2000) .....	121
2. 2. Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General De Las Naciones Unidas (extractos).....	122
2. 3. Legislación menor: reconocimiento de algunos derechos.....	124
2. 4. Regulación de la capacidad del menor en el ámbito civil, penal, administrativo y laboral.....	130
A) Civil .....	130
B) Penal .....	130
C) Administrativa .....	131
D) Laboral.....	131
3. PERSONAS JURÍDICAS .....	132
3. 1. Texto constitucional .....	132
3. 2. Construcción argumental de titularidad derechos fundamentales personas jurídicas privadas (sentencia 139/1995).....	132
<b>SEXTO. GARANTÍAS JURISDICCIONALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES .....</b>	<b>135</b>
1. GARANTÍAS NACIONALES .....	135
1. 1. Tribunal Constitucional, en especial, el recurso de amparo constitucional.....	135
A) Datos generales carga de trabajo últimos años y derechos alegados .....	135
B) Breve explicación del recurso de amparo .....	138
C) La reciente regulación (extractos).....	139
1. 2. Incidente de nulidad de actuaciones procesales en la LOPJ.....	142
1. 3. Referencia a la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	144
1. 4. Garantías de los derechos ante la actuación administrativa.....	146
A) Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .....	146
a. 1. Nulidad - anulabilidad.....	148

a. 2. Varios: actuación general de administración con afectación a derechos fundamentales.....	149
a. 3. Revisión por la propia Administración de actos que lesionen derechos.....	150
a. 4. Recursos y suspensión.....	151
a. 5. Responsabilidad Patrimonial.....	153
B) Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa	154
b. 1. Actividad administrativa impugnabile.....	156
b. 2. Plazos generales.....	157
b. 3. Pretensiones de las partes y alegatos.....	158
b. 4. Medidas cautelares.....	159
b. 5. Costas procesales.....	159
b. 6. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales ..	160
b. 7. Recursos posibles.....	161
1. 5. <i>Ámbito laboral: procedimiento especial de protección de derechos fundamentales</i>	162
.....	162
2. GARANTÍAS SUPRANACIONALES.....	165
2. 1. <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> .....	165
A) Algunas explicaciones sobre el TEDH.....	166
B) Elementos procesales ante el TEDH.....	167
C) Números de casos resueltos por el TEDH.....	168
D) Formulario de demanda ante el TEDH.....	170
2. 2. <i>Protección jurisdiccional de derechos fundamentales y Unión Europea</i> .....	171
A) Revisión jurisdiccional de decisiones y normas de la Comunidad Europea.....	172
a. 1. La vía del recurso directo.....	172
a. 2. La cuestión prejudicial.....	173
B) Revisión judicial en políticas de cooperación policial y en política exterior y de seguridad	173
.....	173
<b>SÉPTIMO. DERECHOS DEL ARTÍCULO 15.....</b>	<b>175</b>
1. SENTENCIA 120/1990, CASO HUELGA DE HAMBRE DE LOS GRAPO (VIDA, INTEGRIDAD, LÍMITES, ETC.).....	175
2. ABORTO, TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y ESTERILIZACIÓN.....	189
2. 1. <i>Sentencia TC 53/985, de 18 de mayo (aborto) dimensión objetiva-subjetiva</i> .....	189
2. 2. <i>Sentencia 116/1999, de 17 de junio (técnicas de reproducción asistida): alcance de la reserva de Ley orgánica</i> .....	195
2. 3. <i>Sentencia TC 215/1994, de 14 de julio (reproducción de los deficientes psíquicos): alternativa menos lesiva</i> .....	197
3. REGISTROS CORPORALES A PRESOS (CONCURRENCIA DE INTEGRIDAD E INTIMIDAD, CON RESULTADOS DIFERENTES). FINALIDAD LEGÍTIMA NO ES SUFICIENTE (SENTENCIA 57/1994).....	204
<b>OCTAVO. LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 18.....</b>	<b>211</b>
1. TEXTO CONSTITUCIONAL Y LECTURA A LA VISTA DE ALGUNOS TRATADOS.....	211
2. ALGUNAS GARANTÍAS ESPECÍFICAS.....	212
2. 1. <i>Código penal, intimidación, imagen, domicilio</i> .....	212
2. 2. <i>LECRIM y autorizaciones registros domiciliarios</i> .....	213
2. 3. <i>Jurisprudencia inviolabilidad domicilio</i> .....	214
A) Concepto de domicilio sentencia 10/2002.....	214
B) Titularidad por personas jurídicas, Sentencia 69/1999.....	220
C) Autorización judicial de registro domiciliario, sentencia 136/2000.....	221
2. 4. <i>Secreto y Autorizaciones de intervención en comunicaciones</i> .....	226
A) El concepto de secreto de comunicaciones por el Tribunal Constitucional.....	226
B) Conceptos en el ámbito de las telecomunicaciones.....	226
C) Garantía del secreto en las comunicaciones en la LECRIM.....	227

3. EL “NUEVO” DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, SENTENCIA 292/2000 .....	227
4. LEY ORGÁNICA 1/1982, DE PROTECCIÓN CIVIL DE DERECHOS DEL ARTÍCULO 18 CE .....	232
5. PROPIA IMAGEN.....	237
5. 1. <i>Propia imagen, sentencia 081/2001, caso Emilio Aragón, ejemplo de delimitación de derechos</i> .....	237
5. 2. <i>Un ejemplo claro del principio de proporcionalidad en una ley: Ley orgánica 4/1997, videocámaras en lugares públicos</i> .....	240
6. INTIMIDAD.....	241
6. 1. <i>Estatuto de los trabajadores, dignidad, derechos e intimidad</i> .....	241
6. 2. <i>Intimidad en el trabajo, sentencia 186/2000</i> .....	241
6. 3. <i>Intimidad en general, sentencia 115/2000 caso Isabel Preysler</i> .....	245
7. HONOR .....	251
7. 1. <i>Código penal, calumnia, injuria</i> .....	251
7. 2. <i>Sentencia 180/1999 Articulación del Prestigio profesional y el honor</i> .....	253
7. 3. <i>Sentencia 49/2001, caso J. M<sup>a</sup>. García- R. Mendoza. concepto y generalidades derecho honor, reglas de ponderación con libertades informativas</i> .....	256
<b>NOVENO. LIBERTADES INFORMATIVAS .....</b>	<b>263</b>
1. REFERENCIA DE NORMATIVA RELATIVA AL ARTÍCULO 20 CE.....	263
1. 1. <i>Índice de normativa</i> .....	263
1. 2. <i>Ley orgánica 2/1984, derecho de rectificación</i> .....	265
1. 3. <i>Ley orgánica 2/1997, cláusula de conciencia</i> .....	267
2. RECORDATORIO DE ALGUNOS ELEMENTOS ATRIBUCIÓN RESPONSABILIDAD .....	269
2. 1. <i>Responsabilidad solidaria y en cascada de medios de comunicación</i> .....	269
2. 2. <i>Cartas al director e internet</i> .....	270
2. 3. <i>Doctrina del reportaje neutral (remisión)</i> .....	271
2. 4. <i>LSSICE, esquema general de exención de responsabilidad a los prestadores de servicios de intermediación</i> .....	271
3. JURISPRUDENCIA.....	271
3. 1. <i>Sentencia 176/1995 libertad expresión, racismo, límites insalvables, censura previa</i> .....	272
3. 2. <i>Sentencia 192/1999, libertad de información, veracidad, errores, cargos públicos</i> .....	279
3. 3. <i>Sentencia 54/2004, de 15 de abril de 2004, Caso actual Defensor del pueblo, relevancia pública, necesidad para el discurso, veracidad-diligencia, procedencia ilícita de la información, reportaje neutral</i> .....	287
3. 4. <i>Sentencia 31/1994 secuestro, medios de comunicación, derecho de creación, posición del legislador</i> .....	299
<b>DÉCIMO. OTRAS LIBERTADES PÚBLICAS .....</b>	<b>307</b>
1. DERECHO DE REUNIÓN .....	307
1. 1. <i>Legislación</i> .....	307
A) <i>Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión, en su redacción dada por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril</i> .....	307
B) <i>Ley de extranjería</i> .....	310
C) <i>Código penal</i> .....	311
1. 2. <i>Jurisprudencia</i> .....	312
A) <i>Sentencia TC 66/1995 (concepto, límites y requisitos prohibición, necesaria fundamentación)</i> .....	312
B) <i>Sentencia 37/1998, de 17 de febrero, filmación de manifestantes (conurrencia de derechos en juego, claro ejemplo de seguimiento de todos los “pasos”)</i> .....	320

2. DERECHO DE ASOCIACIÓN.....	327
2. 1. <i>Relación de regulación</i> .....	328
2. 2. <i>Código penal</i> .....	328
2. 3. <i>Ley orgánica de asociaciones (extractos)</i> .....	329
2. 4. <i>Sentencia 219/2001 (el registro como posible control material de la asociación)</i> .....	343
2. 5. <i>Obligación de formar parte de asociaciones, colegiación obligatoria</i> .....	344
3. PARTIDOS POLÍTICOS Y LEY ORGÁNICA 6/2002, DE 27 DE JUNIO .....	345
<b>UNDÉCIMO. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LIBERTADES DE LA ENSEÑANZA.....</b>	<b>357</b>
1. SÍNTESIS DE REGULACIÓN Y ESQUEMA.....	357
1. 1. <i>Regulación constitucional y esquema</i> .....	357
1. 2. <i>Relación de normativa estatal</i> .....	358
2. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	361
2. 1. <i>Facultades contenidas en el derecho a la educación según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> .....	361
2. 2. <i>Problemas competenciales del derecho a la educación y Tribunal Constitucional</i> .....	362
2. 3. <i>Sentencia TC 5/1981, de 13 de febrero</i> .....	363
Voto particular Sentencia TC 5/1981 .....	370
3. TRATAMIENTO LEGISLATIVO.....	380
3. 1. <i>Extractos Ley orgánica de educación</i> .....	380
3. 2. <i>Extractos Ley orgánica de Universidades</i> .....	383
<b>DUODÉCIMO. LIBERTAD PERSONAL Y DE CIRCULACIÓN.....</b>	<b>387</b>
1. ARTÍCULO 17 LIBERTAD PERSONAL Y SEGURIDAD. HABEAS CORPUS .....	387
1. 1. <i>Normativa sobre art. 17</i> .....	388
1. 2. <i>Jurisprudencia artículo 17</i> .....	388
A) Una recapitulación del contenido del artículo 17 .....	388
B) Sentencia 126/1987, “derecho a la seguridad” .....	389
C) Recordatorio de la sentencia 120/1990: el artículo 17 no protege la “libertad a secas” ...	389
D) Sentencia 341/1993 (diligencias de identificación), concepto de “privación de libertad”, determinación legal y garantías en figuras diferentes a la detención.....	389
E) Sentencia 47/2000, prisión provisional, aplicación de requisitos para límite a derecho fundamental, necesaria fundamentación concreta .....	394
F) Ley reguladora del “habeas corpus” .....	402
G) Sentencia 232/1999, noción constitucional y finalidad del Habeas corpus .....	407
2. ARTÍCULO 19 LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA .....	408
1. 1. <i>Normativa</i> .....	408
Normativa de extranjería –Unión Europea.....	409
1.2. <i>Jurisprudencia artículo 19</i> .....	410
A) Sentencia 28/1999, libertad de residencia, interesante delimitación del derecho .....	410
B) Sentencia 169/2001, extranjeros y artículo 19 CE.....	413
C) Sentencia 024/2000, libertad de residencia y extranjeros.....	415
<b>DÉCIMOTERCERO. GARANTÍAS DE LOS ARTÍCULOS 24 Y 25.....</b>	<b>417</b>
1. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 24 .....	417
1. 1. <i>Introducción</i> .....	417
1. 2. <i>Sentencia TC 102/1984, de 28 de noviembre: Resumen del contenido del artículo 24. 1</i> .....	418
1. 3. <i>Detalle y remisión a las garantías, facultades y derechos del artículo 24 CE</i> ....	419
2. ARTÍCULO 25 CE: LEGALIDAD PENAL Y SANCIONADORA Y “NON BIS IN IDEM” .....	422

2. 1. <i>Alguna jurisprudencia seleccionada</i> .....	422
2. 2. <i>Sentencia 25/2002, Legalidad sancionadora y colaboración ley-reglamento</i> .....	422
2. 3. <i>Principio de legalidad y posibilidad de ordenanzas municipales: remisión a material de prácticas</i> .....	427
2. 4. <i>Resumen de la jurisprudencia constitucional sobre el principio “non bis in idem”</i> .....	427
<b>DÉCIMOCUARTO. IGUALDAD</b> .....	<b>431</b>
1. <b>¿QUÉ IGUALDAD PROTEGE LA CONSTITUCIÓN? UNA BREVE APROXIMACIÓN A LA IGUALDAD</b> .....	<b>431</b>
1. 1. <i>¿Cómo ha traducido el Estado constitucional la perenne idea de igualdad?</i> .....	431
1. 2. <i>La regulación constitucional e internacional de la igualdad</i> .....	433
2. <b>ALGUNA LEGISLACIÓN, EN ESPECIAL, LA LEY 3/2007</b> .....	<b>434</b>
2. 1. <i>Relación normativa</i> .....	434
2. 2. <i>Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (definiciones y algún aspecto puntual)</i> .....	436
2. 3. <i>Valoración del impacto de género previa a la adopción de leyes y reglamentos</i> .....	437
2. 4. <i>Código Penal (arts. 22, 314, 510-512, 607)</i> .....	437
2. 5. <i>Ley orgánica 4/2000, de extranjería e igualdad</i> .....	439
3. <b>JURISPRUDENCIA SOBRE IGUALDAD</b> .....	<b>440</b>
3. 1. <i>Sentencia 200/2001, hijos adoptivos, criterios generales discriminación ante la ley</i> .....	440
3. 2. <i>Igualdad sólo dentro de la legalidad, no fuera de ésta</i> .....	447
3. 3. <i>Sentencia 181/2000 No discriminación por indiferenciación</i> .....	448
3. 4. <i>Sentencia 131/2001, breve referencia igualdad-Comunidades Autónomas</i> .....	449
3. 5. <i>Sentencia 240/1999, diferenciación en Administración (interinos), maternidad y género, discriminación indirecta y material</i> .....	449
3. 6. <i>Sentencia 41/2006, de 13 de febrero la “orientación sexual” está especialmente prohibida por el artículo 14. Ejemplo de apoyo en el ámbito internacional</i> .....	457
3. 7. <i>Sentencia 13/2001, raza y discriminaciones encubiertas</i> .....	459
<b>DÉCIMOQUINTO. PRINCIPIOS RECTORES Y SU PROTECCIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES</b> .....	<b>465</b>
1. <b>CONEXIÓN DEL MEDIO AMBIENTE CON DERECHOS FUNDAMENTALES (SENTENCIA 16/2004)</b> .....	<b>465</b>
2. <b>EXTRACTOS SENTENCIA TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ESTRASBURGO (GRAN SALA), DE 8 JULIO 2003 CASO HATTON Y OTROS CONTRA REINO UNIDO</b> .....	<b>468</b>
3. <b>IRREVERSIBILIDAD DE LAS CONQUISTAS SOCIALES ALCANZADAS (SENTENCIA 81/1982, DE 21 DE DICIEMBRE)</b> .....	<b>472</b>
<b>DÉCIMOSEXTO. PRÁCTICAS DEL CURSO</b> .....	<b>473</b>
PRÁCTICA 1: <b>TITULARIDAD, CAPACIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES</b> .....	<b>473</b>
PRÁCTICA 2: <b>DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS Y GARANTÍAS</b> .....	<b>479</b>
PRÁCTICA 3: <b>LIBERTADES INFORMATIVAS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTO ENTRE DERECHOS</b> .....	<b>481</b>
PRÁCTICA 4: <b>EJERCICIO DE LIBERTAD DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN, SANCIÓN Y POSIBILIDADES DE DEFENSA</b> .....	<b>483</b>
PRÁCTICA 5: <b>PARTIDO POLÍTICO-ASOCIACIÓN Y EFICACIA ENTRE PARTICULARES</b> .....	<b>485</b>
PRÁCTICA 6: <b>ARTÍCULOS 17-25 CE Y OTROS DERECHOS</b> .....	<b>487</b>
PRÁCTICA 7: <b>IGUALDAD</b> .....	<b>493</b>
PRÁCTICA 8: <b>LIBERTADES PÚBLICAS EN ÁMBITO UNIVERSITARIO E IGUALDAD</b> .....	<b>495</b>

PRÁCTICA 9. EFICACIA DE DERECHOS ENTRE PARTICULARES. EXTRANJERÍA Y DIVERSOS DERECHOS .....	497
FORMULARIO DE RECURSO DE AMPARO.....	498
<b>DECIMOSÉPTIMO. PREGUNTAS DE EXAMEN (ORIENTATIVAS).....</b>	<b>501</b>
1. PARTE GENERAL .....	501
2. GARANTÍAS Y VÍAS DE RECURSO.....	502
3. EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	504
4. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EXTRANJEROS, MENORES, PERSONAS JURÍDICAS .....	505
5. VIDA, INTEGRIDAD, LÍMITES, ETC.....	506
6. LOS DERECHOS DEL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN .....	507
7. GARANTÍAS DEL ARTÍCULO 18 .....	507
8. EXPRESIÓN-INFORMACIÓN .....	509
9. LOS DERECHOS DE LOS ARTÍCULOS 17, 19 Y 25 DE LA CONSTITUCIÓN.....	511
10. REUNIÓN-MANIFESTACIÓN.....	512
11. ASOCIACIÓN, PARTIDOS POLÍTICOS .....	513
12. EDUCACIÓN-ENSEÑANZA .....	514
13. IGUALDAD .....	516
<b>DÉCIMO OCTAVO. BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS SELECCIONADOS .....</b>	<b>519</b>
1. BIBLIOGRAFÍA Y RECURSOS EN “PAPEL” .....	519
1. 1. <i>Obras básicas de referencia en el curso</i> .....	519
1. 2. <i>Obras básicas de dogmática de los derechos y Teoría general</i> .....	520
1. 3. <i>Selección de obras relativas a diversas cuestiones generales de derechos fundamentales</i> .....	520
A) Titularidad de los derechos .....	520
B) Eficacia de los derechos .....	521
C) Categorías de garantía institucional y la dimensión objetiva de los derechos .....	521
D) Igualdad.....	521
E) Derechos sociales .....	521
F) Proporcionalidad.....	522
1. 4. <i>Derecho europeo de los derechos fundamentales, autonomías e integración de sistemas de derechos</i> .....	522
1. 5. <i>Manuales de derechos fundamentales</i> .....	523
2. RECURSOS BÁSICOS EN INTERNET .....	523
2. 1. <i>“Derecons”</i> .....	523
2. 2. <i>Materiales docentes de la Universidad de Valladolid</i> .....	524
2. 3. <i>Otros recursos muy importantes</i> .....	524
2. 4. <i>Fuentes jurisprudenciales</i> .....	524



# **PRIMERO. PRESENTACIÓN. LA ASIGNATURA Y LAS FINALIDADES ESENCIALES A QUE RESPONDEN ESTOS MATERIALES DOCENTES**

## **1. Presentación. Unos materiales adecuados a las exigencias de la innovación educativa y a la particularidad del Derecho de los derechos fundamentales**

“Derecho Constitucional II” es una asignatura troncal y semestral que se imparte en el tercer curso del primer ciclo del Programa de Doble Titulación Licenciado en Administración y Dirección de Empresas y Licenciado en Derecho y su carga lectiva es de 7,5 créditos distribuidos en 6 créditos teóricos y 1,5 créditos prácticos, créditos europeos o ECTS.

La asignatura Derecho Constitucional II proporciona al alumno uno de los elementos fundamentales del ordenamiento constitucional y del sistema político español: los derechos fundamentales. Estos derechos, como reza el artículo 10. 1 CE, son fundamento del orden político y de la paz social. Los derechos fundamentales no sólo son derechos subjetivos, sino principios inspiradores de todo el ordenamiento jurídico. De ahí que el interés para el alumno sea transversal en tanto en cuanto su protección jurídica tiene lugar en cualquier ámbito. Más allá del marco teórico hay que destacar la importancia de la dimensión práctica de esta asignatura, al igual que la dimensión axiológica y política de los derechos fundamentales que trasciende lo propiamente jurídico.

### **1. 1. EL ALUMNO DEBE HABITUARSE A TRABAJAR CON MATERIALES NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES, SI BIEN, SELECCIONADOS Y PREPARADOS**

---

El autor de estos materiales parte de una preocupación: el alumno de Derecho no siempre tiene el hábito de trabajar directamente las fuentes del Derecho, de modo que concluye sus estudios sin desarrollar la capacidad de leer e interpretar las normas y, con especial significación en nuestra disciplina, la jurisprudencia. Como respuesta a dicha preocupación y en adecuación a lo que considera la innovación educativa, los siguientes materiales constan, esencialmente, de extractos normativos y jurisprudenciales, sin perjuicio de que en diversas ocasiones son de elaboración propia mismos preparada para la mejor comprensión del alumno.

De entre los contenidos, y de elaboración propia, quiero destacar la importancia que concedo a la “Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: ‘pasos’ a seguir”, que luego se comenta.

Ahora bien, he de advertir que en modo alguno se propugna, ni estos son los materiales de una enseñanza basada en casos o problemas. No se discute ahora la conveniencia de este sistema más propio del ámbito anglosajón y respecto del cual

considero que es precisa un bagaje previo del formador y del alumno. No es el sistema de estudio y resolución de casos y de problemas el que aquí se sigue, sino que estos materiales pretenden serlo de una enseñanza que obliga al alumno a captar cómo los operadores jurídicos que son el legislador y, en especial, el Tribunal Constitucional manejan los conceptos, reglas y principios y los plasman en la realidad. Sin necesidad de acudir a un manual al uso, el alumno va a seguir con facilidad a través del manejo de los materiales normativos y jurisprudenciales las categorías generales, los conceptos de los derechos, así como las cuestiones de su titularidad, alcance, límites y garantías.

No se brinda al alumno unos materiales *en bruto*, todo lo contrario. El alumno no podría sin formación previa alcanzar la comprensión necesaria de los mismos. Para hacerlo, en primer lugar es necesario que lea dichos materiales y lo haga buscando dar respuesta a las preguntas e incitaciones a la reflexión con las que se encabeza los mismos. Estas preguntas o advertencias son las que obligan a fijar la atención en los aspectos de interés. De este modo, tal y como implica el sistema de Bolonia de innovación educativa basado en el trabajo propio del alumno, se hace necesario un serio trabajo previo de los materiales, encauzado y orientado a través de estos encabezados y jalonado con los ritmos indicados por el docente. En todo caso, la plena comprensión del alumno se ha de alcanzar, tras su trabajo, en las sesiones presenciales. En las sesiones presenciales se lleva a cabo el debate con el docente y el resto de los compañeros, a través de la ponencia de uno de los estudiantes de los materiales asignados. Obviamente, el papel del docente ha de ser tanto del de introducción y ubicación de las materias, como, en especial, el de encauzar las participaciones tanto del ponente cuanto de los alumnos.

## 1. 2. 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”).

---

<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.).

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.

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. 3. LA ESPECIAL IMPORTANCIA CONCEDIDA AL MANEJO DE CATEGORÍAS GENERALES Y A LAS VÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

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.

En este punto, en el programa y contenidos del curso se observa cómo constituyen el inicio del curso la introducción a las nociones básicas, las garantías normativas y el sistema de fuentes, así como las garantías procesales y no procesales. Sin una correcta

---

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

aprehensión de estos contenidos, el resto del curso se dificulta sobremanera. Ello no obsta para que su verdadera comprensión se dé con el paulatino análisis de los casos jurisprudenciales y las normas analizadas.

De entre las categorías y conceptos de necesario manejo, cabe destacar: la noción de la dimensión objetiva y subjetiva de los derechos, tipología y naturaleza de los derechos, contenido normal y facultades de los derechos (delimitación de los mismos), contenido esencial del derecho, garantías institucionales. Eficacia de los derechos en el ámbito público y privado. Relaciones de especial sujeción. Titularidad de los derechos y capacidad real para su ejercicio. Requisitos formales y materiales de los límites a los derechos, especial atención de la proporcionalidad así como del tratamiento particular del principio y derecho de igualdad.

Es otro objetivo fundamental del curso captar la particularidad de las fuentes y tratamiento de las normas reguladoras de derechos fundamentales, con especial significación de la eficacia directa del texto constitucional, la interpretación acorde a los tratados internacionales, el valor subsidiado de la ley y, por supuesto de otras normas infralegales, las diversas formas de regular los derechos (regulación del ejercicio, desarrollo, afectación, etc.) y los derechos en el sistema de fuentes, etc.) son cuestiones en las que se insiste especialmente al inicio del curso.

Del mismo modo, sobre la clásica idea de que un derecho vale lo que valen sus garantías, este curso dota de especial interés a las garantías normativas, procesales y no procesales de los derechos. De nada sirve ser capaz de concluir que una intervención en un derecho es inconstitucional si luego no se sabe qué puede hacerse para remediar la situación. En este punto, la fundamentalidad de los derechos lleva a la singularidad de sus garantías, que debe ser conocida por el operador jurídico.

#### **1. 4. LÍNEAS GENERALES DE ESTOS CONTENIDOS Y ESPECIAL REFERENCIA A SUS LAGUNAS**

---

Sobre la base de las anteriores pretensiones, se han articulado unos contenidos docentes que se estudian y se explican en el siguiente orden:

- Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: “pasos” a seguir (explicación inicial y sucesiva a lo largo de todo el curso).
- Fuentes y garantías normativas de los derechos fundamentales
- Ambitos particulares de eficacia de los derechos
- Titularidad de los derechos fundamentales
- Garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales
- Derechos del artículo 15
- Los derechos del artículo 18
- Libertades informativas
- Otras libertades públicas
- Derecho a la educación y libertades de la enseñanza
- Libertad personal y de circulación
- Garantías de los artículos 24 y 25
- Igualdad
- Principios rectores y su protección como derechos fundamentales

El orden de seguimiento va de lo general a lo particular, de los conceptos y categorías generales a las garantías normativas y procedimentales, para luego dar el salto a los derechos en particular. Es posible que resulte llamativo el tratamiento final de la igualdad, a diferencia de su orden constitucional y de la mayoría de los manuales al uso. Este tratamiento postreso parte de la idea de la complejidad de la igualdad, que quizá sólo sea captada por el alumno una vez maneje bien los “pasos” generales de los derechos fundamentales. De hecho, es al final de todas las sesiones cuando se vuelve a los pasos generales, una vez observado el seguimiento de estos a lo largo de todos los materiales y realizadas todas las prácticas, es cuando procede una recapitulación de los mismos pudiendo aspirar a una eficaz comprensión por los alumnos.

Cabe indicar, por último, que se incluyen las prácticas que se realizan a lo largo del curso, así como las preguntas orientativas que forman parte de la evaluación final de la asignatura. Unos y otros son elementos excelentes para la auto evaluación del curso por el alumno. Asimismo, se incorpora una Bibliografía y recursos seleccionados, con el ánimo de orientar a un acceso al conocimiento más completo.

Resta, finalmente, hacer obligada referencia al carácter limitado de los contenidos del curso. Estos materiales pueden resultar particularmente llamativos por sus ausencias. Relatar las lagunas sería algo casi interminable: historia de los derechos, fundamentación, Derecho comparado, garantías no jurisdiccionales como los Ombudsmen, agencias especiales, Administración electoral, suspensión de los derechos y garantías al respecto. De igual modo, cualquiera podrá echar de menos muchísimos aspectos de cada derecho, así como algunos derechos obviados total o casi por completo (artículos 23, 24, 28, 29, etc.). Tales ausencias son ciertamente injustificables. Valga –si cabe– manifestar el afán de pretender un conocimiento más intenso en los aspectos que se consideran más importantes para una formación eficaz y actual del jurista, así como el relativo consuelo de que algunas de estas carencias habrían de ser colmadas por otras disciplinas, como pueda serlo el Derecho procesal, los conocimientos de Derecho constitucional previos o formaciones más específicas que pueda emprender el alumno. En todo caso, como se ha dicho, “enseñando a aprender” el alumno al final del curso ha de estar en condiciones de percibir los problemas, seleccionar la información y generar conocimiento y soluciones al respecto, merced al conocimiento de las fuentes, su manejo y los “pasos” de resolución de conflictos. Confío en no caer en un desbordado optimismo y excesiva confianza.

## **2. Objetivos generales: capacidades, destrezas y habilidades a adquirir por el alumno**

### **2. 1. OBJETIVOS Y CAPACIDADES A DESARROLLAR**

---

Desarrollo de la capacidad del estudiante para

- ✓ Conocer y manejar la terminología y vocabulario jurídico-político específico de la asignatura así como técnico-jurídico
- ✓ Captar las interacciones de los derechos fundamentales desde el punto de vista jurídico con la realidad política y social. Especial importancia de un tratamiento jurídico de la realidad y aplicación de las normas de derechos, así como de los valores e ideologías que laten tras los mismos y su propia comprensión social.

- ✓ Adquirir una visión de conjunto de la trascendencia jurídica de los derechos y libertades para el sistema de fuentes, así como la articulación del reconocimiento constitucional y el desarrollo legislativo con la regulación internacional y supranacional, con especial énfasis en el Derecho europeo de los derechos fundamentales.
- ✓ Adquirir la capacidad de análisis, valoración y resolución de supuestos concretos a partir de los estándares generales de resolución de conflictos de derechos fundamentales. Saber aplicar la metodología específica jurídica con los derechos fundamentales (a través de los “pasos”)
- ✓ Adquirir la capacidad de acceder a los materiales jurídicos de relevancia para los derechos fundamentales y discernir su alcance y significación. Especial atención a la eficacia directa de los derechos y el singular papel de la ley como regulador del ejercicio de los derechos (art. 53 CE) y desarrollo de los mismos (art. 81 CE).
- ✓ Adquirir una especial habilidad en el manejo, lectura y evaluación de la legislación y, en especial de la jurisprudencia constitucional –y ordinaria-, de especial trascendencia en el ámbito de los derechos fundamentales y las particulares categorías jurídicas e interpretativas que se dan en esta parcela.
- ✓ Analizar críticamente el entorno sociopolítico con las herramientas conceptuales que proporciona el Derecho Constitucional especialmente desde los derechos fundamentales.
- ✓ Desarrollar la capacidad de síntesis de los grandes bloques de contenidos de la asignatura y de la información y conocimientos de diferentes naturalezas (normativa y jurisprudencia, doctrina, otra documentación, noticias de realidad, etc.).

## **2. 2. DESTREZAS**

---

Al final del curso el alumno deberá de ser capaz de:

- ✓ Manejar procedimientos y métodos básicos en el dominio de la asignatura y en el ejercicio de su aplicación práctica.
- ✓ Manejar con propiedad los conceptos fundamentales de la Teoría de la Constitución y la teoría general de los derechos fundamentales, especialmente las categorías jurídicas y conceptos del ámbito de los derechos así como las pautas interpretativas manejadas por los tribunales.
- ✓ Especial habilidad para la argumentación propia y particular en la materia, con especial atención del principio de proporcionalidad.
- ✓ Comprender el sentido normativo de los derechos fundamentales y sus implicaciones sobre el sistema de fuentes, teniendo en cuenta el especial lugar de los textos internacionales y supranacionales.
- ✓ Entender la dinámica de la interpretación de los derechos fundamentales desde tribunal constitucional, tribunales ordinarios.
- ✓ Entender la dinámica de la interpretación de los derechos fundamentales desde el los textos y órganos supranacionales y los nacionales.
- ✓ Conocer y reconocer ante casos prácticos con profundidad los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales y las vías prácticas de su defensa.
- ✓ Ser capaz de redactar textos jurídicos como demandas, recursos, resoluciones administrativas, sentencias, informes con suficiencia formal (citas normativas, jurisprudenciales, doctrinales, etc.).

- ✓ Captar la importancia jurídica y metajurídica de la dignidad y de los derechos que le son inherentes.

### **2.3. HABILIDADES SOCIALES**

---

- ✓ Capacidad para identificar las fuentes del Derecho aplicables a cualquier problema de derechos fundamentales y el papel y alcance que cabe atribuirse a las mismas.
- ✓ Capacidad para comprender cualquier texto jurídico (legislación y, especialmente, jurisprudencia) así como para expresarse correctamente por escrito y oralmente utilizando con exactitud los conceptos y la terminología jurídica básica.
- ✓ Habilidad para argumentar con criterios jurídico-rationales para dar solución a los conflictos políticos y sociales de derechos fundamentales, especialmente a partir del hábito del seguimiento en clase de jurisprudencia seleccionada y aplicación del método de resolución propuesto, los “pasos”.
- ✓ Habilidad para considerar las garantías posibles para cada caso concreto de derechos fundamentales, tanto desde el punto de vista de las garantías normativas, jurisdiccionales cuanto no jurisdiccionales. Conocimiento de procedimientos especiales en el ámbito de los derechos fundamentales.
- ✓ Hábito de estudio analítico y comprensivo.

## **3. Metodología del curso**

El desarrollo de la asignatura se estructura en veintitrés sesiones de teoría de hora y media, dos y media a la semana en un semestre docente.

La exposición se realizará bajo la guía y conducción del docente, a través de la exposición por los propios alumnos del material, a través de “ponencias”. En todo caso, buena parte del curso estará centrada en el trabajo directo de materiales jurisprudenciales y legislativos, disponibles previamente, con preguntas concretas para fijar la atención. Se corresponsabilizará a varios alumnos en cada sesión para la exposición de los materiales asignados para cada una de ellas por medio de la asignación de ponencias.

Asimismo, la docencia teórica se complementa con seis sesiones prácticas.

Una sesión práctica de hora y media cada quince días (el grupo se divide a estos efectos en dos subgrupos de prácticas que tienen clase práctica por semanas alternas) durante el semestre. En estas sesiones, los estudiantes habrán preparado el caso previamente. Tras el planteamiento del supuesto y sus elementos clave, deberán debatir entre sí y con el docente el caso sobre el eje que implica el seguimiento y aplicación de los “pasos”. De hecho, las actividades prácticas habrán de ser un útil medio para la comprensión y debate del método de resolución de casos a través de los “pasos”.



# **SEGUNDO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES: “PASOS” A SEGUIR**

## **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 intervinientes***

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, fíjese 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 descomponen 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 dimanan 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 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

---

<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.”

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, sí 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.”

---

<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.

## ***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.

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.

---

<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.

### **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.

## ***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

---

<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”.

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:

## ***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

---

<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.”

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

reconoscible 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. La ponderación a realizar persigue el máximo respeto, “integración y aplicación constitucionalmente adecuada de los derechos” en juego (sentencia 49/2001, FJ 4º). El Tribunal Constitucional, particularmente cuando se trata de la posible comisión de delitos por lo expresado o informado, construye estas ponderaciones bajo la pregunta de si la libertad informativa en cuestión se ejerció o no dentro del ámbito constitucionalmente protegido, puesto que si así es, no cabe la reprobación penal al no existir antijuridicidad.

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

#### 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 “vejaciones 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 inexactitudes 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 necesidad 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. 1º. 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 recipiendarios de subvenciones y otras 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 14<sup>o</sup>):

“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>:

---

<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

“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 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

---

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.

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:

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

---

<sup>12</sup> Sentencia 198/1996, FJ 2º). Con especial importancia, la jurisprudencia del TJCCEE, 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 Bötel 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.”

- 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).



---

## **TERCERO. FUENTES Y GARANTÍAS NORMATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

*Como se indica en los objetivos de la asignatura, resulta esencial que el alumno maneje las particulares fuentes y metodología con las que abordarlas cuando se trata de derechos fundamentales. No es en modo alguno sencillo que el alumno capte en la práctica que es necesario partir de una precomprensión del texto constitucional cuando regula derechos fundamentales antes de acudir a la ley u otras normas infralegales. Los derechos fundamentales tienen eficacia directa (art. 53. 1º CE) y son alegables con independencia de las leyes de regulen su ejercicio (art. 53. 1º CE) o los desarrollen (art. 81 CE). No en vano, tienen plena existencia jurídica por su reconocimiento en la Constitución.*

*Es en la norma suprema donde se reconoce el derecho, sus titulares, el ámbito constitucionalmente protegido por el derecho, así como se encuentran los elementos basilares para la resolución de sus conflictos con otros derechos y bienes constitucionales y las pautas de consideración de si un límite o restricción son o no admisibles, constitucionalmente.*

*También es cierto que el texto constitucional en muy pocos casos resuelve expresamente las dudas que puedan surgir para alcanzar esta precomprensión del derecho, titulares, contenido y límites. Pero antes de acudir a la "legalidad ordinaria" el jurista de derechos fundamentales tiene que lograr la precomprensión del derecho subjetivo contando con diversas ayudas del todo obligadas. De una parte, la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional, pues al fin y al cabo, la Constitución es lo que el Tribunal Constitucional dice que es. Decenas de miles de sentencias y autos en más de veinticinco años de actividad jurisprudencial, dan ya respuestas muy perfiladas al contenido, alcance y facultades de cada derecho, problemas específicos de titularidad, límites admisibles, etc. De otra parte, y forzados por el artículo 10. 2º CE, el tratamiento jurídico de los derechos fundamentales se ha internacionalizado y, cuanto menos, europeizado. El perfil exacto de cada derecho viene determinado por los tratados internacionales que lo regulan y, sobre todo, de los órganos que interpretan cualificadamente estos tratados internacionales. Antes de acudir a cualquier desarrollo normativo, es obligado el análisis de los tratados internacionales y, en especial de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, también, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en cuanto intérpretes cualificados del CEDH o de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea. Las reglas y pautas supranacionales se incorporan, obligadamente, en la interpretación de nuestro texto constitucional.*

*Así las cosas, una vez esta labor previa, es cuando el alumno puede ya acudir al desarrollo normativo de los derechos y siempre bajo la premisa de la preexistencia del derecho a la ley. Esta premisa, ha de obligar al alumno, de partir de la sospecha misma de que la labor legislativa bien es posible que sea inconstitucional.*

*Por experiencia, considero que una de las claves del curso de derechos fundamentales es que el alumno capte esta singularidad en el tratamiento de fuentes y el valor subsidiado de la ley.*

*A todo ello hay que añadir que no es sólo el legislador estatal el único regulador de derechos fundamentales, ni tan siquiera el legislador orgánico. A tal punto, hay que insistir en que el legislador orgánico sólo desarrolla los aspectos sustanciales del derecho. Tan siquiera es el único que impone límites, en tanto que el legislador*

*ordinario también impone límites al regular las condiciones de modo lugar y tiempo del ejercicio de los derechos. Y hay que añadir que en tanto sea competente, el legislador autonómico bien puede regular el ejercicio de derechos. Pero aún es más, en modo alguno hay que excluir, que normas infralegales regulen derechos fundamentales. Al respecto, no cabe duda de la existencia de reservas de ley generales (53 y 81 CE) respecto de los derechos, sino numerosas reservas específicas (ejemplo: art. 17 o art. 25 CE) que hacen si cabe más intensa la reserva de ley. El alumno, y a través de una práctica específica fijará la atención, debe tener en cuenta que cabe la colaboración ley – reglamento, con sus límites, y que los mismos reglamentos pueden regular aspectos técnicos y secundarios que afecten a los derechos fundamentales. También el alumno debe recordar el papel de diversas fuentes del derecho respecto de los derechos fundamentales: Decretos legislativos –que no pueden regular materia de Ley orgánica- y Decretos –ley.*

## **1. Fuentes supranacionales**

*Tenga en cuenta que los tratados internacionales relativos a derechos fundamentales son muy variados. Aquí se concentra la atención en los procedentes de dos focos regionales: el Consejo de Europa, y especialmente el CEDH y el ámbito de la Unión Europea. Todo se integran por las vías del art. 10. 2º y del 96 CE (no se olvide asimismo su particular relevancia en materia de extranjería ex artículo 13 CE). Estas vías de integración hacen que a la postre, no sólo sea importante el texto de los tratados en sí –que en ocasiones puede aportar poco- sino a la actividad de sus órganos interpretativos, especialmente los jurisdiccionales. En este punto, no está de más recordar la enorme influencia e importancia del TEDH de Estrasburgo respecto de todos los derechos, y del TJCE de Luxemburgo (y del Derecho comunitario en general) en materia de igualdad.*

*La malograda Constitución europea de más que incierto futuro por cuanto a su Carta de los derechos fundamentales, no deja de tener una importancia pedagógica y prospectiva, de ahí su inclusión.*

### **1. 1. CONSEJO DE EUROPA: CEDH Y OTROS INSTRUMENTOS**

---

- 1. ¿Cuándo se adoptó el CEDH? ¿Cuándo entró en vigor? ¿Cuándo empezó a funcionar el TEDH?**
- 2. ¿Qué sucedió de 1989 en adelante y cómo ha afectado al TEDH?**
- 3. Por qué crees que no parecen tener tanta relevancia otros convenios en el marco del Consejo de Europa, como el de minorías, de prevención de la tortura o la Carta social. ¿Acaso no tienen igual fuerza jurídica que el CEDH?**
- 4. ¿Qué mecanismos de control general tienen estos otros convenios?**

## **A) Sobre el CEDH**

*Nota*<sup>16</sup>

### **Un avance decisivo**

La obra más importante del Consejo de Europa es el Convenio europeo de Derechos Humanos. Este tratado internacional, de una importancia sin precedentes, fue adoptado en 1950 y entró en vigor en 1953.

Define los derechos y las libertades que los Estados miembros se comprometen a garantizar a cualquier persona que esté bajo su jurisdicción.

Además, crea un sistema internacional de protección: los Estados y los individuos, independientemente de su nacionalidad, pueden dirigirse a las instituciones judiciales de Estrasburgo instituidas por el Convenio si se consideran víctimas de una violación por parte de los Estados contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio.

El Convenio garantiza, entre otros, el derecho a la vida, a la protección contra la tortura y los tratos inhumanos, a la libertad y a la seguridad, a un proceso equitativo, al respeto de la vida privada y familiar, al respeto de la correspondencia, a la libertad de expresión (incluida la libertad de prensa), de pensamiento, de conciencia y de religión, y a la libertad de reunión pacífica y de asociación. Los protocolos adicionales han añadido otros derechos de los que están reconocidos en el Convenio, como la abolición de la pena de muerte (Protocolo nº 6).

### **La puesta en práctica del Convenio**

El antiguo mecanismo de control comprendía dos instituciones, la Comisión Europea de Derechos Humanos (1954), que tenía esencialmente una función de filtro, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (reforma de CEDH en 1959, entró en funcionamiento en 1961), que se pronunciaba sobre los casos transmitidos por la Comisión o por los gobiernos. El Comité de Ministros del Consejo de Europa (los representantes de los gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa) controlaba la ejecución de las sentencias del Tribunal y se pronunciaba sobre los casos declarados inadmisibles que no habían sido transmitidos al Tribunal.

A partir de principios de los años 80, el número de demandas no ha cesado de aumentar, sobrecargando el sistema y alargando el procedimiento, que podía durar cinco años entre la introducción de la demanda y la sentencia definitiva.

### **Un dispositivo en constante evolución**

El aumento del número de recursos, su complejidad creciente y la ampliación del Consejo de Europa, que pasó de 23 a 40 Estados miembros entre 1989 y 1996, hicieron indispensable la revisión del procedimiento. Un nuevo protocolo del Convenio europeo de Derechos Humanos, el Protocolo nº 11, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998, estableció un Tribunal único permanente en lugar de las dos instituciones precedentes.

El objetivo de la reforma, tal y como lo establecieron los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa en Viena el 9 de octubre de 1993, era reforzar la eficacia de los medios de protección, reducir la duración del procedimiento, permitir un mejor acceso del individuo al mecanismo y mantener el alto nivel de protección de los derechos humanos.

---

<sup>16</sup> Extractos reelaborados de “El Consejo de Europa, 800 millones de europeos”, disponible en [http://www.coe.int/es/portal/Information\\_material/ES800million.asp?L=ES](http://www.coe.int/es/portal/Information_material/ES800million.asp?L=ES)

## ***B) Breve referencia de los Protocolos***

Artículo 1 del Protocolo nº 1- Protección de la propiedad

Toda persona tiene derecho de poseer bienes y a gozar de su propiedad.

Artículo 2 del Protocolo nº 1 - Derecho a la instrucción

Toda persona tiene derecho a la educación.

Artículo 3 del Protocolo nº 1 - Derecho a elecciones libres

Toda persona tiene derecho a elegir a sus gobernantes mediante el ejercicio del derecho al voto.

Artículo 2 del Protocolo nº 4 - Libertad de circulación

Toda persona que reside legalmente en un país tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.

Artículo 1 del Protocolo nº 6 - Abolición de la pena de muerte

Nadie puede ser condenado a muerte ni ejecutado.

Artículo 2 del Protocolo nº 7 - Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal

Toda persona declarada culpable de una infracción penal podrá recurrir ante un tribunal superior.

Artículo 3 del Protocolo nº 7 - Derecho a indemnización en caso de error judicial

Toda persona condenada por una infracción y que resulte ser inocente tiene derecho a una indemnización.

Artículo 1 del Protocolo nº 12 - Prohibición general de discriminación

Nadie puede ser objeto de discriminación por parte de las autoridades públicas por motivos relacionados con la raza, el sexo, lengua, las convicciones políticas o religiosas o el nacimiento. (Nota: en el momento de esta publicación, este protocolo todavía no ha entrado en vigor)

## ***C) Otros instrumentos de interés***

### ***c. 1. Convenio para la Prevención de la Tortura***

#### **La prevención de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes**

Ignoramos lo que ocurre detrás de las puertas de los lugares de detención como son las cárceles, las comisarías de policía o los hospitales psiquiátricos. Por esta razón, el Consejo de Europa adoptó en 1987 el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, que entró en vigor en 1989.

Este Convenio complementa la protección garantizada por el Convenio europeo de Derechos Humanos al establecer un Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT).

El CPT está compuesto por expertos independientes e imparciales, procedentes de diferentes ámbitos : juristas, médicos, expertos en asuntos penitenciarios o parlamentarios.

#### **Visitas puntuales**

El CPT visita, sin restricciones, los lugares de detención - cárceles y centros de detención de menores, puestos de policía, cuarteles militares, hospitales psiquiátricos -, para examinar el trato de las personas privadas de libertad. Puede entrevistar sin testigos a los detenidos y dirigirse libremente a toda persona u organización no gubernamental susceptible de aportarle información.

El objetivo perseguido es el refuerzo de la protección de los detenidos contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, más que la condena de los Estados por esas violaciones. Tras una visita periódica o una visita *ad hoc* en un país, el Comité dirige a los Estados un informe al que el gobierno responde, en un plazo de seis meses, con un informe provisional y un informe de verificación en un plazo de doce meses. Los informes del CPT y sus eventuales recomendaciones así como las respuestas de los Estados son confidenciales, pero los Estados han adoptado la práctica de hacerlos públicos.

Excepcionalmente, si un Estado no coopera, el Comité puede hacer una declaración pública al respecto.

## ***c. 2. El Convenio Marco para la Protección de las Minorías***

### **Protección de las personas pertenecientes a minorías nacionales**

El Consejo de Europa adoptó en 1994 el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales. Este primer instrumento multilateral jurídicamente vinculante está destinado a proteger a las minorías nacionales en general. Define un determinado número de objetivos que los Estados contratantes se comprometen a cumplir por medio de la legislación y de las políticas nacionales, entre los que cabe destacar la igualdad ante la ley, la adopción de medidas destinadas a mantener y desarrollar las culturas y a proteger las identidades, las religiones, las lenguas minoritarias y las tradiciones, la garantía del acceso a los medios de difusión, el establecimiento de relaciones transfronterizas libres y pacíficas con personas que residen legalmente en otros Estados.

El Convenio marco entró en vigor el 1 de febrero de 1998. Los Estados contratantes deben preparar un informe sobre las medidas adoptadas y presentarlo en el plazo de un año a partir de la fecha de ratificación, y después una vez cada cinco años. También se puede pedir a los Estados contratantes que presenten informes *ad hoc*. El Comité de Ministros, asistido por un comité consultivo de 18 expertos independientes, evalúa los informes, determina si las obligaciones han sido cumplidas y, en caso necesario, adopta recomendaciones. Las reglas que encuadran este procedimiento de «monitoring» (verificación del respeto de los compromisos) contienen igualmente un cierto número de garantías que aseguran su transparencia.

### **Minorías nacionales en Europa**

Se suma al Convenio marco y a su mecanismo de control una serie de actividades organizadas en el marco del programa de actividades intergubernamental y del programa común «Minorías nacionales en Europa».

El programa de actividades intergubernamental comprende un comité de expertos de todos los Estados miembros sobre cuestiones relativas a las minorías nacionales, así como reuniones de información en los Estados miembros y misiones de asesoramiento jurídico y político. Estas últimas se organizan en colaboración con otras organizaciones internacionales.

Un segundo programa común de la Comisión Europea y del Consejo de Europa sobre las minorías nacionales fue lanzado en enero de 1999 para un periodo de 18

meses, como seguimiento del plan de acción adoptado en octubre de 1997 durante la Cumbre de Estrasburgo. Este nuevo programa está abierto a todos los Estados miembros del Consejo de Europa y a los países candidatos a la adhesión. **Se** basa en un enfoque temático orientado a proyectos subregionales o bilaterales (seminarios, mesas redondas, talleres de trabajo, visitas de estudio) y tiene por objeto reforzar la participación de los representantes de las minorías nacionales. Unas veinte proposiciones de actividades han sido llevadas a cabo hasta ahora.

### ***c. 3. Carta Social Europea***

#### **Derechos sociales fundamentales, condiciones de empleo y cohesión social**

Durante la 2a Cumbre del Consejo de Europa, que tuvo lugar en Estrasburgo en octubre de 1997, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros se comprometieron a «promover las normas sociales, tal y como resultan de la Carta Social y otros instrumentos del Consejo de Europa» e hicieron un llamado a «la mayor adhesión posible de estos instrumentos».

La Carta Social Europea de 1961 y su protocolo adicional de 1988 garantizan una serie de derechos fundamentales que se pueden clasificar en dos categorías : los que atañen a las condiciones del empleo y los que se refieren a la cohesión social.

Los derechos relativos a las condiciones del empleo son, entre otros, el derecho al trabajo, incluido el derecho a la orientación y a la formación profesional, la no discriminación en el empleo y la prohibición del trabajo forzado, el derecho sindical y de negociación colectiva, y el derecho de las mujeres y de los hombres a recibir una misma remuneración por la realización de un trabajo igual. La protección social incluye el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social.

#### **Mecanismo de control**

Un sistema internacional de control vela por la correcta aplicación de la Carta por parte de los 28 Estados que la han ratificado. Los gobiernos deben presentar un informe en intervalos regulares sobre la aplicación en sus países de las disposiciones de la Carta que han aceptado. Estos informes son examinados por el Comité Europeo de Derechos Sociales, compuesto por expertos independientes, el cual formula una apreciación jurídica sobre la conformidad de las situaciones a la Carta.

A la vista de estas conclusiones, el Comité de Ministros dirige recomendaciones a los Estados y les pide que modifiquen la legislación o la práctica para conformarse a la Carta. Sus decisiones son preparadas por el Comité gubernamental en el que participan las partes contratantes y, como observadores, los colaboradores sociales.

#### **Un sistema de reclamaciones colectivas**

Un protocolo adicional a la Carta Social Europea adoptado en 1995 prevé la posibilidad, para ciertas organizaciones patronales y de trabajadores y algunas organizaciones no gubernamentales, de presentar reclamaciones al Comité Europeo de Derechos Sociales en caso de violación de la Carta.

La Carta ha sido revisada y actualizada para incluir nuevas categorías de derechos. Estos derechos se refieren particularmente a la protección contra la pobreza y la exclusión social, el derecho a una vivienda digna y el derecho a la protección en caso de despido.

## 1. 2. UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Recuerde que los derechos fundamentales han de ser respetados “como principios generales del Derecho comunitario”. Recuerde el significado de esta fuente en Derecho de la Unión.
2. A la vista del Tratado constitucional y la Carta de derechos fundamentales...
3. Fija la atención en el mandato de adhesión al CEDH. ¿Qué efectos fundamentales crees que tendría dicha adhesión?
4. Si la Constitución europea estuviera en vigor, ¿la Carta de derechos se dirigiría a los Estados miembros? ¿En qué casos?
5. Recuerde ahora la posibilidad de fiscalización según Derecho interno de los actos de ejecución del Derecho comunitario, en razón de su respeto de los derechos fundamentales.
6. Fije la atención en los requisitos a los límites a los derechos del artículo II-112. ¿Se aplicaría también a los límites a los “principios”?
7. De estar en vigor la Carta de derechos, ¿cómo se interrelaciona con el CEDH según el artículo II-112. 3º?
8. Observe el carácter de estándar mínimo de la Carta según el artículo II-113.
9. ¿Se te ocurre algún ejemplo de abuso de derecho del prohibido en el artículo II- 114?

### ***A) Tratado de la Unión***

#### Artículo 6

1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros.

2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.

3. La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros.

4. La Unión se dotará de los medios necesarios para alcanzar sus objetivos y para llevar a cabo sus políticas.

### ***B) Tratado constitucional (Constitución Europea, no vigente)***

#### ARTÍCULO I-9

#### Derechos fundamentales

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituye la Parte II.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.

Extractos de la Carta de Derechos...

#### ARTÍCULO II-111

##### Ámbito de aplicación

1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás Partes de la Constitución.

2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución.

#### ARTÍCULO II-112

##### 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.

2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas.

3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.

5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo

podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.

7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

#### ARTÍCULO II-113

##### Nivel de protección

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

#### ARTÍCULO II-114

##### Prohibición del abuso de derecho

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta.

**En materia de igualdad –especialmente de género- recuerde la importancia decisiva del Derecho –y jurisprudencia- comunitarias.**

### ***C) Protocolo nº 32 relativo a la adhesión de la Unión al CEDH***

Asunto: Protocolos y Anexos I y II anexos al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa

#### 32. PROTOCOLO

32. Protocolo sobre el apartado 2 del artículo I-9 de la Constitución relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES, HAN CONVENIDO en las siguientes disposiciones, que se incorporarán como anexo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa:

#### ARTÍCULO 1

El acuerdo relativo a la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (denominado en lo sucesivo "Convenio Europeo"), que dispone el apartado 2 del artículo I-9 de la

Constitución, estipulará que se preserven las características específicas de la Unión y del Derecho de la Unión, en particular por lo que se refiere a:

a) las modalidades específicas de la posible participación de la Unión en las instancias de control del Convenio Europeo;

b) los mecanismos necesarios para garantizar que los recursos interpuestos por terceros Estados y los recursos individuales se presenten contra los Estados miembros o la Unión, según el caso.

#### ARTÍCULO 2

El acuerdo a que se refiere el artículo 1 garantizará que la adhesión no afecte a las competencias de la Unión ni a las atribuciones de sus instituciones. Garantizará que ninguna de sus disposiciones afecte a la situación particular de los Estados miembros respecto del Convenio Europeo, en particular respecto de sus Protocolos, a las medidas que adopten los Estados miembros como excepción al Convenio Europeo con arreglo a su artículo 15 y a las reservas al Convenio Europeo formuladas por los Estados miembros con arreglo a su artículo 57.

#### ARTÍCULO 3

Ninguna disposición del acuerdo mencionado en el artículo 1 afectará al apartado 2 del artículo III-375 de la Constitución.

## **2. Integración en el Derecho español del Derecho supranacional de derechos fundamentales**

**Recuérdese el texto de los artículos 96 y 10. 2 de la Constitución (en su caso el 13 CE), por este orden, remitiendo a lo aprendido en Constitucional I sobre los tratados internacionales y subrayando la especial importancia del artículo 10. 2º CE.**

*Artículo 10. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

*Artículo 13. 1. Los extranjeros gozaran en España de las libertades publicas que garantiza el presente titulo en los términos que establezcan los tratados y la ley.*

*Artículo 96. 1. Los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas Generales del derecho internacional.*

*2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizara el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.*

Merced a los siguientes extractos, el alumno puede seguir una serie de afirmaciones y reglas de nuestro tribunal que permiten hacerse un cuadro del papel que corresponde a los tratados internacionales y a los órganos que los interpretan (y sus resoluciones y sentencias) a la hora de trabajar con derechos fundamentales. De igual modo, y no sin

complejidad, se muestran algunos extractos de la difícil cuestión de la integración de ordenamientos comunitario y español respecto de la materia.

**2. 1. SENTENCIA 36/1991, DE 14 DE FEBRERO, SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 10. 2º CE (CONTENIDO DEL DERECHO EN TRATADO, PASA A CONTENIDO CONSTITUCIONAL)**

---

**Este extracto detalla con claridad el significado del artículo 10.2 que “no da rango constitucional”, pero “en la práctica” el contenido del derecho reconocido en un tratado internacional, pasa a ser el contenido constitucionalmente reconocido.**

FJ 4º “Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 C.E., pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso.”

**2. 2. SENTENCIA 28/1991, DE 14 DE FEBRERO, DISTINCIÓN ART. 96 Y 10.2, “PERFIL EXACTO”**

---

**Tenga en cuenta que bajo la perspectiva del artículo 96, no puede alegarse inconstitucionalidad por incumplimiento de un tratado internacional, si bien, bajo la perspectiva del artículo 10.2 el incumplimiento de un tratado internacional de derechos fundamentales, puede suponer el incumplimiento de un derecho fundamental de la Constitución, en tanto en cuanto ha de ser interpretado conforme a dicho tratado.**

5. El Parlamento Vasco estima asimismo vulnerado, del modo indirecto que nos consta y sin mayores razonamientos, el art. 96.1 del Texto constitucional. Ahora bien, es evidente que ni el Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas ni el Derecho de éstas integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta

contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (sentencia 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (art. 10.2 C.E.). Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional.

---

**2. 3. SENTENCIA 36/1984, FJ 3º, ARTÍCULO 10. 2º REENVÍA A LA INTERPRETACIÓN DEL CEDH POR EL TEDH**

---

**El alumno debe tener claro que la importancia del art. 10. 2º CE no es tanto por obligar a interpretar la Constitución conforme los tratados internacionales, que en muchos casos no expresan diferencias con el texto constitucional. La clave de la importancia suele residir en que para interpretar cada derecho y sus problemas de titulares, límites, contenido, etc. hemos de acudir a la jurisprudencia de Tribunales como el TEDH**

“La remisión que el art. 10.2 de la C.E. hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (T.E.D.H.) al aplicar la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, según la cual «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un Tribunal independiente e imparcial...».”

---

**2. 4. SENTENCIA 62/1982, DE 15 DE OCTUBRE, TRATADOS INTERNACIONALES EN PRINCIPIO NO PODRÍAN AMPLIAR LÍMITES, PERO SE DIO UN CASO CON LA “MORAL”**

---

**Éste es un caso paradigmático que sirve, en negativo, para recordar que los tratados internacionales en su práctica totalidad son**

**estándar mínimo, nivel mínimo de protección, por lo que no se puede acudir a ellos para interpretar mayores límites y menor protección a los derechos que la que la Constitución confiere. No obstante, pese a que en la Constitución española la moral por sí sola no puede justificar un límite a un derecho, en esta sentencia el Tribunal Constitucional acudió al TEDH para dar soporte a un límite.**

FJ 3

De acuerdo con el precepto transcrito, en conexión con el 53.1 de la Constitución, la Ley puede fijar límites siempre que su contenido respete el contenido esencial de los derechos y libertades a que se refiere el art. 20. Queda así planteada la cuestión de determinar si la moralidad pública puede ser un límite establecido por el legislador, o si tal límite afectaría al contenido esencial de la libertad de expresión. Problema que puede resolverse fácilmente a partir del art. 10.2 de la Constitución, dado que tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, y en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, se prevé que el legislador puede establecer límites con el fin de satisfacer las justas exigencias de la moral (art. 29.2 de la Declaración), para la protección de la moral pública [art. 19.3 b) Convenio de Nueva York], para la protección de la moral (art. 10 Convenio de Roma). El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art. 21 de la Constitución.

## 2. 5. ARTICULACIÓN CARTA DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUCIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (DICTAMEN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2004)

*Pese a que desde su aprobación en Niza el Tribunal Constitucional ya cita la carta de derechos fundamentales (véase sentencia 290/2000), ésta ya integrada en el Tratado Constitucional no es Derecho en vigor. No obstante, sí que resulta de interés adentrarse en problemas de integración de ordenamientos en materia de derechos fundamentales. Para ello, específicamente se sigue el Dictamen sobre la Constitución europea de nuestro tribunal, en lo particularmente referido a los derechos fundamentales.*

### DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004

1. **Obsérvese en FJ 6º cómo el Tribunal Constitucional renuncia a abordar cuestiones que puedan suscitarse en abstracto de derechos fundamentales, remitiendo al “diálogo constante” con las diversas instancias jurisdiccionales”.**
2. **Fíjese en que para el tribunal, la Constitución europea con su carta de derechos fundamentales no varía lo ya existente con otros tratados, como el CEDH.**

- 3. Obsérvese como el carácter de estándar mínimo es apoyo del tribunal para no considerar que existen problemas.**
- 4. Del voto particular: obsérvese como en anteriores sentencias el Tribunal Constitucional abría la puerta a un posible control de los tratados (en su ejecución por poderes públicos) en tanto en cuanto puedan lesionar derechos fundamentales.**
- 5. De hecho, vuelva a leer el FJ 6 y observe que el tribunal no se cierra a juzgar si se respetan o no los derechos fundamentales por motivo de normativa comunitaria.**

FJ 3º... En consecuencia el nuevo Tratado no altera sustancialmente la situación creada tras nuestra adhesión a las Comunidades y, si acaso, la simplifica y reordena en términos que hacen más preciso el alcance de la cesión del ejercicio de competencias verificada por España. Pero, sobre todo, se advierte que las competencias cuyo ejercicio se transfiere a la Unión Europea no podrían, sin quiebra del propio Tratado, servir de fundamento para la producción de normas comunitarias cuyo contenido fuera contrario a valores, principios o derechos fundamentales de nuestra Constitución.

FJ 6. Los problemas de articulación entre regímenes de garantía son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. Como sucede con los que desde el primer momento viene planteando la integración del Convenio de Roma, su solución sólo puede perseguirse en el marco de los procedimientos constitucionales atribuidos al conocimiento de este Tribunal, esto es, ponderando para cada concreto derecho y en sus específicas circunstancias las fórmulas de articulación y definición más pertinentes, en diálogo constante con las instancias jurisdiccionales autorizadas, en su caso, para la interpretación auténtica de los convenios internacionales que contienen enunciados de derechos coincidentes con los proclamados por la Constitución española.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el art. 10.2 de la Constitución “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”, de suerte que habrán de tomarse en consideración “para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ... ha reconocido nuestra Constitución” [sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8, con referencia, precisamente, a la propia Carta de Niza; también sentencia 53/2002, de 27 de febrero, FJ 3 b)]. El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el art. I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se

adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

Esa reducción de la complejidad inherente a la concurrencia de criterios para la interpretación no dice nada nuevo a propósito del valor que para la definición de cada derecho haya de tener la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión Europea. No supone, en otras palabras, un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional. Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del art. 10.2 CE, de manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos. Y las que resulten, según se ha dicho, sólo podrán aprehenderse y solventarse con ocasión de los procesos constitucionales de que podamos conocer.

Por lo demás no puede dejar de subrayarse que el artículo II-113 del Tratado establece que ninguna de las disposiciones de la Carta “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”, con lo que, además de la fundamentación de la Carta de derechos fundamentales en una comunidad de valores con las constituciones de los Estados miembros, claramente se advierte que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno.

Ha de concluirse así, en respuesta a la segunda de las preguntas del Gobierno, que no existe contradicción entre la Constitución Española y los arts. II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

[En todo caso, podría darse supuestos de conflicto irreconciliable de uno y otro Derechos]

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros.

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Declaración correspondiente al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

... C) En la misma línea, dejo ya constancia de que no comparto la valoración de nuestra jurisprudencia que se hace en el fundamento jurídico cuarto de la Declaración de la que discrepo. Con cita de varias Sentencias de este Tribunal, se afirma que “nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho

comunitario sobre el interno”, en el ámbito de aquél. Pues bien, creo que es precisamente esa jurisprudencia la que permite descartar que la primacía del Derecho comunitario se proyecte en concreto sobre la Constitución: bastará leer en las citadas Sentencias 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a), y 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, que “en conclusión, pues, es claro también que, en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE”. Es decir, el acto podrá ser válido con arreglo al Derecho comunitario, pero si vulnera un derecho fundamental reconocido en la Constitución, habrá de ser anulado. No veo aquí, en modo alguno, primacía del Derecho comunitario con desplazamiento de la Constitución.

## 2. 6. SENTENCIA 58/2004, DE 19 DE ABRIL, FJ 11, POSIBILIDAD DE FISCALIZAR ACTOS DE APLICACIÓN DE DERECHO COMUNITARIO VS. DERECHOS FUNDAMENTALES

---

- 1. ¿Es posible plantear un recurso de amparo contra normas o actos de la Comunidad Europea? FJ 11º**
- 2. Sin perjuicio de lo anterior, ¿es posible que el Tribunal Constitucional juzgue si un acto de un poder público español en ejecución del Derecho comunitario lesiona un derecho fundamental?**

11. “A tal fin hemos de señalar que, como es sabido, el recurso de amparo se ha establecido por el constituyente y configurado por el legislador como un medio procesal para recabar la tutela de las libertades y derechos proclamados en los arts. 14 al 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE, y 41 LOTC] y sólo con la finalidad de restablecer o preservar los mismos (art. 41.3 LOTC). En definitiva, «no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 LOTC, contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos» [sentencia 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)], al no pertenecer al ámbito de nuestra competencia «la salvaguardia del respeto de las normas de Derecho comunitario, existiendo en dicho ordenamiento órganos y procedimientos adecuados a este fin» (sentencia 143/1994, de 9 de mayo, FJ 8).

Lo anteriormente expuesto no inhabilita a este Tribunal, sin embargo, para revisar la valoración judicial de la posible contradicción entre el Derecho comunitario y el interno cuando la misma haya implicado la lesión de alguno «de los derechos fundamentales y libertades públicas enunciadas en los arts. 14 a 30 CE [arts. 53.2 y 161.1 b) CE y título III LOTC]» [sentencia 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)]. Ello porque «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución» [sentencia 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a)].

### **3. Algunos conceptos previos y requisitos frente a la actuación del legislador de derechos fundamentales**

#### **3.1 .EXPRESIÓN DE LA NORMATIVIDAD DE LOS DERECHOS EN LA LOPJ**

- 1. Observe gracias a estos preceptos de la Ley orgánica del poder judicial, el valor normativo de la constitución y su especiales significancia para los derechos fundamentales, en relación con los artículos 9. 1º y 53. 1º CE.**
- 2. Fije su atención al tratamiento particular del “contenido constitucionalmente declarado” de los derechos (ajeno a la mera legalidad del desarrollo del mismo) y el papel de las sentencias del Tribunal Constitucional.**

#### Artículo 5

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su ley orgánica.

3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

4. En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional.

En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.

#### Artículo 6

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

#### Artículo 7

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Cáp. II del Tít. I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el art. 53,2 CE se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

3. Los Juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción.

### 3. 2. NORMATIVIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPOSICIÓN LEGISLATIVA

---

#### ***A) Sentencia 15/1982, de 23 de abril***

- 1. En general, crees que la remisión a la regulación legal de un derecho fundamental por la Constitución hace que éste no sea exigible hasta que se regule.**
- 2. ¿Aunque haya una clara remisión a la ley en la Constitución, queda un mínimo que el legislador no puede disponer?**

8. De ello no se deriva, sin embargo, que el derecho del objetor esté por entero subordinado a la actuación del legislador. El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la interpositio legislatoris no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales. Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos; el hecho mismo de que nuestra norma fundamental en su art. 53.2 prevea un sistema especial de tutela a través del recurso de amparo, que se extiende a la objeción de conciencia, no es sino una confirmación del principio de su aplicabilidad inmediata. Este principio general no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable supuestos que no se dan en el derecho a la objeción de conciencia.

Es cierto que cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que en el caso presente habría de identificarse con la suspensión provisional de la incorporación a filas, pero ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el art. 53.2 de la Constitución carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico. La dilación en el cumplimiento del deber que la Constitución impone al legislador no puede lesionar el derecho reconocido en ella.

Para cumplir el mandato constitucional es preciso, por tanto, declarar que el objetor de conciencia tiene derecho a que su incorporación a filas se aplace hasta que se configure el procedimiento que pueda conferir plena realización a su derecho de objetor, declaración, por otra parte, cuyos efectos inmediatos son equivalentes a los previstos en el Real Decreto 3011/ 1976, de 23 de diciembre, ya que, según advierte el Abogado del Estado, la Presidencia del Gobierno no está haciendo uso en el momento presente de la autorización en él contenida en relación con la prestación social sustitutoria.

No corresponde, sin embargo, a este Tribunal determinar la forma en que dicha suspensión o aplazamiento ha de concederse, por lo que no puede proceder, como

pretende el recurrente en su escrito de demanda, a la adopción de las medidas adecuadas para que el Ministerio de Defensa y sus órganos subordinados le concedan la prórroga de incorporación a filas de cuarta clase a).

***B) Sentencia 31/1994, de 31 de enero: derechos “secundarios” y necesaria acción legislativa***

- 1. Observe cómo en ocasiones existen derechos fundamentales necesitados de desarrollo legal.**
- 2. En estos supuestos, ¿queda plena libertad al legislador?**
- 3. ¿Consideras posible una acción para obligar al legislador a regular un derecho? ¿Y para obtener una condena por no haber regulado el derecho?**

7. La Constitución al consagrar el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a) C.E.] y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) C.E.], consagra también del derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades, si bien es cierto, como hemos tenido ocasión de señalar, que no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el art. 20 C.E. y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos, de modo que respecto al derecho de creación de los medios de comunicación el legislador dispone, en efecto, de una mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial. También lo es, asimismo, que en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima, de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos.

Pero lo que no puede el legislador es diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) C.E., pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 C.E., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Ni la publicación de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990, fundamento jurídico 6. ; 189/1991, fundamento jurídico 3.) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados ex Constitutione, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 C.E.

Como ha señalado reiteradamente este Tribunal, los principios constitucionales y los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los Poderes Públicos (art. 9.1 y 53.1 C.E.) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más

excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 9.; 254/1993, fundamento jurídico 6.). Ciertamente es que cuando se opera con la interpositio legislatoris es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que ha de verse desarrollado y completado por el legislador (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 8.; 254/1993, fundamento jurídico 6.), pero de ahí no puede deducirse sin más que la libertad de comunicación ejercitada por las entidades demandantes de amparo no forma parte del contenido mínimo que consagra el art. 20.1 a) y d) C.E., de modo que deba ser protegido por todos los Poderes Públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

El legislador ha demorado, hasta el presente, el desarrollo de la televisión local por cable con el consiguiente sacrificio del derecho fundamental. En efecto, dada la escasa complejidad técnica de la regulación de su régimen concesional en atención al soporte tecnológico empleado para la emisión y la ilegalidad sobrevenida que la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones supuso para una actividad que con anterioridad había recibido alguna cobertura jurídica por parte de la jurisprudencia (entre otras, Sentencias del T.S. de 17 de noviembre y 11 de diciembre de 1986; 21 de febrero, 6, 7, 10 y 13 de marzo, 21 de abril y 10 de julio de 1987), la prohibición absoluta que para las emisiones televisivas de carácter local y por cable implica la ausencia de regulación legal sin razones que lo justifiquen constituye un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta, que, en razón de la publicación de la actividad de difusión televisiva, podrían dar cobertura suficiente a una limitación, pero en ningún caso a una supresión de la libertad de comunicación. Puesto que dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implican, por sí y ordinariamente, restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras. Por ello, sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio, en tanto ésta no se produzca, no cabe, porque subsista la laguna legal, sujetar a concesión o autorización administrativa -de imposible consecución, por demás- el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, pues ello implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20.1 a) y d) C.E.

En consecuencia, las Resoluciones administrativas impugnadas, que requirieron a las demandantes de amparo el cese en sus emisiones y el desmontaje de sus instalaciones por falta de una autorización administrativa han lesionado los derechos fundamentales de las recurrentes, y ello ha de llevar derechamente al otorgamiento del amparo solicitado.

### 3. 3. DIMENSIÓN OBJETIVA DERECHOS Y LA ACCIÓN NORMATIVA DE LOS PODERES PÚBLICOS

---

**Es fundamental captar la importancia del desdoblamiento de las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales. (La posterior sentencia del aborto puede serle también de ayuda). Captar este concepto es esencial para el desarrollo del curso.**

Sin perjuicio de esta dimensión subjetiva, los derechos fundamentales ostentan también una dimensión objetiva<sup>17</sup>.

Siguiendo las palabras del Tribunal Constitucional Alemán [en *BverfGE* 7, 198 (207)], los derechos fundamentales son normas objetivas que expresan un contenido que se irradia en todos los ámbitos del ordenamiento; este efecto de irradiación afecta las tres funciones del Estado: la conformación material de prescripciones de Derecho por el legislador o normador; a la actuación del ejecutivo en el ámbito de sus funciones, y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte del juez. Los poderes públicos tienen en su ámbito de actuación un deber de realización que implica en los más de los casos, un deber de actividad positiva de muy diversa índole.

En general, con esta “dimensión objetiva” se expresa la necesaria proyección que los derechos fundamentales tienen sobre la acción de todos los poderes públicos. En la actividad legislativa y normadora, en la actividad jurisdiccional y en la acción del

---

<sup>17</sup> El Tribunal Constitucional reconoció por primera vez esta dimensión objetiva de los derechos y libertades en la sentencia 25/1981, de 21 de julio (FJ 5º), 18/1984 /FJ 6º), como, de manera muy significativa, en la sentencia del aborto 53/1985, de 11 de abril (FJ 4º). Asimismo, entre otras en la sentencia 163/1986, de 17 de diciembre (FJ 1º), 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º, 172/1989, de 19 de octubre (FJ 3º), o en el auto 382/1996, de 18 de diciembre (FJ 3º), entre otros.

Por lo que conozco, las únicas referencias que se pueden encontrar respecto de esta vertiente objetiva y su confusión se hayan en trabajos como el de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas - UAM, Madrid, 1994, (en el cual, cuanto menos se da el esfuerzo de escindir esta dimensión de las garantías institucionales).

Más allá de manifestar esta confusión usual que se da al respecto, cabe señalar en todo caso que son escasas las referencias de alguna profundidad en la doctrina sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. La dimensión positiva y objetiva aparece en forma de “política de derechos fundamentales” en las páginas finales del estudio de Ignacio de Otto en MARTÍN RETORTILLO Lorenzo y DE OTTO Y PARDO Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, línea que no ha sido suficientemente subrayada por la doctrina (si bien cabe mencionar en esta dirección SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, “Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y libertades”, en *Revista de Derecho Político*, nº 36, 1992, Monográfico sobre la Reforma Constitucional, págs. 235-254). Un tratamiento amplio y complejo también se encuentra en el amplio estudio de ALEXY, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 454 y ss.

Con mayor claridad, se aprecian las diversas proyecciones de esta dimensión objetiva-positiva-institucional en las Teorías sobre los derechos fundamentales contenidas en el valioso trabajo de BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993. También, pueden seguirse algunas consideraciones sobre esta poco abordada dimensión de los derechos en la delimitación inicial del objeto de estudio del trabajo de MEDINA GUERRERO, Manuel, La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, págs. 4 a 8.

Más recientemente, SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, en Miguel Ángel Aparicio (coord.), *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Cedecs, Barcelona, 2001, págs. 199-219. Asimismo, hay que destacar las referencias sobre la dimensión objetiva en BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004. En particular me remito al Capítulo 2, págs. 50-56 (M. A. Presno); Capítulo 5 (I. Villaverde), págs. 112-115 y Capítulo 8 (B. Aláez Corral), págs. 182 y ss.).

Ejecutivo y las administraciones públicas hay un deber de procurar una mayor efectividad de los derechos. Sobre esta idea general se ubican –no con mucha precisión y bajo una terminología que depende muchas veces de quién haga referencia a la misma<sup>18</sup>- una dimensión, axiológica, institucional y, a veces, también prestacional de los derechos fundamentales<sup>19</sup>. En principio, esta dimensión objetiva del derecho viene a quedar como añadido al derecho subjetivo en sí, elemento externo al contenido del derecho subjetivo que si bien impone obligaciones a los poderes públicos, tales obligaciones no se articulan como facultades exigibles del derecho subjetivo<sup>20</sup>. Si, en general, el derecho subjetivo cabe concebirlo como regla, esta dimensión objetiva puede considerarse como norma de principio por su más que relativo grado de exigibilidad jurídica.

De este modo, sin perjuicio de ser un derecho subjetivo, un derecho fundamental implica también una proyección en el resto del ordenamiento jurídico (dimensión referida en ocasiones como de carácter “axiológico”, en otras, con mayor imprecisión, como dimensión “positiva”, en otros casos se describe como “efecto irradiante” o por medio de la consideración de los derechos como “principios” del ordenamiento jurídico). También, esta dimensión objetiva como deber de actuación a favor de la eficacia del derecho se traduce en la creación de instituciones o institutos específicos de protección del derechos fundamentales (dimensión “institucional” en palabras del Tribunal Constitucional). De igual modo –y bajo la advertencia, una vez más de que ni la jurisprudencia ni la doctrina han discernido con precisión dentro de esta dimensión objetiva- este deber de los poderes públicos de adoptar medidas y acciones positivas eficaces para la mejor defensa y remoción de obstáculos respecto de ese derecho se traduce en una dimensión “prestacional” del derecho fundamental en cuestión.

Pues bien, estas observaciones tienen una relativa incidencia cuando se trata del derecho de protección de datos personales y, por lo que aquí más interesa, las posibilidades de actuación desde las Comunidades Autónomas y los Estatutos de Autonomía al respecto.

---

<sup>18</sup> Se trata, hay que decir, de un ámbito sorprendentemente desatendido por la doctrina. Asimismo, no resulta en modo alguno sencillo delimitar la proyección y alcance jurídico de esta dimensión objetiva, axiológica, institucional o positiva de los derechos y libertades -al igual que sucede con la categoría de la garantía institucional, con la que se funde y confunde-. En relación con ello, véase particularmente el trabajo de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo *Derechos fundamentales y garantías institucionales...* cit en concreto, págs. 40 a 41, 74 a 77 y 243 a 246. Resulta particularmente interesante volver a hacer referencia a la citada obra de BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, cit. Al margen de la referida “Teoría Liberal” de los derechos y libertades -que es la que subraya su vertiente subjetiva-, la dimensión objetiva parece incluirse en las otras teorías referidas por el autor: institucional (págs. 53 y ss.), axiológica (págs. 57 y ss.), democrático-funcional (págs. 60 y ss) y la del Estado social (págs. 63 y ss.)

<sup>19</sup> Así, sin ánimo exhaustivo, cabe señalar que tras la alusión de esta faceta objetiva de los derechos y libertades, en ocasiones se hace referencia a un sistema de valores constitucional que despliega, por lo general, indeterminados efectos. Igualmente, de tal dimensión objetiva se deriva una proyección jurídica general de los derechos como principios jurídicos. Del mismo modo, de esta dimensión positiva se ha construido la eficacia indirecta de los derechos entre terceros, a raíz del llamado “deber de protección” del Estado respecto de los mismos. Este deber positivo del Estado ha alcanzado, a su vez, otras proyecciones en orden a la garantía de los derechos y libertades. Asimismo, de esta vertiente positiva se ha derivado no sólo una papel del Estado como garante de los derechos, sino su deber promocional y prestacional respecto de los mismos.

<sup>20</sup> En este sentido, BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit. pág. 51.

Sigamos el concepto vinculado a un derecho fundamental concreto, el derecho de protección de datos personales. Así, en el ámbito de la protección de datos es habitual el reconocimiento de institutos para su mejor garantía (Agencias, Autoridades o Comisionados), de hecho su existencia la exige la normativa europea. Y para nuestro Tribunal Constitucional la existencia de este tipo de instituciones de garantía generadas por la legislación en aras de la mayor efectividad del derecho es un ejemplo de la dimensión institucional de un derecho fundamental<sup>21</sup>. Siguiendo lo expuesto, esta dimensión institucional no habría de considerarse en el ámbito del derecho subjetivo (también en general vedado al legislador autonómico), sino en el ámbito objetivo del derecho a la protección de datos personales. Además, cabe tener ya en cuenta, nuestro Tribunal Constitucional –dando por buena la legislación estatal– considera esta dimensión institucional para la garantía del derecho de protección de datos como “condición básica” para el mantenimiento de su igualdad (art. 149. 1º. 1ª CE).<sup>22</sup> Este último factor, como se dirá, es el que hace la cuestión competencial especialmente compleja (la protección institucional del derecho no forma parte del derecho subjetivo, por lo que no queda vedada la creación de instituciones de protección al ámbito autonómico, si bien, como constituye una condición básica para la igualdad, queda como competencia exclusiva del Estado).

Según lo afirmado, en esta dimensión objetiva que permite una mayor actuación autonómica cabe ubicar, en concreto y con relación al derecho a la protección de datos personales:

- la dimensión institucional, tanto la Agencia estatal cuanto las agencias autonómicas son ejemplo de esta dimensión. Ello sin perjuicio de que el ámbito de actuación de estas agencias quede condicionado por la voluntad del legislador estatal y

---

<sup>21</sup> Así lo ha referido en la sentencia 292/2000:

Fj 12º “la creación por la LORTAD de la Agencia de Protección de Datos para velar por el cumplimiento de dicha ley y controlar su aplicación, se halla estrechamente relacionado no sólo con el mandato del art. 18.4 CE sino con el primero de dichos presupuestos, el derecho fundamental a la protección de datos personales frente al uso de la informática.”

Fj 13º “mediante este marco institucional no sólo se ha querido velar por la puntual observancia de los límites al uso de la informática que la LORTAD establece para los responsables de los ficheros de datos personales, sino también garantizar el ejercicio por los ciudadanos del derecho fundamental a la protección de dichos datos mediante la actuación preventiva por parte de los citados órganos.”

<sup>22</sup> Esta vinculación se plasma en dicha sentencia en su FJ 14º:

“junto a la normación como aspecto esencial del art. 149.1.1 CE las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos los españoles en su disfrute, una dimensión institucional. Como hemos reconocido tempranamente en la sentencia 154/1988, de 21 de julio, FJ 3, respecto a la regulación del censo electoral y las funciones de la Oficina del Censo Electoral, al declarar que mediante esta regulación el Estado había pretendido ejercer la competencia que en esta materia “se deriva del art. 149.1.1 de la Constitución, en relación con el art. 23 de la misma”. A lo que cabe agregar que no es infrecuente que la Ley Orgánica que lo ha llevado a cabo haya establecido un órgano al que encomienda la ejecución de sus preceptos, como es el caso, por ejemplo, respecto al derecho fundamental del art. 30.2 CE, de la creación por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva, de un Consejo Nacional de Objeción de Conciencia al que corresponde, entre otras funciones, resolver sobre las solicitudes de declaración de dicha objeción (sentencia 160/1987, de 27 de octubre, FJ 5).”

por la interpretación del Tribunal Constitucional en particular respecto del artículo 149. 1º. 1ª CE.

- De igual modo, sobre la base de lo expuesto sobre la noción de dimensión objetiva, queda claro que el derecho a la protección de datos personales tiene un efecto irradiante, de principio inspirador en el ordenamiento jurídico y, por ende, en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias.

- Asimismo, para la mejor garantía y eficacia de todo derecho cabe una acción positiva de los poderes públicos que en muchos casos puede identificarse como “prestacional”. En el caso de la protección de datos esta dimensión prestacional se advierte con claridad -tanto ante sectores privados como públicos- respecto de las actuaciones informativas, formativas y de concienciación; la actividad de asistencia, apoyo y asesoramiento para la adecuación de la normativa; las acciones de subvención de actividades materialmente vinculadas con la materia. Se trata, al fin y al cabo, de actividades que comportan una prestación (en el sentido de acción, promoción y remoción material de obstáculos) por parte del poder público a favor de una mejor garantía y eficacia del derecho a la protección de datos personales. Y también respecto de esta “dimensión prestacional” cabe otorgar a las Comunidades Autónomas un papel muy importante.

### **3. 4. CONCEPTO DE “CONTENIDO ESENCIAL” (SENTENCIA 11/1981, DE 11 DE ABRIL)**

---

Observe la definición y parámetros del contenido esencial

FJ 8

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho 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. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y

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

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse. De este modo, en nuestro caso lo que habrá que decidir es la medida en que la normativa contenida en el Real Decreto-Ley 17/77 permite que las situaciones de derecho que allí se regulan puedan ser reconocidas como un derecho de huelga en el sentido que actualmente se atribuye con carácter general a esta expresión, decidiendo al mismo tiempo si con las normas en cuestión se garantiza suficientemente la debida protección de los intereses que a través del otorgamiento de un derecho de huelga se trata de satisfacer.”

### 3. 5. CONCEPTO DE “GARANTÍAS INSTITUCIONALES” (SENTENCIA 16/2003, FJ 8)

---

*Tenga en cuenta que este complejo concepto es empleado con relación a los derechos fundamentales en algunas ocasiones. Se trata de garantizar un contenido protegido en la Constitución respecto de lo que no son en sí derechos fundamentales en sentido más clásico. Por ejemplo, la autonomía universitaria, en su caso, la libertad de empresa. Se trata de ámbitos constitucionales en los que el legislador tiene un campo de acción más amplio que el más restringido de los derechos clásicos. No obstante, pese a un campo de acción más amplio, se garantizan unos mínimos a respetar.*

*De otra parte, en ocasiones se hace referencia a la garantía institucional como concepto para reforzar la protección de algunos derechos. Así, por ejemplo, el valor preferente de algunas libertades cuando se ejercen en beneficio de la democracia misma, se articula como “garantía institucional”.*

*Por último, la “garantía institucional” puede ser empleada como alusión a las instituciones de garantía de derechos (administración electoral, agencias de protección de datos, etc.) A continuación se sigue la acepción más propia y clásica de esta noción, la primera de las enunciadas.*

“En efecto, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal ésta «no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» [ por todas, sentencia 32/1981, de 28 de julio, FJ 3, y también las Sentencias 26/1987, de 27 de febrero, FJ 4 a); 76/1988, de 26 de abril, FJ 4; 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2; y 159/2001, de 5 de julio, FJ 4]. En efecto, como ha afirmado este Tribunal en reiteradas ocasiones, «la garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y de la aplicación que de las mismas se hace» (sentencia 32/1981, de 28 de julio, FJ 3; en el mismo sentido, Sentencias 38/1983, de 16 de mayo, FJ 6; 40/1988, de 19 de febrero, FJ

39; 76/1988, de 26 de abril, FJ 4; 159/1993, de 6 de mayo, FJ 6; 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2; y 159/2001, de 5 de julio, FJ 4).”

### **3. 6. LA LEY LIMITADORA HA DE RESPETAR LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SER PRECISA (SENTENCIA 292/2000, FJ 15)**

---

*Recuerde los requisitos a los límites a los derechos. Entre los límites formales, se subraya ahora la precisión en la fijación normativa de los límites, en razón de la seguridad jurídica.*

“15. Pasando al examen de los incisos impugnados del art. 24.1 y 2 L.O.P.D., es procedente recordar previamente que la reserva de Ley prevista en el art. 53.1 C. E. respecto a la regulación de los límites de un derecho fundamental no sólo excluye apoderamientos a favor de las normas reglamentarias como el que antes hemos enjuiciado, sino que también implica otras exigencias respecto al contenido de la Ley que establece tales límites.

De un lado, porque si bien este Tribunal ha declarado que la Constitución no impide al Estado proteger derechos o bienes jurídicos a costa del sacrificio de otros igualmente reconocidos y, por tanto, que el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio, también hemos precisado que, en tales supuestos, esas limitaciones han de estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales (Sentencias 104/2000, de 13 de abril, F.J. 8 y las allí citadas) y, además, han de ser proporcionadas al fin perseguido con ellas (Sentencias 11/1981, F.J. 5, y 196/1987, F. J. 6). Pues en otro caso incurrirían en la arbitrariedad proscrita por el art. 9. 3 C.E.

De otro lado, aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una Ley (sentencia 178/1985), éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. Conclusión que se corrobora en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha sido citada en el F.J. 8 y que aquí ha de darse por reproducida. Y ha de señalarse, asimismo, que no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (sentencia 104/2000, F.J. 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha Ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (Sentencias 11/1981, F.J. 15; 142/1993, de 22 de abril, F.J. 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 7). 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. Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica.

#### 4. El papel limitador de la ley y garantías frente al establecimiento de límites por otros medios (sentencia 292/2000)

1. Fija tu atención en la diferencia de límites o restricciones a derechos de los que habla el Tribunal (directas o al modo tiempo o lugar) y observa su relación con el tipo de norma que debe hacerlo.
2. Observa quién es la “única habilitada” por la Constitución para establecer límites y de dónde derivan éstos.
3. Señala los límites que tiene la ley para expresar y reconocer tales límites, en especial, la posibilidad que tiene la ley para “apoderar” a poderes públicos para que establezcan los límites.

FJ 11

“el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los Poderes Públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución (Sentencias 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7; 196/1987, de 11 de diciembre, F.J. 6; y respecto del art. 18, la sentencia 110/1984, F.J. 5). **Esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, a las que antes se ha aludido, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 C.E.** La primera constatación que debe hacerse, que no por evidente es menos capital, es que 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, F.J. 6; 18/1999, de 22 de febrero, F.J. 2).

Justamente, si la Ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los derechos fundamentales y, en el caso presente, al derecho fundamental a la protección de datos, y esos límites no pueden ser distintos a los constitucionalmente previstos, que para el caso no son otros que los derivados de la coexistencia de este derecho fundamental con otros derechos y bienes jurídicos de rango constitucional, el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos. Por tanto, si aquellas operaciones con los datos personales de una persona no se realizan con estricta observancia de las normas que lo regulan, se vulnera el derecho a la protección de datos, pues se le imponen límites constitucionalmente ilegítimos, ya sea a su contenido o al ejercicio del haz de facultades que lo componen. **Como lo conculcará también esa Ley limitativa si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el**

**derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga. Y así será cuando la Ley, que debe regular los límites a los derechos fundamentales con escrupuloso respeto a su contenido esencial, se limita a apoderar a otro Poder Público para fijar en cada caso las restricciones que pueden imponerse a los derechos fundamentales, cuya singular determinación y aplicación estará al albur de las decisiones que adopte ese Poder Público, quien podrá decidir, en lo que ahora nos interesa, sobre la obtención, almacenamiento, tratamiento, uso y cesión de datos personales en los casos que estime convenientes y esgrimiendo, incluso, intereses o bienes que no son protegidos con rango constitucional.**

De ser ese el caso, la Ley habrá vulnerado el derecho fundamental en cuestión, ya que no sólo habrá frustrado la función de garantía propia de toda reserva de ley relativa a derechos fundamentales al renunciar a fijar por sí misma esos límites, dado que la reserva de Ley impone al legislador, además de promulgar esa Ley, regular efectivamente en ella la materia objeto de la reserva; sino también al permitir que el derecho fundamental ceda ante intereses o bienes jurídicos de rango infraconstitucional en contra de lo dispuesto en la propia Constitución, que no lo prevé así.

Por esta razón, **cuando la Constitución no contempla esta posibilidad de que un Poder Público distinto al Legislador fije y aplique los límites de un derecho fundamental o que esos límites sean distintos a los implícitamente derivados de su coexistencia con los restantes derechos y bienes constitucionalmente protegidos, es irrelevante que la Ley habilitante sujete a los Poderes Públicos en ese cometido a procedimientos y criterios todo lo precisos que se quiera, incluso si la Ley habilitante enumera con detalle los bienes o intereses invocables por los Poderes Públicos en cuestión, o que sus decisiones sean revisables jurisdiccionalmente** (que lo son en cualquier caso, con arreglo al art. 106 C.E.). Esa Ley habrá infringido el derecho fundamental porque no ha cumplido con el mandato contenido en la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 C.E.), al haber renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de Derecho (art. 1. 1 C.E.). La fijación de los límites de un derecho fundamental, así lo hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un lugar idóneo para la colaboración entre la Ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (Sentencias 83/1984, de 24 de julio, F.J. 4, 137/1986, de 6 de noviembre, F.J. 3, 254/1994, de 15 de septiembre, F.J. 5).”

## **5. Reservas de ley orgánica, ordinaria y materias conexas**

### **5. 1. “DESARROLLO” ES LA REGULACIÓN DE LOS “ASPECTOS SUSTANCIALES” DEL DERECHO**

---

El “desarrollo” del derecho fundamental a que hace alusión el artículo 81 CE viene referido a la regulación de los “aspectos esenciales” sustanciales y necesarios del contenido de los derechos, el “desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal” (sentencia 173/1998, FJ 7º). En este sentido, el desarrollo incluye(entre otras, sentencias 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3º; 173/1998, FFJJ 7º y 8º, 292/2000, FJ 11º y 53/2002, FJ 12º):

- la definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular;
- la delimitación misma de sus titulares;
- alcance del mismo entre privados,
- garantías fundamentales necesaria para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos;
- precisión de los límites y restricciones al contenido normal delimitado, que no supongan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos

5. 2. SENTENCIA 140/1986, DE 11 DE NOVIEMBRE, SIGNIFICADO DE “DESARROLLO” (ART. 81 CE) Y POR QUÉ LAS LEYES PENALES SON ORGÁNICAS

---

1. En qué consiste el “desarrollo” de un derecho, según la sentencia
2. Que sentido tiene la reserva de ley especial de un artículo como el 17
3. Qué relación tiene esto con el Derecho penal.

FJ 5

La respuesta ha de ser afirmativa. El art. 81.1 mencionado prevé que son Leyes Orgánicas «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas». Y no cabe duda de que las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penalista) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes). **El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas, cuyo respeto, según el art. 10.1 de la C.E., es uno de los fundamentos de orden político y de la paz social.** Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo «en los casos y en la forma previstos en la Ley»: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido el Código Penal y en general las normas penales, estén en él enmarcadas formalmente, o fuera de él en leyes sectoriales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del art. 81.1 de la C.E., por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de Orgánicas.

5. 3. SENTENCIA 77/1985, DE 27 DE JUNIO, “MATERIAS CONEXAS”  
POSIBILIDADES DE LEYES Y REGLAMENTOS (ESTATALES O  
AUTONÓMICOS)

---

1. Es posible que por ley ordinaria se regulen algunos extremos de “desarrollo” de un derecho fundamental? ¿Qué límites habría?
2. ¿Cuándo será más habitual la regulación por ley ordinaria de derechos fundamentales?

FJ 3

“En términos generales puede decirse que la reserva enunciada en el art. 81.1 de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate. Es claro que, cuando la fuente infraconstitucional «de cabecera» sea, como aquí ocurre, la Ley Orgánica, no serán trasladables, en un todo, los criterios ordenadores de las relaciones entre Ley (ordinaria) y reglamento y ello no sólo porque las Leyes orgánicas y ordinarias no se sitúan, propiamente, en distintos planos jerárquicos, sino, sobre todo, porque las primeras quedan constitucionalmente informadas por un principio de especialidad, de tal modo que no podrán extender su normación más allá del ámbito que en cada caso les haya sido reservado, sin perjuicio de la eventual incorporación de normas ordenadoras de materias «conexas» (sentencia 5/1981, fundamento jurídico 21).

Sin perjuicio, sin embargo, de esta última problemática aquí secundaria, porque entra sin dificultad en el concepto de «desarrollo» ex art. 81.1 todo lo relativo a la organización de la participación reclamada por el art. 27.7, **no existe, de principio, imposibilidad constitucional para que la Ley Orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones «de desarrollo», dando así lugar, y con las mismas garantías constitucionalmente exigibles** (sentencia 83/1984, fundamento jurídico 4.º), a una colaboración entre normas que no diferirá en este plano de la integración entre distintos preceptos de la relación que en los casos de reserva de Ley pueda establecerse entre esta última fuente y el Reglamento. En realidad, la Constitución sólo impide que esta colaboración internormativa se establezca, a través de fórmulas delegantes, con los Decretos legislativos gubernamentales (art. 82.1), de tal manera que, cuando **la remisión presente en la Ley Orgánica lo es a la Ley formal, no existiría, sólo por ello, obstáculo para el reconocimiento de su regularidad constitucional**. El problema es, más bien, el de cuál sea el carácter de tal remisión y el de la sujeción que la misma entrañe sobre el legislador ordinario, pues ciertamente **habría de reputarse ilegítimo todo reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica**. Si esto no se produce y aquí podrían trasladarse las consideraciones de la citada sentencia 83/1984, la colaboración entre Leyes orgánica y ordinaria para disciplinar la materia reservada a la primera no parece pueda excluirse, de principio.

**Existen casos, cuando se trata de la reserva para el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», en que, por lo demás, tal tipo de remisión será difícil de obviar. Cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestacionales o de participación de este último carácter son los enunciados en el art. 27.7 de la Constitución, el «desarrollo» de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los**

derechos han de existir y puede no acomodarse a los criterios de política legislativa que se consideren atendibles la plena integración de todas estas normaciones en el texto que adquirirá la especial rigidez de la Ley Orgánica. En estos términos, la opción del legislador orgánico en favor de la remisión al ordinario puede ser confirmándose, así también, que la separación de círculos competenciales no puede ser absoluta una técnica sustitutiva de la igualmente constitucional consistente en la inclusión en la propia Ley Orgánica de normaciones ajenas ya al ámbito reservado («materias conexas»).

## **6.. Otros “reguladores” de derechos fundamentales**

### **6. 1. CAPACIDAD DE REGULACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

---

Las Comunidades Autónomas sí pueden “afectar” y “regular el ejercicio” de derechos fundamentales (art. 53. 1º CE) siempre que sea dentro del ámbito de las competencias asumidas. Y es que, como señala Aguado, el ejercicio de numerosos derechos tiene como espacio inmediato el ámbito territorial que ocupa la Comunidad Autónoma”<sup>23</sup>. Ello es así, por un lado, porque el ejercicio de los derechos se conecta en no pocas ocasiones, de modo indefectible, con las competencias que asume la Comunidad Autónoma de que se trate. De otro lado, “resultaría hoy difícil que un ente como la Comunidad Autónoma no incidiese en el ejercicio de los derechos, dadas las características intrínsecas de los propios derechos en un sistema socio-político como el actual.”<sup>24</sup> Esta posibilidad de afectación y regulación del ejercicio de derechos fundamentales, y aquí vienen los problemas básicos, siempre sin perjuicio de dos condicionantes fundamentales, uno formal y otro competencial.

Desde el punto de vista formal, el artículo 81 CE establece una reserva de ley orgánica para el “desarrollo” de los reconocidos en los artículos 15-29, aunque en puridad no se trata de una reserva competencial, la legislación orgánica queda vedada a las Comunidades Autónomas. Desde el punto de vista propiamente competencial, el artículo 149. 1º. 1ª CE establece la competencia estatal exclusiva respecto de las condiciones básicas para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos. A partir de estos dos condicionantes –a la vez muy unidos e interrelacionados- se establece un marco jurídico que hace de la capacidad de regulación de derechos fundamentales por Comunidades Autónomas una cuestión harto compleja, con una doctrina controvertida y, sobre todo, con una jurisprudencia que algo errática y que proporciona pocas certezas<sup>25</sup>. El problema acaba radicando en las siguientes cuestiones:

---

<sup>23</sup> AGUADO RENEDO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, pág. 358.

<sup>24</sup> *Idem*.

<sup>25</sup> Sobre el tema, por todos, cabe remitir a CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, con su monografía dedicada sobre el particular. De igual modo, entre otros cabe estar a obras como las referidas en las citas anteriores.

-La difícil sustanciación de hasta dónde llegan los “aspectos sustanciales” que sólo pueden ser regulados por ley orgánica<sup>26</sup>. Nunca es sencillo escindir estos aspectos sustanciales con el espacio de regulación del ejercicio del derecho fundamental y de afectación de éste que puede ser regulado por ley no orgánica, tanto estatal cuanto autonómica<sup>27</sup>.

-Asimismo, los problemas derivan de la determinación de cuáles son las condiciones básicas para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos, esto es, el ámbito de competencia exclusiva del Estado en virtud del artículo 149. 1º. 1ª CE. Este precepto establece un título competencial autónomo, al parecer, cada día con más fuerza, para el Tribunal Constitucional<sup>28</sup>. La determinación de tales

---

<sup>26</sup> El “desarrollo” del derecho fundamental a que hace alusión el artículo 81 CE viene referido a la regulación de los “aspectos esenciales” sustanciales y necesarios del contenido de los derechos, el “desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal” (sentencia 173/1998, FJ 7º). En este sentido, el desarrollo incluye la definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular; la delimitación misma de sus titulares; alcance del mismo entre privados, garantías fundamentales necesaria para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos; precisión de los límites y restricciones al contenido normal delimitado, que no supongan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos (entre otras, sentencias 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3º; 173/1998, FFJJ 7º y 8º, 292/2000, FJ 11º y 53/2002, FJ 12º).

Hasta la sentencia 173/1998 parecía claro que el Tribunal Constitucional consideraba que el artículo 81 CE no puede considerarse una norma de reparto competencial, sino que sólo el artículo 149. 1º. 1ª es una habilitación genérica para el legislador estatal. Este precepto es un título competencial para que el Estado pueda regular “el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos) lo cual, precisamente viene a coincidir con el ámbito que ha de ser regulado por ley orgánica. Tales “condiciones básicas” se han considerado como “aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho [...], los deberes, los requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho [...] los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho” (así en la sentencia 61/1997, FJ 8).

<sup>27</sup> Como recuerda el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1981, FJ 2º, entre otras, sí queda vedada al legislador autonómico la regulación del derecho fundamental en cuanto se afecte a las condiciones básicas del ejercicio del derecho y/o las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho. Sin embargo, las Comunidades Autónomas pueden legislar afectando a los derechos fundamentales si cuentan con competencia legislativa sobre una materia cuya regulación implique necesariamente una regulación del ejercicio del derecho fundamental en cuestión. Sobre el tema, entre otras, sentencias 152/1992, 127/1994, 61/1997 o 173/1998).

Al respecto de las disparidades sobre el particular, baste seguir la sentencia 127/1994 y las discrepancias de vario magistrados en su voto particular.

<sup>28</sup> En este sentido me remito a lo afirmado por el *Informe sobre la reforma del Estatuto del Institut de Estudis Autònomic de la Generalitat de Catalunya*.

Después de un período bastante largo en el que no se había utilizado el artículo 149.1.1 CE como título competencial autónomo, este criterio cambió con la aprobación por parte del Estado de una nueva legislación urbanística en el año 1992. Esta ley dio lugar a una importante decisión del Tribunal Constitucional (sentencia 61/1997), en la que, a pesar de las importantes cautelas que se realizan sobre el potencial de dicha regla competencial, se abre la puerta a una regulación básica que, aunque muy condicionada y de baja intensidad, se convierte “de facto” en un verdadero título competencial que puede afectar a cualquier competencia autonómica que tenga relación directa con un

condiciones básicas queda en manos del legislador estatal y del posterior control puntual del Tribunal Constitucional<sup>29</sup>, con una jurisprudencia también cambiante en este punto. Como un criterio general, aunque este precepto no distingue categorías de derechos, se ha observado que cuando se trata de un derecho fundamental (arts. 15-38), y más fundamental sea éste (arts. 15-30) estas condiciones básicas son más expansivas a favor del Estado y, por ende, más se restringe el margen permitido de actuación a la Comunidad Autónoma<sup>30</sup>.

Como consecuencia, en razón de tales condicionantes y de que el derecho a la protección de datos personales es un derecho más fundamental, el margen de actuación autonómico en la regulación de su ejercicio resulta, ya a priori, estrecho.

Tras lo expuesto, procede recordar ahora lo antes afirmado: en lo tocante a la dimensión subjetiva de un derecho fundamental el papel de la Comunidad Autónoma es bastante limitado frente al del Estado central (arts. 81 y 149 CE), mientras que en lo relativo a la dimensión objetiva, la concurrencia estatal-autonómica es bastante más factible. Todo ello, hay que subrayar de nuevo, en términos de gradación de los márgenes de actuación.

Igualmente, y por cuanto a la dimensión objetiva del derecho a la protección de datos personales, cabe tener en cuenta unas consideraciones. De un lado, como por definición la dimensión objetiva es un *añadido* a la dimensión subjetiva del derecho, lo es a la configuración sustancial del derecho que ha de regularse por ley orgánica. En consecuencia, la configuración de esta dimensión objetiva no es materia limitada formalmente a la Comunidad Autónoma. Es por ello que, como se adelantó, el margen de actuación autonómico –en concurrencia o no con el Estado– sobre la dimensión objetiva del derecho a la protección de datos personales es más amplio. Ahora bien, y de

---

derecho o deber constitucional. Las cautelas establecidas en esta Sentencia no se han confirmado posteriormente, sino que se han relativizado cuando en la sentencia 164/2001 parece apreciarse una simplificación de la doctrina inicial y ya no quedan tan claros los límites específicos que tendría la competencia del artículo 149.1.1 CE.

A pesar de ello, debe tenerse presente que en otra decisión del Tribunal Constitucional (sentencia 173/1998, de 23 de julio, en relación con el derecho de asociación) se atribuye al artículo 149.1.1 CE una naturaleza competencial singular, en la medida que se entiende no tanto como un espacio de regulación reservado al Estado, sino como una habilitación para legislar en aras de garantizar la igualdad básica de derechos. Aunque esta Sentencia se dictó en un supuesto en que no había una regulación postconstitucional del derecho, no hay duda que tiene la importante consecuencia de considerar que el artículo 149.1.1 CE no determina un ámbito material que excluya a priori la intervención autonómica, ni tampoco un ejercicio obligatorio por parte del Estado, con lo cual se produce una diferencia importante respecto a las otras competencias estatales.

<sup>29</sup> Como Cabellos afirma “el art. 149. 1. 1 posee una característica esencial: permite al Estado establecer los márgenes en que se ejercerán las competencias estatal y autonómica sobre derechos y deberes, a modo de título previo y primero; ámbito que es, como se dijo, un campo de juego inicial en que queda definido aquello que permite identificar como tal al derecho y sus límites fundamentales, y de lo que la normativa subsiguiente, estatal (basada en otros títulos ) o autonómica, debe partir.” CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, cit. pág. 197.

<sup>30</sup> En este sentido, con claridad, CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, cit. pág. 202 y 206: “la incidencia que el artículo 149. 1. 1 va a permitir al Estado realizar sobre los derechos fundamentales [hace referencia a los arts. 15-29] va a ser mayor que la que le va a posibilidad en relación con los derechos de la sección segunda del capítulo segundo [arts. 30-38].”

otro lado, la dimensión objetiva con sus diferentes facetas (prestacional, institucional, etc.), bien puede considerarse una condición básica para garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149. 1º 1ª CE), o lo que es lo mismo, el legislador estatal bien puede hacer de su exclusiva competencia una proyección prestacional del derecho a la protección de datos personales o una institución para su garantía, por considerar que es necesario para mantener la igualdad de este derecho fundamental entre los españoles<sup>31</sup>. Como veremos, esto ha sucedido en parte con la protección de datos.

Por lo expuesto, una Comunidad Autónoma en el ejercicio de una de sus competencias en la que la protección de datos converja materialmente, bien puede regular los aspectos no sustanciales del derecho a la protección de datos personales. Ello serán afectaciones y regulaciones del ejercicio del derecho (art. 53. 1º CE, no “desarrollo” art. 81 CE), en principio vinculadas con la dimensión subjetiva del derecho, definida sustancialmente por el Estado. Y en modo alguno es extraño que esto suceda cuando se regula y actúa en muchas materias propias del ámbito autonómico, dado que la protección de datos afecta a toda administración y toda entidad privada que maneje datos personales. Respecto de esta posibilidad de actuación autonómica en la regulación subsidiaria no sustancial del derecho subjetivo no parece lo propio que un Estatuto sirva para determinar las líneas generales de dicha actuación normativa de la Comunidad, puesto que al no poder afectar los terrenos vedados por los artículos 81 y 149. 1. 1ª CE su margen de actuación sería más que estrecho, inoperante y distorsionante.

Ahora bien, nada puede extrañar que, en relación con la dimensión objetiva del derecho a la protección de datos personales una Comunidad Autónoma establezca principios de actuación y condiciones (prestacionales, institucionales, etc.) para su mayor eficacia (sin entrometerse en aquellas condiciones básicas que el Estado haya así considerado para la igualdad en toda España, pues serán de su exclusiva competencia, ex art. 149. 1º. 1ª CE). En consecuencia, y vinculado especialmente con esta dimensión objetiva y la acción autonómica, el Estatuto de Autonomía bien puede contener normas que impulsen, canalicen y determinen las acciones de los poderes públicos, sin intentar incidir en la configuración del derecho.

## **6. 2. DECRETO LEGISLATIVO Y DECRETO-LEY**

---

El Decreto legislativo no puede regular materia de Ley orgánica, ello está expresamente vedado por la Constitución, por ello, por ejemplo, sería imposible que el Código penal viniese regulado por Decreto legislativo. Ahora bien, recuerde que no toda

---

<sup>31</sup> Ignacio Villaverde de forma muy inteligente ha considerado que lo propio de la reserva competencial del art. 149. 1º. 1ª CE es, precisamente esta dimensión objetiva, pues se trata, al fin y al cabo, del establecimiento de condiciones para la eficacia del derecho:

“[con referencia concreta a la sentencia 290/2000] Creemos que es justamente aquella dimensión institucional, que el Tribunal Constitucional parece encajar en el precepto sólo de forma excepcional [casos como la protección de datos] la que constituye el núcleo normativo de la competencia atribuida en el artículo 149. 1º. 1ª al Estado, por cuanto le atribuye competencia para crear aquellas instituciones, garantías, procedimientos y normas mínimas sobre el ejercicio de los derechos fundamentales destinadas a preservar aquella igualdad en el disfrute de los derechos.”

BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit. págs. 172-173.

regulación de un derecho fundamental es “desarrollo”, obligado por ley orgánica, según se ha visto con las materias conexas.

De otra parte, sin que proceda ahora ahondar en la compleja y polémica materia, el artículo 86 veda al Decreto-Ley “afectar” “a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”. Esta limitación no deja de tener una gran indeterminación jurisprudencial y doctrinal y sólo parece seguro que la exclusión no afecta a los principios rectores del Capítulo III. El alcance de la “afectación” prohibida a este tipo de norma, debe considerarse de forma concreta para cada derecho y cada concreto ámbito y finalidad de regulación.

#### **6. 4. REGLAMENTO Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

*El reglamento por sí sólo, en principio únicamente puede regular aspectos incidentales o secundarios relativos a los derechos. No debe olvidarse en todo caso que la habilitación legal concreta puede permitir que un derecho quede plenamente regulado en sus garantías básicas, ejercicio, contenido y alcance, sujetos, límites etc. por un Reglamento, pero siempre que se respete la reserva de ley, las reglas de la colaboración normativa, etc. Según el derecho que se trate es posible que las posibilidades de colaboración normativa sean mayores o menores. En los derechos que tienen una dimensión prestacional e institucional más fuerte, como fuera la educación, la justicia, el sufragio, etc. el desarrollo de estos aspectos prestacionales, organizativos y de la institución se puede hacer más evidente.*

(Véase la sentencia 292/2000 en su último párrafo).

Cabe también recordar algunas pautas al respecto, como las expresadas por la Ley del gobierno, cuando señala unos ámbitos más sensibles, donde las posibilidades de actuación por reglamento van a ser muy limitadas y la sumisión del reglamento a la ley de la máxima intensidad: “sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.” (art. 23. 2º). En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que en materia de derechos fundamentales donde hay una reserva intensa, las posibilidades de remisión de la ley al reglamento ha de limitarse a aspectos “instrumentales” o simples “cuestiones de detalle” (sentencia 77/1985).



## **CUARTO. ÁMBITOS PARTICULARES DE EFICACIA DE LOS DERECHOS**

### **1. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**

(Sígase lo dicho en los “pasos” al respecto de las relaciones particulares. Asimismo, contrástese lo aquí expuesto con los supuestos de libertades informativas vs. Derechos del artículo 18 CE o los de igualdad de género, así como los supuestos de libertad sindical del trabajador, etc.).

La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares es un tema inacabado con respuestas doctrinales y jurisprudenciales bastante variables. Se contraponen tesis de eficacia directa o indirecta de los derechos, tesis que, a los efectos prácticos se distancian bien poco. Lo cierto es que en contraposición a una más nítida eficacia directa de los derechos en las relaciones con los poderes públicos (art. 53 CE), en el caso de la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares los perfiles se hacen borrosos y el vigor jurídico de los derechos queda mediatizado por diversas vías.

El auto 382/1996 es un buen ejemplo de la construcción mantenida por el Alto Tribunal. La eficacia de los derechos entre particulares se construye a partir de la dimensión objetiva de los derechos y su deber de protección por los poderes públicos, siguiendo la vía alemana desde el famoso Caso “Lüth” de 1958 (efecto irradiante de los derechos e impulsos a los poderes públicos) y más en el ámbito del “deber de protección” desde 1990 (sentencia del comisionista). Así, por un lado, el legislador tiene un mandato genérico de conferir su mayor protección y eficacia de los derechos, también en su regulación del Derecho privado, que debe quedar “irradiado” por estos derechos. Y en este sentido, no hay que olvidar que las normas de Derecho privado suelen ser muy amplias en lo relativo a los derechos fundamentales –según se aprecia más tarde-. Así, las soluciones suelen remitirse a la interpretación de amplios clausulados por los Tribunales. Del otro lado, los tribunales en la interpretación y aplicación de las normas también tienen que conferir la mayor eficacia a los derechos bajo el principio “pro libertate”.

Desde otra perspectiva, la cuestión queda también mediatizada en la intensidad de la posible revisión por el Tribunal Constitucional de las actuaciones de los tribunales, al igual que la capacidad de los poderes públicos de controlar los actos y decisiones de los particulares. Es una cuestión no meramente procesal por cuanto al recurso de amparo, sino que viene a implicar el reconocimiento de qué es lo que protege efectivamente el contenido derechos como tales derechos subjetivos, no una mera proyección de su dimensión objetiva. De este modo, se recibe la técnica de la “drittwirkung” en virtud de la cual la única lesión de derechos recurrible es la producida por los poderes públicos, si bien, cuando se trata de un conflicto entre particulares, cabe fiscalizar la resolución judicial que resuelve dicho conflicto. En este punto, la lesión lo sería del artículo 24 CE, puesto que éste es el derecho lesionado si la resolución del poder público no ha respetado el derecho en juego. Así, la cuestión de conflictos de otros derechos queda bajo el “filtro” de lesión del artículo 24 CE. Al menos en teoría.

También en paralelo, los poderes públicos tienen limitadas sus facultades de revisión de las decisiones del ámbito privado que gozan de mayor o menor cobertura constitucional (autonomía privada ex art. 1. 1 CE, libertad de empresa ex art. 38 CE, asociaciones ex art. 22, partidos ex arts. 22 y 6 CE, sindicatos ex arts. 28 y 6 CE, centros

educativos ex art. 27 CE, colegios profesionales, etc.) Así, por ejemplo, en el ámbito asociativo y de partidos, la fiscalización de los estatutos y decisiones por los poderes públicos suelen quedar limitados simplemente a que tengan una “base razonable” (ej: sentencia 218/1988 para asociaciones y sentencia 56/1995 para partidos).

Baste, cuanto menos, una regla fijada por el tribunal en el referido auto de 1996: a mayor incisión en la esfera de libertad de un derecho, mayor grado de fundamentación judicial es exigible y mayor las posibilidades de revisión del Tribunal Constitucional para considerar si se ha afectado el derecho en cuestión. Tesis también extrapolable a la posibilidad de fiscalización por los poderes públicos de las actuaciones de los actores privados.

Todo lo anterior adquiere perfiles muy diversos según la materia y contexto de que se trate. Y es que por lo general el tribunal considera que sólo hay lesión del derecho subjetivo cuando la resolución judicial es manifiestamente irrazonable o falta de motivación. Sin embargo, hay terrenos en los que la proyección de los derechos es directa o cuanto menos lo parece, como en los clásicos conflictos de libertades informativas con derechos del artículo 18 CE. En estos casos la fiscalización de la resolución judicial es total y completa. Hay terrenos, como el ámbito laboral, muy intermedios. En los mismos, la fiscalización aparentemente es la de mínimos, pero en la práctica se hace más intensa. Respecto de la igualdad, como se verá, en los ámbitos de las relaciones particulares, especialmente en las laborales, su intensidad es la máxima, como si se tratase de poderes públicos.

Por último, en el tratamiento de estas cuestiones, tal y como se señala en los “pasos”, hay que fijar la atención en la naturaleza del sujeto que lesiona los derechos, que puede variar en su carácter de más o menos público, o mayor o menor justificación de la intervención pública, o mayor o menor relevancia pública de la organización privada o relación jurídica privada de la que se trate. También hay que tener en cuenta criterios de fondos públicos intervinientes. Así, puede seguirse en general lo dicho por el voto particular a la Sentencia TC 5/1981, de 13 de febrero, punto 6º: “puede afirmarse en principio de que a mayor financiación pública a centros docentes privados, habrá una mayor intervención del Estado o de los protagonistas de la comunidad escolar (profesores, padres y, en su caso, alumnos) en el control y gestión de la misma.” En otras palabras, a mayor financiación pública, mayor eficacia de los derechos entre los particulares y mayores posibilidades de fiscalización.

#### 1. 1. DOCTRINA GENERAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FIJADA EN EL AUTO 382/1996

---

- 1. Fije la atención de si el tribunal aborda la cuestión desde la dimensión objetiva de los derechos o la dimensión subjetiva.**
- 2. Siguiendo la construcción del Tribunal ¿considera que lesión de los derechos fundamentales como derechos subjetivos se produce automáticamente porque la interpretación de los tribunales no sea la esperada por el particular afectado?**
- 3. Observe las exigencias a los tribunales de que valoren “convenientemente” el alcance y eficacia de los derechos en cada caso, así como lo dicho sobre el “cierto margen de apreciación”.**
- 4. Fije también la atención en cuáles son los únicos errores judiciales que lesionan los derechos: los “relevantes” para**

**fundamentar la resolución, basados en una “incorrecta concepción del derecho fundamental”.**

- 5. Por último, tenga en cuenta de la regla de que a mayor incisión en la esfera de libertad de un derecho, mayor grado de fundamentación judicial es exigible y mayor las posibilidades de revisión del Tribunal Constitucional para considerar si se ha afectado el derecho en cuestión.**

Auto 382/1996, de 18 de diciembre

Fundamento jurídico nº 3

“Se alega a continuación la lesión del derecho a la educación que a todos garantiza el art. 27.1 C.E., así como la vulneración del derecho “que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 C.E.). Infracciones ambas que se imputan al hecho de que el “Colegio Los Robles”, centro privado no concertado, acordase la expulsión del alumno, pues con esta sola decisión, de una parte, se privó a éste de su derecho a la educación y, al tiempo, se menoscabó la facultad que a sus padres confiere el art. 27.3 C.E., habida cuenta de que en dicho centro se impartía una docencia conforme a sus convicciones.

Vuelve, pues, una vez más, a plantearse ante nosotros una pretendida conculcación de derechos fundamentales suscitada originariamente en el seno de las relaciones entre particulares; circunstancia que, naturalmente, no impide en modo alguno el examen de la pretensión actora, por más que la Constitución, a efectos de su garantía, no contemple expresamente la vinculación directa de los ciudadanos a los derechos y libertades (art. 53.1 C.E.), y que, en consonancia con ello, sólo quepa la interposición del recurso de amparo frente a la actuación de los poderes públicos (art. 41.2 LOTC). Cabe recordar a este respecto que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este “doble carácter” de los derechos fundamentales (STC 25/1981, fundamento jurídico 5.), pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos (SSTC 53/1985, fundamento jurídico 4., y 129/1989, fundamento jurídico 3.). Tal es, ciertamente, la comprensión de los derechos fundamentales que se infiere de un texto constitucional que, tras proclamar el Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 C.E.), y, por ende, comprometer a los poderes públicos en la promoción de la libertad y la igualdad el individuo (art. 9.2 C.E.), eleva el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás a la condición de fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 C.E.).

Y aunque este deber de protección de los derechos fundamentales se proyecta en primer término y señaladamente sobre el legislativo, ya que, al recibir de ellos “impulsos y líneas directivas” encauzadores de su actividad legiferante (STC 53/1985, fundamento jurídico 4.), ha de encargarse de conformar *ab initio* todos los sectores del ordenamiento en consonancia con los mismos, no cabe infravalorar el alcance de esta obligación cuando se impone a los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional exclusiva (art. 117.3 C.E.). De hecho, constitucionalmente se subraya su relevancia desde el momento en que el art. 53.2 C.E. explicita el deber específico de

tutela de los derechos fundamentales que incumbe a los Jueces y Tribunales ordinarios. *Consiguientemente, respecto de las relaciones entre particulares, y a los efectos del amparo constitucional, únicamente podrá estimarse vulnerado el derecho fundamental en liza cuando se constate que los órganos judiciales han incumplido o satisfecho indebidamente el tan reiterado deber de protección. Sólo así, en verdad, resulta en estos supuestos transitable esa vía del amparo constitucional*, toda vez que la Ley Orgánica de este Tribunal exige que la lesión del derecho tenga “su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial” (art. 44.1). *En definitiva, lo que se recurre en amparo -y, en consecuencia, lo que debe ser objeto de control- no es, genuinamente, sino la falta de tutela de los derechos fundamentales por parte de las resoluciones judiciales impugnadas* (por todas, SSTC 47/1985, fundamento jurídico 5.; 88/1985, fundamento jurídico 4.; 6/1988, fundamento jurídico 1., y 231/1988, fundamento jurídico 1.).

Siendo ésta la forma en que se canalizan ante este Tribunal los casos de derechos fundamentales generados en las relaciones entre particulares, *resulta imprescindible precisar en qué consiste dicho deber de protección, a fin de calibrar los límites y posibilidades de la jurisdicción de amparo constitucional en estos supuestos*. Pues bien, en una primera aproximación a la cuestión es dable sostener que tal obligación se traduce respecto de los órganos judiciales en la *exigencia de que interpreten y apliquen la legalidad ordinaria de conformidad con los derechos fundamentales, por lo tanto deben ser necesariamente tomados en consideración de un modo adecuado al resolverse la controversia entre particulares. No puede, en efecto, pasarles desapercibido que entre la norma que consagra el derecho fundamental y la que, directa o indirectamente, afecta, condicionándolo, el ejercicio del mismo en las relaciones inter privados existe una influencia recíproca, en virtud de la cual los órganos judiciales, lejos de optar por la aplicación mecánica de la norma limitadora deben partir de una apropiada apreciación del derecho fundamental para determinar la concreta intensidad de la restricción que de la legalidad ordinaria deriva*. Y es que, ciertamente, como ya hemos con reiteración apuntado, de resultas de “esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo” (SSTC 139/1986, fundamento jurídico 6.; 254/1988, fundamento jurídico 3., y 20/1990, fundamento jurídico 4. d).

No se trata, por consiguiente, en esta sede, de revisar cualesquiera errores en que los órganos judiciales puedan incurrir al aplicar la legalidad ordinaria, dado que el amparo constitucional no se configura como una última instancia ni cumple una función casacional, sino, más propiamente, de enjuiciar si, al acometer dicha tarea, han valorado convenientemente el alcance y la eficacia de los derechos involucrados en el caso. Pues, de acuerdo con la recién aludida interacción, cuando se proceda a la interpretación de cualquier ámbito del Derecho, ha de partirse del entendimiento de que, más allá del tenor literal de las normas que lo integran, el mismo se halla materialmente conformado por los derechos fundamentales.

A los Jueces y Tribunales ordinarios corresponde, sin embargo, en línea de principio, un cierto margen de apreciación a este respecto (SSTC 120/1983, fundamentos jurídicos 3. y 4., y 41/1984, fundamento jurídico 2.), puesto que, como es palmario, el deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias. Por el contrario, a menudo, es posible cumplir de diversos modos con dicha obligación, todos ellos conformes a la Constitución, sin que este Tribunal, en tales supuestos, pueda desplazar la decisión del órgano judicial por la suya propia sobre la única base de estimar que es dable una más adecuada valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Antes bien, la función revisora de este Tribunal ha de concentrarse en los errores que, habiendo

sido relevantes para fundamentar la decisión impugnada, se basan en una incorrecta concepción del derecho fundamental en juego, y señaladamente en aquellos que se asientan en una equivocada delimitación de su ámbito constitucionalmente protegido. Sobre esta premisa, el concreto alcance del control que cabe efectuar en la vía de amparo dependerá de la intensidad de la afectación que ocasione en el derecho fundamental la resolución recurrida. Pues cuanto más penetrante sea su incidencia en la esfera de libertad por el derecho delimitada, un mayor grado de fundamentación resultará exigible a la decisión judicial, ampliándose, de este modo, paralelamente, las posibilidades revisoras del Tribunal Constitucional.”

Fundamento jurídico nº 4

“Según se desprende de la demanda, la denunciada vulneración de los derechos consagrados en los arts. 27.1 y 3 C.E. se habría producido porque el Auto impugnado del Tribunal Supremo -que vino a confirmar las Sentencias recaídas en primera instancia y en apelación, razón por la cual ha de entenderse que el recurso también se extiende a ellas- no reconoció que la previa audiencia a los padres es un requisito imprescindible para acordar una sanción tan grave como la expulsión. Exigencia esta que, al no ser satisfecha por el “Colegio Los Robles”, habría menoscabado el derecho a la libre elección del centro.

Esta alegación no resulta lo suficientemente persuasiva.”

(...)

“Por lo tanto, ni los órganos judiciales apreciaron que se incurriera en arbitrariedad al imponerse la sanción, ni los demandantes se quejan de ello, sino únicamente de que no se les dio audiencia antes de acordarse la expulsión. El derecho fundamental a la educación, empero, como señalamos líneas arriba, aunque en principio ofrece cierta protección frente a las expulsiones arbitrarias, en modo alguno exige el respeto escrupuloso de todas y cada una de las garantías procedimentales que sobre el particular puedan pergeñarse; razón por la cual no incumbe a este Tribunal, sino exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, determinar si el Real Decreto 1.543/1988 impone o no la audiencia previa a los padres y, en su caso, velar por su cumplimiento. En definitiva, los órganos judiciales no soslayaron su deber de protección de los derechos fundamentales en juego, ya que, en sus decisiones, ni los ignoraron ni asumieron una interpretación errónea de su ámbito constitucionalmente protegido, por lo que en absoluto puede estimarse que los mismos resultaran lesionados.”

**1. 2. LA EXCEPCIÓN EN LIBERTADES INFORMATIVAS: ARROGACIÓN DE UNA “FUERTE” E INTENSA FACULTAD DE REVISIÓN DE LA PONDERACIÓN DE DERECHOS EFECTUADA POR LOS TRIBUNALES**

---

**Observe cómo se señala que la lesión de un derecho fundamental por una decisión judicial que pondere dos derechos ha de ser revisada por el tribunal**

Sentencia 176/1995, caso de libre expresión

4. ... En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca

relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva» del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle» (sentencia 171/1990). De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC).

Observe cómo, aunque en teoría el examen se habría de reducir al respeto del artículo 24 CE –lesionado por decisión judicial que viole un derecho fundamental de particulares-, el Tribunal Constitucional no limita nada la intensidad de su poder revisor.

Sentencia 49/2001, FJ 3º

(Aunque la cuestión se vincula a la tutela efectiva por lesión de derechos fundamentales -art. 24 CE- acaba traducéndose en una revisión total de los casos de conflicto de derechos.

*Lo afirmado por el tribunal, es una constante para las sentencias de libertades informativas.*

“Por otra parte hemos también de advertir que la denuncia de la vulneración de dicho derecho fundamental subsume en su contenido concreto la queja relativa a falta de tutela efectiva, por lo que nuestro enjuiciamiento ha de referirse a la existencia o inexistencia de aquella específica vulneración y no a la genérica del derecho consagrado en el art. 24.1 CE.

... En la resolución de otros casos semejantes al ahora enjuiciado se ha ido asentando la doctrina de este Tribunal sobre la ponderación que debe realizar el órgano judicial de los dos derechos fundamentales en conflicto, que, para ser constitucionalmente respetuosa con los derechos fundamentales contenidos en los arts. 18.1 y 20.1 CE, ha de efectuarse de modo que respete la definición constitucional y los límites de éstos, cuya efectiva observancia corresponde verificar a este Tribunal, que no está vinculado al efectuar este control por la valoración hecha por los órganos judiciales que, de no ser la constitucionalmente adecuada, habrá de declararse lesiva (Sentencias 134/1999, de 15 de julio, FJ 2; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2; 115/2000, de 7 de junio, FJ 2; 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3).

Por lo tanto, para resolver la cuestión planteada en el presente recurso debe verificarse si el órgano judicial, al valorar las denunciadas manifestaciones del señor Mendoza Fontela llevó a cabo una integración y aplicación constitucionalmente adecuada de los derechos al honor (art. 18.1 CE) y la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].”

### 1. 3. EL CONTROL DE MÍNIMOS COMO REGLA GENERAL

---

**Observe cómo el Tribunal Constitucional se evade de entrar en cuestiones de derechos fundamentales entre particulares alegando que se trata de cuestiones de interpretación de la Constitución y que no puede revisar la actuación de los Tribunales al respecto**

Auto 254/2001

FJ 3

Pues bien, sin perjuicio de recordar que este Tribunal en ningún caso puede entrar a conocer de los hechos que dieron lugar al proceso en el que han sido dictadas las resoluciones judiciales que se recurren en amparo [art. 44.1 b) LOTC], toda vez que las cuestiones de hecho, al igual que la interpretación de la legalidad, son competencia de la jurisdicción ordinaria, de conformidad con el art. 117.3 CE (entre otras muchas, SSTC 105/1983, 114/1984, 13/1987, 170/1987, 207/1992 y 276/1993), debe rechazarse la queja de la Comunidad de Pescadores, ya que como hemos recordado en STC 114/1995, de 6 de julio (FM 2 y 4), *el recurso de amparo no permite revisar lo que se expone como una aplicación indebida del art. 14 CE por parte del Tribunal Supremo al confirmar éste las resoluciones judiciales de los órganos inferiores que estimaron la pretensión originaria de las actoras contra dicha Comunidad a partir del reconocimiento de la existencia de un supuesto de discriminación por razón de sexo.*

En efecto, la Comunidad de Pescadores no promueve su demanda de amparo para reaccionar frente a una discriminación padecida por aquélla, sino con la pretensión de que su decisión de no admitir el ingreso de las candidatas a dicha asociación no implica una diferencia de trato contraria al art. 14 CE, de modo que los órganos judiciales han aplicado indebidamente el derecho a la no discriminación por razón de sexo. Es decir, lo que plantea la recurrente no es un problema de vulneración de un derecho fundamental cuya titularidad invoca, sino de interpretación del mismo, pretensión ajena al recurso de amparo, pues, como se razona en la citada STC 114/1995 (FJ 2), “el recurso de amparo no es una vía procesal adecuada para solicitar y obtener un pronunciamiento abstracto y genérico sobre pretensiones declarativas respecto de supuestas interpretaciones erróneas o indebidas aplicaciones de preceptos constitucionales, sino sólo y exclusivamente sobre pretensiones dirigidas a restablecer o preservar los derechos fundamentales .... Pues la jurisdicción de amparo, en rigor, no ha sido constituida para reparar infracciones de preceptos sino vulneraciones de derechos ... fundamentales ... En pocas palabras, si se prefiere, el recurso de amparo no es una casación en interés de ley”.

#### 1. 4. TEÓRICO CONTROL DE MÍNIMOS EN EL ÁMBITO LABORAL (SENTENCIA 188/2004, DE 2 DE NOVIEMBRE, ACOSO LABORAL Y LIBERTAD SINDICAL)

---

Se trata de un caso de acoso laboral vinculado a la libertad sindical.

1º El Tribunal Constitucional recuerda que el objeto de amparo es la sentencia que no estimó la vulneración del derecho fundamental, al tratarse de una relación entre privados, en la que el acto “público” injerente es la sentencia, no el hecho en sí (la conocida técnica alemana de la “drittwirkung”). Ello, como es sabido supone un “filtro” procesal, puesto que lo que se pasa a examinar es la sentencia objeto de amparo y sus intangibles hechos probados respecto de su resolución y fallo, en especial, ya desde los criterios de la arbitrariedad, incoherencia y razonabilidad:

“En consecuencia en este caso nos corresponde revisar si el razonamiento que ha conducido a negar la discriminación denunciada resultó arbitrario, incoherente con las pruebas practicadas o irrazonable (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 2).”

2º Inversión de la carga de la prueba que se da con los derechos fundamentales y requisitos











































































































































































































































































































































































































































































































































































































































































































































































































































































