

Dr. Lorenzo Cotino Hueso

Profesor titular de Derecho
constitucional

Departamento de Derecho
constitucional y Ciencia política

Universitat de Valencia

www.cotino.net / cotino@uv.es

Materiales para la

Maestría de Derecho público

**Universidad Santo Tomás – Universidad de
Constanza**

Sesiones bajo el título:

1ª El concepto y fuerza normativa de la Constitución y nuevos retos del Derecho constitucional (“Primero” y exposición en video proyector)

2ª y 3ª “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos fundamentales” (resto de capítulos).

Nota importante:

Los siguientes materiales son bien material jurisprudencial, bien material de autoría de Lorenzo Cotino Hueso, salvo los casos así indicados. A lo largo de las sesiones del curso se hará referencia a los mismos.

Respecto de la sesión “concepto y fuerza normativa de la Constitución”, se trata de un contenido esencialmente teórico e histórico. El material se concentra en el capítulo primero: “Primero. Concepto y fuerza normativa de la Constitución”. Se considera que tales materiales pueden resultar un útil referente. En la sesión se expondrán tales contenidos de forma sintética, con mayor profundidad al respecto de cuestiones más actuales. Se sugiere que los interesados en el tema hagan una lectura de los mismos y aprovechen la sesión para cualquier consulta al respecto. Para el caso de priorizar lecturas, se recomienda Capítulo primero, apartados III) y IV).

Según el desarrollo de la primera sesión se llevará a cabo una exposición sobre cuestiones relativas a derechos fundamentales y nuevas tecnologías, así sobre recursos en internet sobre derechos fundamentales.

Respecto de las dos restantes sesiones relativas a “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de derechos fundamentales”, los materiales son todos los restantes.

Para la preparación del curso, se propone, **por este orden de prioridad**, la lectura comprensiva de:

1º. Lectura del capítulo “Cuarto”: Aproximación a los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978

2º Lectura del capítulo “Tercero”, en concreto, apartado “I) Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales a partir de la metodología del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”

3º Lectura del capítulo “Tercero”, en concreto, apartado “II) Algunas sentencias para observar el seguimiento de los “pasos”.

4º Si dispone de más tiempo, una lectura comprensiva de los restantes materiales.

Recuerde tomar nota de cualquier duda para discutirla en clase.

Asimismo, según el desarrollo de las sesiones 2 y 3, se procurará operar un acercamiento a diversos de los casos prácticos incluidos al final –o de los sugeridos por los alumnos- para poner en práctica los conocimientos, especialmente la metodología “pasos”.

Reseña del docente

Lorenzo Cotino Hueso, www.cotino.net, cotino@uv.es, es Profesor titular de Derecho constitucional de la Universitat de Valencia desde 2002, Magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana desde 2000. Doctor y licenciado en Derecho (U. Valencia), Máster en la especialidad de derechos fundamentales (ESADE, Barcelona), Licenciado y Diplomado de Estudios Avanzados de Ciencias políticas (UNED). Ha recibido premios de investigación nacionales (INAP, Ministerio de Defensa, Ejército) así como el Premio Extraordinario de Doctorado por su tesis "El modelo constitucional de Fuerzas Armadas". Ha sido profesor invitado varios años en Constanza (Alemania) y Bogotá (Colombia), con estancias de investigación también en Utrecht (Países Bajos) y Virginia (Estados Unidos). Ha escrito o coordinado nueve libros, siendo autor de más de cincuenta artículos científicos o capítulos de libro, básicamente sobre seguridad y defensa, derechos educativos y, en los últimos años, transparencia y participación y Derecho de las nuevas tecnologías. Ha dirigido varios proyectos y de investigación regionales y Estatales y formado parte de grupos nacionales e internacionales en las líneas de investigación citadas Dirige www.derechomilitar.com así como es coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las nuevas tecnologías de la información y comunicación www.derechotics.com.

Muchas de sus publicaciones pueden seguirse a texto completo en www.cotino.net

CONTENIDO GENERAL

Pulse sobre el epígrafe que desee para acudir a la página deseada

PRIMERO. CONCEPTO Y FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN	11
I) EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA HISTORIA (EXTRACTOS LIBRO DEL AUTOR).....	11
II) LOS MÁS RELEVANTES INTENTOS DE CONCEPTUACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SIGLO XIX HASTA NUESTROS DÍAS	45
III) LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y CUESTIONES ACTUALES PENDIENTES.	71
IV) MÉTODO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	100
SEGUNDO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	113
I) APROXIMACIÓN AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	113
II) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	116
III) CONCEPTOS Y CATEGORÍAS GENERALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	127
IV) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA	148
TERCERO. LOS “PASOS” A SEGUIR PARA EL TRATAMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES	162
I) PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE LA METODOLOGÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	162
II) ALGUNAS SENTENCIAS PARA OBSERVAR EL SEGUIMIENTO DE LOS “PASOS”	202
CUARTO. APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	225
I. ELEMENTOS GENERALES	226
II. GARANTÍAS Y PROTECCIÓN DE LOS DIFERENTES GRUPOS DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN	230
III. LOS DERECHOS Y LIBERTADES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (ARTS. 14 A 29).....	234
IV. EL RESTO DE DERECHOS, DEBERES Y “PRINCIPIOS” RECONOCIDOS EN EL TÍTULO I Y EN LA CONSTITUCIÓN	245
QUINTO. PRÁCTICAS	248
SEXTO. SELECCIÓN DE RECURSOS Y BIBLIOGRAFÍA.....	254
1. RECURSOS BÁSICOS EN INTERNET.....	254
2. SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA.....	256

CONTENIDO DETALLADO

Pulse sobre el epígrafe que desee para acudir a la página deseada

PRIMERO. CONCEPTO Y FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	11
I) EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA HISTORIA (EXTRACTOS LIBRO DEL AUTOR).....	11
1. <i>Una previa: algunas “reglas del poder”</i>	11
2. <i>Introducción al concepto de constitución</i>	13
2. 1. El interés del concepto común de constitución para afrontar su noción jurídico-política	13
2. 2. Complejidad de la noción de “constitución”	16
2. 3. Una aproximación introductoria a la evolución del concepto de constitución en la historia de las ideas	18
3. <i>El nacimiento de la noción de Constitución en Grecia y su continuidad en Roma</i>	22
3. 1. La tímida aparición de la idea de constitución en Platón a lo largo de las fases de su obra	22
3. 2. La importante presencia de la “constitución” en el pensamiento de Aristóteles	22
3. 3. El concepto de constitución en Cicerón y las primeras “constituciones”	24
4. <i>El paso de la noción de constitución al ocaso teórico. La importancia del Derecho natural y las doctrinas de la consolidación del Estado como bases para su futura reaparición</i>	26
4. 1. La primacía de la fundamentación divina del Derecho y el poder en la Edad Media como límite a un poder político débil y descentralizado	26
4. 2. La secularización del Derecho a través de un Derecho natural accesible al hombre, como medio idóneo de fundamentación y legitimación de un nuevo poder, el Estado.....	26
5. <i>Una explicación previa de las bases de la reaparición de la noción de constitución en la reflexión teórica bajo el signo de la ilustración</i>	29
5. 1. Algunas reglas del poder	29
5. 2. Nuevas necesidades, antiguos instrumentos: a la búsqueda de nuevas legitimaciones para un poder hasta entonces desconocido.....	29
5. 3. El individualismo como premisa básica de todo el contractualismo ilustrado y del constitucionalismo	33
5. 4. La importancia de la fórmula del pacto social que está en la base teórica del constitucionalismo.....	33
6. <i>Los autores más significativos del “renacimiento” de la noción de constitución (selección)</i>	36
6. 1. Coke (1552-1634).....	36
6. 2. Hobbes (1588-1679).....	37
6. 3. Hume (1711-1776)	38
6. 4. Montesquieu (1689-1755)	39
6. 5. Rousseau (1712-1778).....	39
6. 6. Kant (1724-1804)	42
6. 7. Una nota sobre el concepto de Constitución de los constituyentes franceses: especial referencia a Sieyés (1748-1836)	42
6. 8. Un balance final de las reflexiones sobre la constitución en los autores reseñados	44
II) LOS MÁS RELEVANTES INTENTOS DE CONCEPTUACIÓN DE LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN DEL SIGLO XIX HASTA NUESTROS DÍAS	45
1. <i>Las dos caras de una misma moneda: constitución histórica y constitución material</i>	45
1. 1. La Constitución histórica como instrumento reaccionario	46
1. 2. Los ideologizados conceptos reales o materiales de Constitución	48
2. <i>La sistematización del positivismo formalista de la Escuela de Derecho público: el concepto de Constitución en Jellinek, aún no libre de algunas “impurezas”</i>	51
3. <i>La culminación del formalismo positivista: el concepto de Constitución de Kelsen</i>	52
4. <i>La reacción antiformalista: Schmitt, Heller, Smend, Burdeau, Hauriou, Santi Romano</i>	56
4. 1. Schmitt	57
4. 2. Heller.....	58
4. 3. Smend.....	59
4. 4. Burdeau	60
4. 5. El Derecho como fuerza social y la Constitución: Santi Romano y Hauriou	61
4. 6. El concepto más novedoso tras los anteriores: la Constitución cultural de Häberle.....	63

5. Una clasificación del concepto Constitución actual, práctica y simple: Guastini	64
6. Una batalla que se da por perdida: las pocas aportaciones y debate actual sobre el concepto de Constitución y los nuevos retos del constitucionalismo.....	66
III) LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y CUESTIONES ACTUALES PENDIENTES.....	71
1. Fuerza normativa en la historia, algunos apuntes.....	71
1. 1. Coke (1552-1634).....	71
1. 2. Sentencia Marbury vs. Madison de 1803	73
2. Supremacía constitucional en España expresión en Constitución y algunas leyes	76
2. 1. Texto Constitución	76
2. 2. Fuentes en el Código Civil	77
2. 3. Ley Orgánica del Tribunal Constitucional	77
2. 4. Ley Orgánica del Poder Judicial.....	78
2. 5. Primacía Derecho comunitario sobre la Constitución en el Tratado Constitucional	79
3. Normatividad constitucional, líneas básicas.....	79
4. En todo caso, distintos tipos de normas en la Constitución (remisión a derechos fundamentales y principios rectores)	81
5. Concretas expresiones en jurisprudencia	81
5. 1. Sentencia TC 137/1987, de 22 de julio: jerarquía no es derecho fundamental.....	81
5. 2. Sentencia TC 4/1981, de 24 de febrero: normatividad de la constitución	81
5. 3. Sentencia TC 16/1982, de 28 de abril: eficacia directa Constitución	83
5. 4. Sentencia TC 80/1982, de 20 de diciembre: no es programática.....	83
5. 5. Tribunales ordinarios y jerarquía normativa: elección sistema concentrado control constitucionalidad	84
5. 6. Normatividad de derechos fundamentales e interposición legislativa	85
sentencia 15/1982, de 23 de abril	85
sentencia 31/1994, de 31 de enero: derechos “secundarios” y necesaria acción legislativa	86
Efectos declaración constitucionalidad.....	87
5. 7. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares.....	88
6. Concepto y normatividad constitucional en razón del debate por la “Constitución europea”	90
6. 1. Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.....	90
[contextualización con reserva identidad estatal y derechos fundamentales]	90
[La primacía está limitada por las competencias de la UE]	91
[Planteamiento conflicto primacía Derecho comunitario con soberanía nacional].....	92
[La Constitución tiene supremacía frente a todo, incluidos tratados internacionales].....	92
[Primacía y supremacía son categorías diferentes].....	92
[recepción primacía Derecho comunitario en España y otros países].....	93
[Podría darse supuestos de conflicto irreconciliable de uno y otro Derechos]	93
6. 2. Votos particulares.....	96
[La actual Constitución no habilita a que un Tratado internacional desplace a la Constitución]	96
[hay que reformar la Constitución ante conflictos futuros por “real traspaso de soberanía”, hay “poder” sobre la Constitución].....	97
[antinomia clara entre Constitución española y Tratado constitucional: “grave quebranto de la seguridad jurídica”].....	98
[El nuevo tratado no deja las cosas como estaba, es casi una Constitución de una confederación]	99
[Sutilezas en la distinción de supremacía y primacía]	100
IV) MÉTODO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	100
1. La función del jurista ante un Derecho que no es un fin en sí mismo.....	103
2. La herramienta del jurista es la argumentación jurídica ante un Derecho que no admite blancos y negros.....	105
3. Ser jurista no implica ser un “formalista” pero tampoco un “charlatán”. La apuesta por un institucionalismo positivizado y la conexión jurídica del Derecho con la realidad	108
4. Interpretación constitucional: Tribunal Constitucional	112
SEGUNDO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	113
I) APROXIMACIÓN AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.....	113
1. Breve referencia genérica al Poder judicial y el Tribunal Constitucional en España	113
2. Competencias del Tribunal Constitucional.....	114

II) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	116
1. Datos generales carga de trabajo últimos años y derechos alegados	116
2. Breve explicación del recurso de amparo.....	119
3. La reciente regulación (extractos)	120
III) CONCEPTOS Y CATEGORÍAS GENERALES EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	127
1. Expresión de la normatividad de los derechos en la LOPJ	127
2. Algunos conceptos previos y requisitos frente a la actuación del legislador de derechos fundamentales	128
2. 1. Sentencia 11/1981, de 11 de abril, concepto de “contenido esencial”	128
2. 2. Normatividad de derechos fundamentales e interposición legislativa	129
A) Sentencia 15/1982, de 23 de abril.....	129
B) Sentencia 31/1994, de 31 de enero: derechos “secundarios” y necesaria acción legislativa	130
2. 3. Dimensión objetiva derechos y la acción normativa de los poderes públicos	132
2. 4. Concepto de “contenido esencial” (sentencia 11/1981, de 11 de abril).....	135
2. 5. Concepto de “garantías institucionales” (sentencia 16/2003, fj 8)	136
2. 6. La ley limitadora ha de respetar la seguridad jurídica y ser precisa (sentencia 292/2000, fj 15)	137
2. 7. . El papel limitador de la ley y garantías frente al establecimiento de límites por otros medios (sentencia 292/2000)	138
2. 8. Principio de proporcionalidad, STC 55/1996, de 28 de marzo.....	140
No es un cánón de constitucionalidad general.....	141
Derechos fundamentales.....	141
Derivado de otros principios:.....	141
Necesaria conexión con preceptos	141
Ámbito de decisión del legislador es amplio (ámbito penal).....	142
Límites de control de la proporcionalidad del Tribunal Constitucional ante el legislador	142
3. Titularidad de los derechos.....	143
3. 1. Inmigrantes irregulares Sentencia Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre	143
3. 2. Titularidad derechos fundamentales personas jurídicas privadas (sentencia 139/1995).....	145
IV) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES Y PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA.....	148
1. Igualdad material (art. 9.2).....	148
2. Principios rectores de la política social y económica (Capítulo III).....	149
3. Irreversibilidad de las conquistas sociales alcanzadas (sentencia 81/1982, de 21 de diciembre)	150
4. Conexión del medio ambiente con derechos fundamentales (sentencia 16/2004).....	150
5. Extractos Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Gran Sala), de 8 julio 2003 Caso Hatton y otros contra Reino Unido.....	154
6. Una “excepción”, el derecho a la educación	157

TERCERO. LOS “PASOS” A SEGUIR PARA EL TRATAMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

I) PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE LA METODOLOGÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	162
1. Introducción a los pasos	162
1. 1. La “inmersión” en la particular metodología y fuentes del Derecho de los derechos fundamentales: la habituación en el razonamiento de los “pasos”	162
1. 2. La especial importancia concedida al manejo de categorías generales y a las vías de protección de los derechos fundamentales	163
1. 3. La importancia del método y necesarias advertencias para su seguimiento	164
1. 4. Vocación y conveniencia de un tratamiento propiamente jurídico.....	166
1. 5. Resumen de los “pasos” de resolución de supuestos de derechos fundamentales	167
2. Método general, “pasos” a seguir.....	169
2. 1. La determinación del objeto de análisis: contextualización, determinación de injerencias, sujetos y derechos afectados.....	169
A) Aproximación general al supuesto desde los sujetos intervinientes	169
a. 1. Sujetos que sufren la intervención de sus derechos.....	169

a. 2. Sujetos que causan la restricción del derecho	170
B) Identificación o reconocimiento de la injerencia o injerencias.....	170
C) Determinación del derecho o derechos afectados respecto de cada intervención a analizar y la naturaleza de éstos (incluye su “delimitación”).....	172
c. 1. Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado	172
c. 2. Concreción del derecho afectado mediante su delimitación y su localización constitucional....	173
c. 3. Concreción, en su caso, de la facultad afectada del derecho determinado	174
c. 4. El excepcional caso del derecho a no sufrir torturas	175
c. 5. Situaciones de conexidad de ciertas aspiraciones y derechos no fundamentales con el contenido de un derecho fundamental	175
c. 6. Situaciones de concurrencia de derechos afectados y criterio de especialidad	175
2. 2. Juicio de admisibilidad constitucional de la injerencia	176
A) Estos “pasos” se exigen por los tribunales e incluso por normas	176
B) La restricción concreta ha de venir establecida o tener base en una norma de rango legal	178
C) Justificación constitucional, objetiva y razonable, necesaria en una sociedad democrática	179
c. 1. Fijación de la razón o razones de ser reales de la medida restrictiva	179
c. 2. La razón de ser de la restricción debe vincularse a una finalidad legítima localizable en la Constitución	179
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.....	181
c. 4. Razonabilidad de la restricción y admisibilidad para la “sociedad democrática”	181
D) El test de la proporcionalidad, su variable intensidad y la exigencia de su expresión en la motivación de la medida restrictiva.....	182
d. 1. Test de proporcionalidad.....	182
d. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia	184
d. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad)	184
d. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto	184
d. 5. La intensidad de la exigencia del cumplimiento de los parámetros y de su explicitación	185
1) La importancia del origen y naturaleza de la medida restrictiva.....	185
2) La variación del rigor del juicio según el derecho de que se trate.....	186
E) El requisito final, límite de los límites: ¿se respeta el contenido esencial?.....	187
3. <i>La ponderación en el supuesto especial de la colisión entre derechos fundamentales</i>	187
4. <i>“Pasos” específicos en los conflictos de libertades informativas</i>	188
4. 1. Delimitación de si nos encontramos o no ante el ejercicio de las libertades informativas	188
4. 2. Parámetros a seguir en la ponderación	189
A) La relevancia e interés público de lo informado o expresado.....	189
B) Relevancia desde el punto de vista subjetivo: el personaje público.....	190
C) El contexto.....	190
D) La necesidad de la expresión empleada para su finalidad y su contribución para la formación de la opinión pública libre	190
5. <i>“Pasos” específicos a seguir con el derecho de igualdad: el juicio de igualdad</i>	191
5. 1. Aproximación general al supuesto y los datos que revela	191
A) ¿Estamos ante una discriminación de las prohibidas o una acción positiva?	192
B) Los sujetos implicados en el trato diferenciado.....	193
b. 1. Desde la perspectiva de quienes sufren el trato diferenciado.....	193
b. 2. Desde la naturaleza del sujeto que origina el trato diferenciado.....	193
1) Tratos diferenciados por sujetos privados.....	193
2) Tratos diferenciados en el ámbito de lo público	193
3) Terrenos intermedios	194
C) El medio por el que se establece el trato jurídico diferente	194
b. 3. Igualdad “en” las normas	195
b. 4. Igualdad en los actos de aplicación de normas	195
5. 2. Fijación y admisión concreta del objeto de análisis	196
A) Expresión concreta de los términos de comparación.....	196
B) Comprobación de la idoneidad y homogeneidad de los términos de comparación	196
C) Algunos supuestos excluidos de la protección de la igualdad (delimitación).....	197
c. 1. La Constitución prohíbe la discriminación “ante la ley”, no fuera de la ley	197
c. 2. El derecho a la igualdad no incluye un derecho a ser tratado de forma diferente, en teoría.....	197
5. 3. Análisis de si el trato diferenciado es discriminatorio: el juicio de igualdad	198
5. 4. Especificidades en las “discriminaciones” positivas y las discriminaciones indirectas o encubiertas	199
A) Algunas particularidades en las “discriminaciones” positivas.....	199

B) El tratamiento específico de las discriminaciones indirectas o encubiertas.....	201
II) ALGUNAS SENTENCIAS PARA OBSERVAR EL SEGUIMIENTO DE LOS “PASOS”	202
1. Pasos generales: Sentencia 37/1998, de 17 de febrero, filmación de manifestantes (conurrencia de derechos en juego, claro ejemplo de seguimiento de todos los “pasos”).....	202
2. Pasos especial especial de la colisión entre libertades informativas y derechos de la personalidad: Sentencia 49/2001, caso J. M ^a . García- R. Mendoza. concepto y generalidades derecho honor, reglas de ponderación con libertades informativas.....	210
3. Igualdad: Sentencia 200/2001, hijos adoptivos, criterios generales discriminación ante la ley.	216
CUARTO. APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	225
I. ELEMENTOS GENERALES	226
1. A modo de introducción	226
2. En el Título preliminar no se regulan derechos fundamentales.....	227
3. Descripción general del Título I	227
4. Artículo 10: dignidad de la persona y la importancia de los tratados internacionales de derechos y libertades	228
5. Extranjería y algunas cuestiones de titularidad de derechos y la capacidad para ejercerlos.....	229
6. Suspensión de derechos.....	229
II. GARANTÍAS Y PROTECCIÓN DE LOS DIFERENTES GRUPOS DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN	230
1. Garantías que concurren en los derechos reconocidos en los artículos 14 a 38: eficacia, requisitos de los límites y actuación normativa	230
2. Garantías reservadas a los derechos de los artículos 15 a 29 (y en casos el artículo 14): reserva de ley orgánica, tutela jurisdiccional especial y rigidez constitucional	232
3. La “modulada” fuerza normativa de los “principios rectores” de los artículos 39 a 52	233
4. Garantías no jurisdiccionales de los derechos	234
III. LOS DERECHOS Y LIBERTADES ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (ARTS. 14 A 29).....	234
1. La igualdad formal.....	235
2. Derechos de la personalidad.....	235
3. Las libertades públicas.....	237
4. Derechos del ámbito político y participativo	241
5. Acceso a la justicia y garantías procesales, penales y sancionatorias.....	242
6. El derecho a la educación como derecho social fundamental	244
IV. EL RESTO DE DERECHOS, DEBERES Y “PRINCIPIOS” RECONOCIDOS EN EL TÍTULO I Y EN LA CONSTITUCIÓN.....	245
1. Los derechos y deberes reconocidos en los artículos 30 a 38	245
2. De los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52).....	246
3. Otros derechos reconocidos en la Constitución.....	246
QUINTO. PRÁCTICAS	248
PRÁCTICA 1. EFICACIA DE DERECHOS ENTRE PARTICULARES. EXTRANJERÍA Y DIVERSOS DERECHOS	248
PRÁCTICA 2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y CONCURRENCIA CON OTROS DERECHOS Y GARANTÍAS	249
PRÁCTICA 3. PARTIDO POLÍTICO-ASOCIACIÓN Y EFICACIA ENTRE PARTICULARES	251
PRÁCTICA 4. IGUALDAD	251
PRÁCTICA 5. LIBERTADES PÚBLICAS EN ÁMBITO UNIVERSITARIO E IGUALDAD	252
SEXTO. SELECCIÓN DE RECURSOS Y BIBLIOGRAFÍA	254
1. RECURSOS BÁSICOS EN INTERNET	254
1. 1. Red Académica de Derecho constitucional, “Derecons”	254
1. 2. Materiales docentes de la Universidad de Valladolid	255
1. 3. Otros recursos muy importantes	255
1. 4. Fuentes jurisprudenciales	255
2. SELECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA	256
2. 1. Obras básicas de dogmática de los derechos y Teoría general.....	256

2. 2. Selección de obras relativas a diversas cuestiones generales de derechos fundamentales.....	257
A) Titularidad de los derechos	257
B) Eficacia de los derechos	257
C) Categorías de garantía institucional y la dimensión objetiva de los derechos	258
D) Igualdad.....	258
E) Derechos sociales	258
F) Proporcionalidad.....	258
2. 3.. Derecho europeo de los derechos fundamentales, autonomías e integración de sistemas de derechos	259
2. 4. Manuales de derechos fundamentales.....	259

PRIMERO. CONCEPTO Y FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

I) El concepto de Constitución en la historia (extractos libro del autor)

Los siguientes materiales provienen de extractos del libro de L. Cotino,

La noción de Constitución (estudio de un concepto complejo desde Platón hasta nuestros días), CIPC-Colección de ideas y políticas constitucionales, N ediciones, Valencia, 2006 (en prensa).

1. UNA PREVIA: ALGUNAS “REGLAS DEL PODER”

• *El hombre es un ser social por naturaleza lo que le lleva a vivir en sociedad, y para ello es precisa una organización política, esto es, un poder que indefectiblemente viene unido a la idea de sociedad misma. Y todo poder es contrapuesto a la libertad, entendida como libre albedrío.*

• *Ello conlleva una tensión entre el individuo y el poder que obliga a perseguir las causas por las que el individuo obedece.*

• *Y es que las causas del mando no parece requerir mayor explicación, sin embargo, lo que resulta siempre misterioso es explicar el fenómeno de la obediencia, que encierra así, la mayor atención del estudio del poder.*

Del poder, aunque es prácticamente indescifrable para el ser humano, se pueden derivar

Algunas reglas del poder

UNO. Consenso Mínimo. Es preciso como punto de partida un consenso mínimo en que el poder –la organización política- es necesaria, si no hubiese un consenso generalizado en ello cualquier estructuración de la sociedad sería inviable.

DOS. Poder + legitimidad = autoridad.

• Toda relación de poder para ser algo consistente precisa de la creencia del que obedece en su legitimidad, esto es, el poder necesita que sea considerado no sólo como poder sino como poder cualificado, autoridad.

- Para lograr obediencia es básico, pues, hacer creer al mayor número de personas, como Maquiavelo acertase a percibir. Esta legitimidad consiste en la creencia de que tiene justificación el sistema de poder y quienes lo ejercen derecho a mandar. Sin una creencia relativa en que el poder es legítimo, por la causa que sea, el poder es un puro accidente. En términos de Galbraith, antes que el poder condigno (castigo, fuerza), está el poder condicionado (creencia). Como se verá,

- *la clave de toda legitimidad del poder reside en convencer al que obedece de que se manda para alcanzar un fin o bien común y si encima se convence al súbdito que él mismo ha consentido o dado su autorización al poder, mejor.*

- A diferencia de la mujer del César que ha de ser buena y además parecerlo, al poder le basta, sobre todo, con parecerlo, esto es, aparentar que se ejerce en beneficio del que ha de obedecerlo o que éste ha consentido con dicho poder.

TRES, poder basado sólo en fuerza física está condenado al fracaso

- el poder necesita de la fuerza física y de la coacción de la violencia y, por ello, de instrumentos para en su caso aplicarla.

- De hecho, la coacción y la violencia son elementos definitorios de toda asociación política.

- Si no basta la convicción para obedecer, queda la fuerza o su amenaza; si no se avanza creyendo alcanzar la zanahoria, se avanza ante la aplicación del palo.

- Ahora bien, el poder no puede sostenerse únicamente por la coacción física o jurídica, es siempre precisa una cierta creencia generalizada en la legitimidad del poder. Si el poder reside sólo en la fuerza y la coacción es un poder con los *pies de barro*.

CUATRO. El Derecho “fija” el poder

- Todo poder que aspire a cierto mantenimiento o continuidad, requiere ser fortalecido por el Derecho, esto es, constituirse en poder jurídico, hacer uso del Derecho como instrumento del poder.

- El Derecho además de ser medio de organización del orden político (que da estabilidad o fijeza al poder, como dirían Bodino o Montesquieu) sirve también como fuerza de legitimación del poder. Así, en palabras de Burdeau, la lucha por el poder es la lucha por hacerse con la máquina del Derecho, esto es, el poder de establecer la norma y de fijar su contenido. El poder y el Derecho “se dan apoyo mutuo”. Heller afirmaría que el Derecho “Es la forma técnicamente –aunque no siempre políticamente- más perfecta de la dominación política”.

- El Derecho encierra tanto las causas de legitimidad del poder cuanto la coacción y la violencia, llegando a ser en su aspecto más formal, mera administración de la fuerza (Kelsen).

- Además, conforme más compleja se hace la organización política, el Derecho se hace más esencial para el poder. Así, conforme las sociedades se hacen más complejas, “el derecho es uno de los instrumentos esenciales del poder” pues “El derecho es un elemento del poder, un medio de acción del poder, una forma del poder. Organiza el poder, institucionaliza el poder, contribuye a legitimarlo. Pero, no obstante [recuerda Burdeau], comporta también elementos de garantía contra el poder. ”

- Y es que, hay que adelantar que éste es un *impuesto* –bastante fácil de pagar por el poder- que éste tiene que *pagar* para consolidarse; pasar de pura fuerza a poder legal (Bodino, Hobbes), implica la necesidad de sujetarse a la forma jurídica (Jellinek, Heller)

QUINTO.

- todo poder, para variar de forma, disminuirse o, en especial, aumentarse, requiere de una nueva fundamentación de su legitimidad, esto es, de la creencia por la que se admite o soporta el poder.

- El hábito es la regla general de la obediencia y la fuerza puede mantener o hacer variar el poder. Pero para que un nuevo poder –aun impuesto por la fuerza- se mantenga, se hace indispensable una nueva causa de legitimidad. Como con 16 años adelantase Boëtie en el siglo XVII, el poder no reside en la fuerza, sino en la voluntad del que obedece, y en concreto, la primera causa de la obediencia es la costumbre.

- No obstante, recuerda Jouvenel que el hábito en la obediencia al poder no es suficiente cuando lo que se trata de consolidar es un poder nuevo.

2. INTRODUCCIÓN AL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

2. 1. EL INTERÉS DEL CONCEPTO COMÚN DE CONSTITUCIÓN PARA AFRONTAR SU NOCIÓN JURÍDICO-POLÍTICA

El concepto de constitución es un concepto trascendental para la Ciencia jurídica y política. Etimológicamente la expresión es de procedencia latina (*constitutio*, *-onis* y como verbo, *constituere*) y en origen el término no tenía sentido jurídico ni político si bien, también desde el inicio una de sus acepciones cobra ya este carácter con el empleo del mismo por Cicerón así como por el uso del mismo para las Constituciones imperiales de Roma. Fuera de este ámbito especializado jurídico político, cabe distinguir dos acepciones del término “constitución” que sirven, además, de hilo conductor en el análisis de este concepto.

A la vista de un diccionario común, como el de la Real Academia Española¹, en primer lugar, “constitución” puede identificarse en líneas generales con esencia, naturaleza, composición o caracteres de las cosas que las hacen ser lo que son. Así, en un sentido más restringido se emplea en la ciencia natural como equivalente a la complejidad del individuo. Como señala la Real Academia, en su acepción biológica, la constitución es la “Naturaleza y relación de los sistemas y aparatos orgánicos, cuyas funciones determinan el grado de fuerzas y vitalidad de cada individuo”. Ya en sentido menos específico, pero bien relacionado con esta primera acepción, “constitución” es la “Esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás”. De este modo, en esta primera acepción no jurídico-política puede decirse que “la constitución de Joaquín es débil” o que “el Sol y los planetas constituyen el sistema solar”.

También, en una segunda acepción no estrictamente jurídico-política y diferente a la anterior, “constitución” es la “acción y efecto de constituir”, en el sentido de “establecer, erigir, fundar” o “asignar, otorgar, dotar a alguien o algo de una nueva posición o condición”. Así, puede decirse que “se ha constituido una familia, una empresa, un tribunal”, etc.

Pues bien, estos dos sentidos antedichos, en cierto modo pueden relacionarse con las dos ideas básicas de Constitución por parte de los especialistas, ya en sentido jurídico político: la Constitución real (Constitución de los antiguos, parafraseando a Constant²,) y la Constitución racional-normativa (Constitución de los modernos). Hay que advertir desde un inicio que la terminología empleada sólo pretende ser instrumental, pues como

¹ “Constitución”:

- “1. f. Acción y efecto de constituir.
- 2. f. Esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás.
- 3. f. Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado.
- 4. f. Cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobernaba una corporación.
- 5. f. Estado actual y circunstancias de una determinada colectividad.
- 6. f. Biol. Naturaleza y relación de los sistemas y aparatos orgánicos, cuyas funciones determinan el grado de fuerzas y vitalidad de cada individuo.
- 7. f. Der. Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política.
- 8. f. Der. En el derecho romano, ley que establecía el príncipe.
 - ~ apostólica. 1. f. Documento papal, en forma de bula, rescripto o breve, que contiene alguna decisión o mandato.
 - ~ pontificia. 1. f. bula (documento pontificio de interés general).
- constituciones apostólicas.
 - 1. f. pl. Cierta colección de reglas canónicas atribuidas a los apóstoles, pero cuyo verdadero autor se ignora. “

“Constituir”:

- 1. tr. Formar, componer, ser. El Sol y los planetas constituyen el sistema solar. El robo constituye delito.
- 2. tr. Establecer, erigir, fundar. Constituir una familia, un Estado. Constituirse en tribunal.
- 3. tr. Asignar, otorgar, dotar a alguien o algo de una nueva posición o condición. El testamento le constituyó heredero universal.
- 4. tr. p. us. Obligar a alguien a hacer algo. Constituir EN una obligación.
- 5. prnl. Asumir obligación, cargo o cuidado. Se constituyó EN fiador. Se constituyó POR su guardador.

² Se hace referencia a su célebre Conferencia pronunciada en el Ateneo de París en febrero de 1819, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, distinción que, como sabemos, hacía referencia a la libertad participación-libertad negativa. El texto puede verse en <http://www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Constant.pdf> (6/10/2001), así como en CONSTANT, Benjamin, *Escritos políticos*, (Introducción, traducción y notas de: María Luisa Sánchez Mejía), CEC, Madrid, 1989.

se verá a lo largo del análisis el término “Constitución real” es igual de impreciso y polisémico para los diversos autores como el de “constitución” mismo.

En primer lugar, la Constitución real viene a suponer la forma en la que se estructura u ordena una comunidad política y que la hace ser tal, lo cual viene a coincidir con esta primera idea no jurídica o política como esencia, naturaleza, lo importante o característico de las cosas, sujetos o entes pero trasladada al ámbito de una organización política. Así, “Constitución” sería la complexión, la esencia, el orden interno, la naturaleza y calidades de una organización política, que la diferencian de las demás, la ordenación de sus miembros, órganos e instituciones. Toda organización política tiene su Constitución en este sentido, como se ha adelantado, como constitución real. Si bien la acepción Constitución real es de carácter especializado, este sentido se sigue entre las definiciones de “Constitución” en el Diccionario de la Real Academia: Constitución es la “Forma o sistema de gobierno que tiene cada Estado”. Relacionado con ello aunque con carácter más general, también se indica que constitución es el “estado actual y circunstancias de una determinada colectividad”.

En segundo lugar, puede vincularse la segunda acepción común de constitución (como fundación, establecimiento, atribución de una nueva condición a algo) con el concepto especializado de Constitución racional-normativa. Sin perjuicio de ulteriores precisiones, la Constitución racional-normativa viene a suponer un conjunto normado en forma jurídica que instituye la organización de una comunidad política concreta (el Estado), sus funciones fundamentales, sus órganos y las relaciones y competencias entre ellos, y se establece dicha organización bajo la creencia de que puede hacerlo para siempre y de modo general, de forma exhaustiva y sistemática. La Constitución en este sentido racional-normativo, no sólo expresa el orden de la organización política (su Constitución real), sino que ella misma lo crea³. Así, como se ha adelantado, puede apreciarse con claridad la vinculación de la Constitución racional-normativa con la segunda acepción no jurídico-política de constitución como acto fundacional, de establecimiento de algo nuevo o de atribución a alguien o a algo de una nueva condición. También en el Diccionario de la Real Academia, entre las acepciones de “Constitución” más próximas al ámbito jurídico incluye con carácter descriptivo y general lo que es una Constitución racional normativa, al definir “Constitución” como “Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política”⁴.

³ Se sigue, sólo a efectos introdutorios la noción de Constitución racional-normativa según García Pelayo. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, CEC, Madrid, 1991, pág. 260. Afirma García Pelayo, que la concepción racional normativa “concibe la Constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La Constitución es, pues, un sistema de normas. No representa una suma o resultante de decisiones parciales tomadas según van surgiendo los acontecimientos o presentándose las situaciones, sino que parte de la creencia en la posibilidad de establecer para siempre y de manera general un esquema de organización en el que se encierre la vida total del Estado y en el que se subsuman todos los casos particulares posibles.”

⁴ Hay otras definiciones del ámbito jurídico, pero de carácter más secundario o histórico. Así, “Constitución” es “Cada una de las ordenanzas o estatutos con que se gobernaba una corporación”; “En el derecho romano, ley que establecía el príncipe”. Y en el ámbito próximo al Derecho canónico, “Constitución apostólica” es “Cierta colección de reglas canónicas atribuidas a los apóstoles, pero cuyo verdadero autor se ignora” o “Documento papal, en forma de bula, rescripto o breve, que contiene alguna decisión o mandato”, también se define, por último, “Constitución pontificia”, esto es, una bula (documento pontificio de interés general).

Este inicial acercamiento al concepto de Constitución a partir de un Diccionario común, como lo es el de la Real Academia, sirve también para introducir otra idea del todo importante, el carácter histórico de este concepto. Del seguimiento cronológico de todos los Diccionarios habidos de la Real Academia⁵, puede comprobarse cómo desde un inicio se incluye el concepto de Constitución real, esto es, como “forma o sistema de gobierno” o, con carácter más general, como “estado actual y circunstancias en que se hallan algunos reinos, cuerpos, familias”⁶. Sin embargo, no es hasta el Diccionario de 1889 cuanto aparece por primera vez una definición de “constitución” en el sentido más cercano al de Constitución racional-normativa, aún de forma bien somera, como “Ley fundamental de la organización de un Estado”⁷. Y ha sido ya en la última revisión de 2001 cuando se ha ampliado esta acepción en el sentido antes indicado de “Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política”. De este modo, aun sólo con carácter meramente introductorio, se puede percibir cómo la idea de constitución real (forma de gobierno) resulta más antigua que la idea de Constitución racional-normativa, por motivos que habrá ocasión de observar.

2. 2. COMPLEJIDAD DE LA NOCIÓN DE “CONSTITUCIÓN”

También con ánimo introductorio a la noción de constitución considero conveniente advertir la particular complejidad de este concepto, por diversos motivos.

En primer lugar, como ya se ha visto, el término “constitución” es polisémico, y entre sus diversos sentidos se encuentran acepciones no jurídico-políticas (por ejemplo: “Pepe tiene una constitución robusta”, “se ha constituido una familia”). Pero dicha multivocidad se da también en el sentido jurídico-político de “constitución”. Ya con este sentido más especializado, pueden encontrarse con carácter general dos ideas de “constitución” ya adelantadas: constitución real - Constitución racional-normativa (“Constitución de los antiguos”-“Constitución de los modernos”). En la primera se apreciará con mayor intensidad la idea de “ser” y la ausencia de lo jurídico, en la segunda la idea de lo normativo, ya por lo jurídico, ya por la presencia del deber ser. Aún es más, a partir de dicha dualidad básica, se han generado toda una serie de conceptos de constitución matizados, de connotaciones diversas. De ahí que, como entre otros recuerdan García Pelayo o Rubio Llorente, esta multivocidad del sentido jurídico-político de “constitución” lleva a que no sea nada extraña la adjetivación de este sustantivo⁸ con pretensión aclaratoria. Por ello, se puede escuchar o leer entre los

⁵ Se puede seguir de forma sencilla la evolución de los términos en todos los diccionarios habidos en “Diccionarios académicos” en www.rae.es (14/12/2001).

⁶ Así, estas definiciones pueden apreciarse, con ligeras modificaciones hasta el presente en todos los diccionarios desde el segundo, de 1780.

⁷ Así en el Diccionario usual de 1889. Cabe decir que en el primer diccionario, Diccionario de autoridades de 1720, las definiciones de “constitución” son bien distintas de las de los posteriores diccionarios. En éste se define constitución como “ordenanza, establecimiento, estatuto, reglas que se hacen y forman para el buen gobierno y dirección de alguna República o Comunidad, del latino *constitutio*, que significa esto mismo. “ Establecer, ordenar, instituir y formar leyes y reglas para el régimen y gobierno de algún Reino, República o Comunidad. Tomado de *constituere*, que significa lo mismo. “ Por último, “Se toma algunas veces por la situación, postura y asiento de las cosas: y así hablando de la variedad de los templos y temperamentos de las provincias, ciudades, poblaciones y otras cosas semejantes se dice que su constitución es cálida, húmeda, benigna. “

⁸ GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado...cit.* pág. 33 y RUBIO LLORENTE, Francisco, “La constitución como fuente del derecho”, en *La forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, pág. 79.

especialistas expresiones como constitución *real, empírica, ideal, formal, histórica, social, política, jurídica, racional-normativa, cultural, normada, normativa, liberal, burguesa, despótica, democrática*, etc. A partir de esta dualidad básica y multiplicada por toda esta serie de adjetivaciones del sustantivo constitución se han articulado y cristalizado diversas confrontaciones teóricas. Y estos debates, lejos de encerrar meras disquisiciones intelectuales, llevan tras de sí muy relevantes consecuencias, como en su momento se examinará. En todo caso, hay ya que adelantar que ni siquiera hay un consenso mínimo sobre el significado del sustantivo “constitución” adjetivado, esto es, los especificativos (real, social, formal, material, jurídica...) tampoco parece que ayuden en demasía a saber de qué concepto se trata.

En segundo lugar, la particular complejidad de la noción de “constitución”, ya en su ámbito jurídico-político, deriva del hecho de que “constitución” sea un concepto de una marcada historicidad.

Con ello se quiere decir, en primer lugar, que desde la Historia antigua hasta el presente se constata la existencia de unas realidades jurídico políticas a las que se denominaba “constitución” o que con otros términos se expresaban realidades que guardan cierta identidad (*politeia*, ley imperial, ley regia, ley fundamental, Carta Magna, convenios –*covenants*-, acuerdos –*agreements*-, instrumento de gobierno, etc.). También desde la Historia antigua –dando básicamente Aristóteles el *pistoleto* inicial-, se advierte en el pensamiento jurídico y político la referencia a la expresión “constitución” preminentemente como constitución real, esto es, forma en la que se estructura u ordena una comunidad política.

No obstante, hay que adelantar, que a la idea de Constitución no se le ha prestado excesiva importancia en el pensamiento jurídico político hasta la ilustración y sus consecuencias. Y es que, en segundo lugar, con la referencia a la historicidad del concepto de constitución, se quiere significar, sobre todo, que el término “constitución”, pese a emplearse desde la Historia antigua, adquiere una importancia y una connotación específica tanto en la realidad cuanto en la teoría jurídico-política en un momento determinado del proceso histórico, a partir de la Ilustración y sus desencadenantes políticos y jurídicos. En otras palabras, que la otra acepción básica del término “Constitución” (como Constitución racional-normativa, Constitución de los modernos) se le puede poner fecha de inicio, siendo un concepto y una realidad jurídico política cuyo origen puede fijarse entre la segunda mitad del siglo XVII y el final del siglo XVIII y, desde entonces, perdura hasta nuestros días. Además, cabe también adelantar que este sentido moderno o contemporáneo (la Constitución racional-normativa) va unido a la asunción de unos postulados filosóficos, jurídicos y políticos concretos, a una carga ideológica específica. Las constituciones en este sentido moderno se vinculan a los postulados liberales primero y a la democracia liberal después.

En consecuencia, la complejidad de la noción de constitución por la referida historicidad se da porque, de una parte, entre las acepciones jurídico-políticas que hoy día se siguen barajando de “constitución”, persiste la idea inicial que tuviera desde su aparición en la antigua Grecia (constitución como constitución real). Y, como se verá, esta idea de constitución en ocasiones *chirría* con la acepción moderna o contemporánea de Constitución racional-normativa. De otro lado, ya respecto de la acepción de Constitución racional-normativa, hay que decir que nos encontramos ante un concepto relativamente reciente que no está exento de debate doctrinal y que está sometido a una continua evolución temporal.

Pero además, por otra parte, esa realidad que toma forma en un documento articulado bajo el nombre de “Constitución”, se ha mundializado, de modo que

prácticamente toda organización política estatal cuenta con una “Constitución”. En efecto, hay más de un cuarto de millar de “constituciones” en Estados independientes en el mundo, cuando son muchos menos los Estados que pueda admitirse –aun con el criterio más flexible- que sean democracias liberales⁹. Por ello, en Estados como Irak, Sierra Leona o Cuba, totalmente ajenos a la democracia liberal hay documentos normados con forma jurídica denominados “Constitución”¹⁰. De este modo, la segunda idea de “constitución” que nace en un momento histórico concreto, y con una carga ideológica bastante determinada se ha desvirtuado exigiendo mayores precisiones por cuanto hay “constituciones” en Estados totalmente distantes de aquella carga ideológica y de los postulados filosóficos, políticos y jurídicos que están en la base de esta segunda noción básica de constitución.

Estos dos factores aludidos, multivocidad acentuada de la expresión e historicidad, llevan a que la noción de constitución sea particularmente compleja. Además, como es lo propio de cualquier concepto de uso especializado de tamaño abstracción e importancia, (como Derecho, Estado, soberanía, etc.) resulta prácticamente imposible establecer una definición clara, exacta y precisa que sea concluyente y del todo pacífica. Y es que el concepto es susceptible de muchas connotaciones en su definición especializada, ya dentro de los especialistas de una misma disciplina (como por ejemplo, entre los Teóricos de la Constitución), como entre las diversas disciplinas a las que particularmente interesa el concepto (Ciencia política, Sociología, etc.).

Por todo ello, como se anunciaba desde un inicio, lo más que puede aspirarse en estas páginas es a una aproximación a las nociones de constitución, que permita una reflexión sobre el concepto y realidad política-jurídica de la misma, que ayude a considerar qué sentidos especializados tiene en el presente y, asimismo, este acercamiento pretende ser útil e instrumental a la finalidad por la que se introduce en el presente proyecto, es decir, con relación más concreta al Derecho constitucional que es el objeto de la plaza a la que aspira el autor del presente proyecto docente.

2. 3. UNA APROXIMACIÓN INTRODUCTORIA A LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN LA HISTORIA DE LAS IDEAS

Sentadas las anteriores premisas, resulta conveniente operar un acercamiento a las nociones de constitución a partir de su aparición histórica tanto desde el punto de vista de la realidad como de la teoría. Esta doble perspectiva resulta útil por cuanto la noción de constitución y la exagerada multiplicidad de acepciones del término en su sentido jurídico y político, creo que sólo puede ser comprendida a través de un desarrollo histórico. Estoy convencido que a estas alturas iniciales del estudio, la exposición de las decenas de acepciones jurídico-políticas de Constitución que se manejan en la doctrina¹¹

⁹ Sin tener en cuenta las constituciones de los Estados miembro de una federación soberana (como, por ejemplo, Estados Unidos o Alemania) son 276 los documentos constitucionales en el mundo. Éste cómputo se realiza a partir del repertorio más completo conocido de constituciones (<http://www.uni-wuerzburg.de/law/>, 12/12/2001).

¹⁰ Así, la Constitución interina de Irak aprobada en 1990 y en “vigor” desde 1995; la de Sierra Leona de 1991 o la cubana de 1976.

¹¹ Valga por ejemplo la extraordinaria sistematización de Schmitt en su *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, págs. 29-64, a la que en su momento se hará referencia, a mi juicio se trata de la exposición más completa del concepto de Constitución. Dicha exposición no contará con menos de diez acepciones de la noción constitución, así como una docena del término “ley fundamental”. Heller por su

no serviría absolutamente para nada y sería imposible para el lector captarlos matices y significación de cada una de ellas. Por el contrario, creo que, aun con mera intención introductoria, puede resultar útil una breve descripción de los vaivenes del concepto constitución a lo largo de la historia hasta nuestros días.

Como en la siguiente exposición se podrá apreciar de forma pausada, cabe distinguir tres fases en la generación de acepciones al término constitución. Y como se verá, las nuevas acepciones en modo alguno reemplazarán a las anteriores, sino que se van acumulando y todas, incluso las menos jurídicas, siguen estando presentes hasta hoy día, haciendo imposible alcanzar un consenso sobre el concepto de constitución.

La primera fase va desde el pensamiento griego y romano, donde se muestra una relativa atención al término y a la idea de constitución, hasta, pasando por un casi total olvido del término, los prolegómenos mismos de la Ilustración en los siglos XVII y, en especial, XVIII. En esta primera etapa en el término “constitución” prima la idea de esencia y complejidad de la organización política. La constitución refleja la unidad del Estado y casi se identifica con él, es su vida misma. La constitución es esencialmente la forma del gobierno, esto es, la organización del poder y la sociedad. La constitución en esta primera época básicamente es la que hay (ser), aunque también es constitución la ideal que formule el pensador correspondiente (deber ser). El elemento jurídico está en un plano secundario, puesto que la constitución, aunque es ordenación y forma, no necesariamente tiene naturaleza normativa (deber ser) ni, concretamente, jurídica. En el caso de que se manifieste expresamente el componente jurídico de esta constitución, éste no será exclusivamente el que la defina, y en todo caso el Derecho se conforma por usos y costumbres que relegan a un plano muy secundario al Derecho positivo.

A esta constitución que prima hasta la ilustración misma en el pensamiento, se le denomina aquí, únicamente con pretensión instrumental, “constitución real”. Toda asociación política (polis, república, Estado) tiene constitución. Esta idea de “constitución real”, de la “constitución de los antiguos”, aún perdura en la segunda etapa (ilustración y constitucionalismo liberal) e incluso hasta nuestros días. En los siglos XIX y XX la práctica totalidad los grandes autores que intentan conceptualizar la constitución seguirán partiendo de esta idea-base de la constitución de los antiguos a la que aditarán el componente jurídico y, sobre todo, la idea de establecimiento, de fundación. Desde el concepto más formalista como el de Kelsen, hasta los conceptos jurídicos de Jellinek, Heller o Santi Romano girarán básicamente alrededor de la constitución de los antiguos. De igual modo hay que adelantar que –con carácter excepcional- la Constitución de Inglaterra lo es básicamente en este sentido de constitución real, la Constitución antigua (*Ancient Constitution*) con una identidad prácticamente total respecto de la concepción ciceroniana de Constitución. Asimismo, cuando se lee o escucha expresiones como “constitución histórica”, “constitución tradicional”, “constitución social”, “constitución material”, “constitución real”, por lo general vendrán referidas –con las más diferentes intenciones y matices- a esta idea básica que fue preeminente en esta primera etapa, a la “constitución de los antiguos”. En estos casos, a diferencia de los anteriores, se tratará más propiamente de la constitución que primaba en la primera época, con un

parte establecería no menos de cinco conceptos de constitución y la mayoría de autores cuanto menos reducirían las acepciones jurídico políticas a dos.

Por citar otro estudio en el que se sistematizan las nociones de constitución desde una perspectiva bastante más simple e instrumental, no podría menos que manejarse media docena de acepciones, siendo además que están referidas al ámbito jurídico-normativo en sentido más estricto. Así, GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, UAM-Instituto De Investigaciones Jurídicas, México, 2001, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=22> (30/3/2002). Unas y otras clasificaciones serán expuestas más adelante.

componente jurídico muy mitigado. En disciplinas no jurídicas, como la Sociología o la Ciencia política, sigue primando, también, esta constitución de los antiguos.

En todo caso, en esta primera etapa, se dan –sobre todo en Aristóteles- elementos ya cercanos a la segunda idea básica de constitución, la constitución como establecimiento, fundación, esto es, algo que se crea por el hombre, que se establece, que se impone y sirve para establecer algo nuevo o reconfigurar lo existente. Cuando se habla de esta constitución se advierte algo más su naturaleza jurídica, aunque en esta primera etapa no se desarrolla este carácter jurídico.

La segunda fase va desde el desarrollo del pensamiento ilustrado desde el siglo XVII hasta la primera mitad del siglo XX, pasando, obviamente, por el Estado constitucional liberal. En la misma el concepto de constitución, prácticamente desaparecido de la reflexión jurídico política, reaparece con fuerza inusitada tanto en el pensamiento, como, en las prácticas jurídico políticas, que en buena medida precedieron al pensamiento mismo. Especialmente serán muestra de ello la *Petition of Rights*¹², el *Instrument of Government* de Cromwell¹³, los *covenants* y *agreements* norteamericanos¹⁴, en primer término, y finalmente las Constituciones norteamericana y continentales europeas.

A diferencia de la primera etapa, ahora la preeminencia casi absoluta es la de la constitución como establecimiento, fundación. De forma más concreta, la Constitución es un documento con forma jurídica con una fuerte carga ideológica determinada. La ideología concreta que la hace surgir (liberalismo burgués) hace que a esta Constitución se le denomine por Schmitt, “Constitución ideal”, y por resultar más aclarativo, parece aconsejable emplear o bien el término de García Pelayo de Constitución racional-normativa, o los calificativos de Constitución liberal primero, y liberal democrática en nuestros días. Esta Constitución, a la que ya haremos referencia con mayúscula, se distingue en origen por el conocido artículo 16 de la Declaración francesa: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”, a estos dos básicos componentes de la Constitución liberal, se irán añadiendo otros que se irán haciendo esenciales en el liberalismo democrático. De igual modo, este documento con forma jurídica adquirirá más pronto (Estados Unidos) o más tarde (Continente europeo), verdadera fuerza jurídico normativa. Por lo general, para el Derecho constitucional, sólo esta “Constitución de los modernos”, la racional-normativa, es una verdadera Constitución. Y, obviamente, no todo Estado tiene esta Constitución.

No obstante, como ya se ha adelantado, los grandes intentos conceptuales siguen teniendo en su base la idea de la Constitución de los antiguos, esto es, la mayoría de las grandes nociones que se elaboran siguen valiendo para todo Estado con independencia de que sean o no liberal democráticos. Asimismo, esta Constitución de los antiguos se mantiene con fuerza como Constitución histórica o Constitución real con los más diversos intereses (reaccionarios, marxistas o fascistas). Aun es más, si la incorporación de la idea de establecimiento y fundación es propiamente liberal, uno de los conceptos

¹² *Petition of rights, de 7 de junio de 1628*, el texto de la misma puede verse en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/petition_eng_1628.html (12/9/2001).

¹³ *Instrument of Government*, 1653, el texto del mismo –en inglés- puede verse en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/instrument_1653.html (12/9/2001).

¹⁴ El *covenant* más famoso, como es sabido, es el que se selló en el *Mayflower* por los colonos puritanos ingleses llegados a Norteamérica, el 22 de diciembre, fechado el 12 de noviembre de 1620, el texto del mismo –en inglés- puede verse en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/mayflower_compact.html (12/9/2001).

más importantes, el de Schmitt se centra en esta idea –la Constitución es la decisión fundamental de la unidad política- y precisamente es una de las contrucciones que se distancian más del constitucionalismo liberal.

Así pues, en la etapa contemporánea se dan nociones de Constitución con un importante componente jurídico-normativo, pero que exceden con mucho lo meramente jurídico. Estas nociones de Constitución quedan por lo general aisladas de la Constitución liberal y luego democrático-liberal. Estas nociones permiten un consistente bagaje doctrinal que hace posible la existencia de una Constitución normativa y jurídica no vinculada a la Constitución ideal liberal. Todo Estado tendrá Constitución aunque no sea un Estado constitucional (liberal democrático). La práctica mayoría de los grandes conceptos de Constitución superan a la Constitución normada y jurídica y el liberalismo que la hizo nacer, y el mismo constitucionalismo de nuestros días aún sigue bebiendo de estos conceptos que no puede relegar.

Por último, puede hablarse, con menor relevancia, de una tercera etapa, que se puede determinar por la globalización del empleo de constituciones al mundializarse la organización de todo el mundo en Estados, lo cual puede situarse tras el primer tercio del siglo XX. Se detecta tras esta etapa una renuncia de intentar conceptuar la Constitución. Salvo alguna excepción, siguen vigentes los grandes conceptos (Jellinek, Kelsen, Schmitt, Heller, Smend, Hauriou, Santi Romano). Pero, si los conceptos de estos grandes autores eran válidos para cualquier Estado –fuera o no liberal democrático- ahora valen por cuanto a la Constitución liberal democrática, que en los Estados constitucionales es la única Constitución admitida conceptualmente.

Y ello es incluso más curioso por cuanto el éxito –liberal- de las constituciones lleva a que prácticamente todo Estado cuente con un documento con forma jurídica al que se denomina “Constitución” o con términos similares (Ley fundamental, Ley constitucional, etc.). También, en su caso, se denomina Constitución a un conjunto de normas, leyes constitucionales, que por diversos motivos se distinguen de las leyes ordinarias. Se dan más de un cuarto de millar en el mundo de estas “constituciones”, y muchas de ellas nada tienen que ver con la Constitución racional-normativa, la Constitución liberal democrática y ni siquiera, en muchos casos, con los elaborados conceptos de Constitución que nos brindaron autores como los anteriormente citados. Esta concepción de Constitución como documento con forma normativa que tiene un Estado es la más laxa, por cuanto no exige vinculación ideológica alguna, ni siquiera un contenido común de lo regulado en dichos documentos, si bien, puede coincidirse en que en estas “constituciones” se dan unos contenidos mínimos. Asimismo, desde el punto de vista jurídico formal, estos documentos suelen exigir un procedimiento particular de génesis y aprobación y suelen ser más difíciles de modificar que las leyes ordinarias. Ni siquiera estos documentos con forma jurídica tienen que contar con fuerza normativa. Este concepto de Constitución repele al constitucionalista (liberal-democrático) por su total relatividad conceptual y por su completo distanciamiento de los principios democráticos en su sentido occidental.

3. EL NACIMIENTO DE LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN EN GRECIA Y SU CONTINUIDAD EN ROMA

3. 1. LA TÍMIDA APARICIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN EN PLATÓN A LO LARGO DE LAS FASES DE SU OBRA

...

Así pues, por lo visto, ya en Platón se descubren varias dualidades que persisten en la noción de constitución a lo largo de la historia. De un lado, se observa la contraposición entre constitución real e ideal. Una y otra son constitución real en el sentido de mera forma de gobierno, ordenación política, si bien unas –las injustas- son mera descripción del ser, y otras –las ideales-, producto de la abstracción mental, son la descripción del deber ser, de la justicia. Así pues, la constitución como forma de gobierno puede ser justa (*La República*), o lo más justa posible (*El político*) o injusta. En todo caso, en uno u otro casos, constitución justa o injusta, se utiliza el concepto de constitución como forma de gobierno, ordenación política.

No obstante, de otro lado, en la última obra del maestro del Liceo, *Las Leyes*, se descubren algunos rasgos del concepto racional normativo que habría de consolidarse veinte siglos más tarde. Más allá de la noción de constitución como forma de gobierno (justa o injusta) se aprecia la noción de constitución como acto del legislador, a quien el gobernante ha de someterse, siendo que ello va unido a un diseño arquitectural con afinidades a la distribución de poderes constitucional e incluso con instrumentos de participación electoral. Asimismo, la constitución gana muchos enteros por cuanto a la capacidad de establecimiento por parte del ser humano.

3. 2. LA IMPORTANTE PRESENCIA DE LA “CONSTITUCIÓN” EN EL PENSAMIENTO DE ARISTÓTELES

...

Como se ha adelantado, hay un elemento que se subraya en la noción aristotérica de constitución, que se advierte con claridad en sus diversas aproximaciones a una definición de constitución:

“la constitución es la que determina con relación al Estado la organización regular de todas las magistraturas, sobre todo de la soberana, y el soberano de la ciudad es en todas partes del gobierno; el gobierno es, pues, la constitución misma.”¹⁵

“La constitución del Estado tiene por objeto la organización de las magistraturas, la distribución de los poderes, las atribuciones de la soberanía, en una palabra, la determinación del fin especial de cada asociación política”.¹⁶

¹⁵ Y prosigue “Me explicaré: en las democracias, por ejemplo, es el pueblo el soberano; en las oligarquías, por el contrario, lo es la minoría compuesta de los ricos; y así se dice que las constituciones de la democracia y de la oligarquía son esencialmente diferentes; y las mismas distinciones podremos hacer respecto de todas las demás.” (*Política*, Libro VI, Cap. IV, pág. 121).

¹⁶ *Política*, Libro VI, Cap. I, pág. 217.

“La constitución no es otra cosa que la repartición regular del poder, que se divide siempre entre los asociados [...] de manera que las constituciones serán necesariamente tan numerosas como lo son las combinaciones posibles entre las partes del Estado, en razón de su superioridad respectiva y de sus diferencias.”¹⁷

Así pues, la constitución es la combinación concreta del reparto del poder que se da en una asociación humana. Ahora bien, no se trata de cualquier combinación, sino la combinación “ordenada”, “regular”, “organizada” del poder entre los miembros de la comunidad política, el Estado. A la vista de estas definiciones, cabe descubrir dos ideas que siguen siendo básicas en el pensamiento jurídico, la relación Estado-constitución y Estado-Derecho.

...

De este modo, por lo expuesto, con Aristóteles sigue primando la idea de constitución como constitución real, ordenación política que se da en cada momento en la polis, próxima, como idea base, a la idea de esencia, complejidad. No obstante, la aproximación de la constitución a la noción de constitución racional-normativa es relevante. De un lado, por cuanto la conexión de la constitución con lo jurídico-normativo es ya muy importante, sin perjuicio de las deficiencias en la relación Estado-constitución-Derecho, prácticamente insalvables en el pensamiento griego. En este sentido, como se ha expuesto, la constitución es organización que se adivina jurídica en tanto que “prescribe” obligaciones. De otro lado, hay una interdependencia esencial entre la constitución y las leyes, la constitución es organización del poder en la que el poder supremo corresponde a la ley, y si no es así, no hay constitución.

Además, en Aristóteles hay otros elementos que aproximan al concepto racional-normativo de constitución que ahora simplemente baste referir telegráficamente. En primer lugar, la tesis de la soberanía de la ley se construye sobre el principio de igualdad y el carácter general de las leyes. En segundo lugar, en la obra del estagirita se halla una descripción teórica de elementos arquitecturales que nutrirían la Constitución racional-normativa. Así, sin perjuicio de la importancia de la teoría sobre las libertades positivas de los ciudadanos, destaca sobremanera la teorización sobre la división del poder legislativo, ejecutivo y judicial, de forma que sorprende al lector, en especial porque fue silenciado por el propio Montesquieu¹⁸. De igual modo, las técnicas de reparto de poder están bien presentes en la obra expresadas de modo teórico, no descriptivo.

Por último, en tercer lugar, a lo largo de la *Política* puede seguirse entre líneas la idea –esencial en la “Constitución de los modernos” de constitución como fundación, establecimiento, atribución de una nueva condición a algo, noción como se dijo vinculada al concepto racional-normativo y liberal democrático de constitución. Así, la constitución no es únicamente la ordenación política que hay, sino que es algo que “se hace”¹⁹, que “se adopta”, que “se da” a la polis, que puede “ser aceptada” y “puesta en ejecución”²⁰, que “crea” el que se impone en el combate del poder²¹, que puede ser

¹⁷ *Política*, Libro VI, Cap. III, pág. 220.

¹⁸ En efecto, el Libro VI de la *Política*, dedica un Capítulo al poder legislativo (Cap. XI), otro al poder ejecutivo (Cap. XII) y un tercero al poder judicial (Cap. XIII). *Curiosamente* Montesquieu, el teórico básico de esta división no hará referencia alguna a Aristóteles en *El Espíritu de las Leyes*. La omisión de Locke parece más justificada por la propia naturaleza de su obra.

¹⁹ *Política*, Libro III, Cap. V, págs. 122-123, expresamente se dice “todas las constituciones hechas”.

²⁰ *Política*, Libro VI, Cap. I, pág. 216: “corresponde a una misma ciencia indagar [...] también qué constitución conviene adoptar según los diversos pueblos. [...] Por lo demás, si el primer deber de hombre

“reemplazada”²², que “se consolida” y que “constituye el Estado”²³, que puede variarse y con ello varía al Estado²⁴.

...

3. 3. EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN CICERÓN Y LAS PRIMERAS “CONSTITUCIONES”

...

Por lo que se conoce de la obra, hay que decir que el término “constitución” no es usado en numerosas ocasiones por Cicerón, si bien, cuando se emplea es, una vez más, con la clara acepción de forma de gobierno, de ordenación política posible de un Estado (ser). Así, las “constituciones políticas” son tres, monarquía, aristocracia y democracia, con sus tres típicas corrupciones. Cicerón, al igual que previamente Polibio en sus *Historias*²⁵, son particularmente conocidos a este respecto por apostar por una “constitución moderada”, “templada” o “mixta”, que suponía la cuarta forma de gobierno. Esta constitución mixta era una ordenación política muy aproximada a la de la Roma republicana. Frente a los déficits de las tres formas clásicas, esta constitución mixta incorporaba las ventajas de las tres y excluía sus defectos²⁶. Cicerón defiende esta

de Estado consiste en conocer la constitución que, pasando generalmente como la mejor, *pueda darse* a la mayor parte de las ciudades [...] Cuando se propone una constitución, es preciso que pueda ser *aceptada y puesta fácilmente en ejecución*, partiendo de la situación de los Estados actuales”.

²¹ *Política*, Libro VI, Cap. IX, pág. 240: “Como el poder es el premio del combate, el vencedor que se apodera de él *crea necesariamente uno de los dos gobiernos* extremos, la democracia o la oligarquía.”

²² *Política*, Libro VIII, Cap. I, pág. 278: “En los cambios que producen proceden de dos maneras. Unas veces atacan el principio mismo del gobierno, *para reemplazar la constitución* existente con otra [...].”

²³ *Política*, Libro VI, Cap. X, págs. 241-242: “Una constitución no *se consolida* sino donde la clase media es más numerosa que las otras dos clases extremas, o, por lo menos, que cada una de ellas [...] Cuanto más perfecta sea la combinación política según la que se *constituya el Estado*, tanto más serán las probabilidades de *permanencia* que ofrezca la constitución.”

²⁴ *Política*, Libro III, Cap. I, pág. 114:

“Si el Estado es efectivamente una especie de asociación; si es una asociación de ciudadanos que obedecen a una misma constitución, mudando esta constitución y modificándose en su forma, se sigue necesariamente, al parecer, que el Estado no queda idéntico”.

²⁵ Polibio (208 a. C. - 126 a. c, recuérdese que Cicerón nace en el 106 a. c) en sus *Historias* (hay diversas traducciones al castellano) afirmó que la grandeza de Roma provenía de la de su organización política, de su constitución, la constitución romana era “mixta” no encuadrable en ninguna de las tres categorías clásicas de monarquía, aristocracia y democracia, por formar parte de las tres, si bien, tenía un marcado carácter aristocrático por la preeminencia del Senado y de los magistrados patricios.

²⁶ En el Libro II de *Sobre la República* afirma inicialmente las tres clásicas formas de gobierno “constituciones políticas”:

“este gobierno puede confiarse o bien a uno solo, o a un grupo de elegidos, o a la muchedumbre de todos. Cuando el gobierno de todos los asuntos está en mando de un solo, a éste lo llamamos rey, y a esta forma de constitución política, reino. Cuando lo tienen unos pocos elegidos, entonces se llama aristocracia. Gobierno popular (democracia) –así lo llaman- es aquel en que todo el poder lo administra el pueblo [... Sin embargo estas constituciones no son perfectas, aun sin ser corruptas] Pero en el régimen monárquico quedan los otros ciudadanos algo excluidos de la actividad del derecho y del gobierno. En el gobierno aristocrático la multitud goza de poca libertad, a no intervenir con su consejo, ni con poder alguno. En el gobierno del pueblo, aunque sea justo y moderado, la misma igualdad es injusta, al no reconocer distinción proporcionada a los méritos”. (Libro II, & 26, 42, pág. 29).

A continuación Cicerón por boca de Escipión da entrada a la cuarta forma “creo que debe preferirse una cuarta forma de gobierno moderado y templado con los tres géneros que antes presenté”. (& 29, 45,

constitución –ordenación política- como la mejor no sólo para Roma, sino con carácter universal²⁷. Poco importa ahora detenerse en la arquitectura constitucional por la que Cicerón apostaba, más allá de recordar la importancia básica del reparto institucional del poder, más que por tener algo que ver con la moderna división de poderes, por ser un sistema –también constitucional- de independencia y recíprocos controles. Tampoco procede ahora tener en cuenta si se trataba o no de una verdadera forma de gobierno, como señalase Bodino²⁸ o que Santo Tomas apostase también por una constitución mixta²⁹, lo que interesa es, obviamente, rastrear la concepción de la constitución en este autor.

En este sentido, como se ha adelantado, en el concepto de “constitución” de Cicerón vuelve a primar extraordinariamente la idea de constitución real, de esencia; constitución es forma de gobierno, ordenación política, ser. Ello no excluye la introducción del deber ser, pues como en Platón o Aristóteles, entre las constituciones posibles, se considera que hay una justa o ideal –la mixta- que es la que el autor propone. Sin embargo, la noción de constitución pierde en la reflexión de Cicerón en muy buena medida el componente de constitución racional-normativa al que en especial Aristóteles se había aproximado, tanto por la conexión con lo jurídico cuanto por su carácter fundacional, de establecimiento, y estas ideas se borran prácticamente en el pensamiento ciceroniense.

...

El término de constitución se generalizaría en Roma y se emplearía para las “Constituciones” imperiales, que se establecían por decreto, por edicto o por epístola. Estas constituciones aparecieron al final de la época clásica generalizándose en la postclásica para designar la legislación imperial, siendo recopiladas por Justiniano en el *Codex*³⁰. No se ha dudado nunca respecto de éstas que tuvieran fuerza de ley, y estas

pág. 31) y es que, como poco después afirma “Con razón preguntas cuál de las tres formas, porque no apruebo ninguna de las tres por separado, y prefiero la que resulta de una sabia combinación de todas ellas” (& 35, 45, pág. 36).

La constitución mixta propuesta viene a suponer lo que se expresa de forma concisa en & 45, 69, pág. 45: “Me gusta que haya en la República un poder eminente y monárquico, que exista también algo encomendado y atribuido a la autoridad de los príncipes, y que haya así mismo otras cosas reservadas al juicio y a la voluntad de la multitud.”

En el Libro II de *Sobre las leyes*, enlaza con la anterior obra y expone sumariamente la constitución perfecta por la que apuesta, que es “exactamente la de nuestra ciudad...con alguna pequeña variación” como Quinto recuerda a Marco (& 5, 12, págs. 222-223). A ello responde Marco que: “Tu observación, querido Quinto, es exacta. Esa es la *constitución moderada* que nos ha presentado Escipión en mis libros y que no hubiera podido realizarse sin esta organización de los magistrados. Creedme que de los magistrados, que están al frente del Estado, depende la forma de la República, por su organización se conoce el género del gobierno. Pero como nuestros antepasados ordenaron el gobierno con suma sabiduría y moderación, han sido muy pocas las reformas que he creído necesario introducir en nuestras leyes.” (*ídem*). La cursiva es mía.

²⁷ En el Libro III de *Sobre las leyes*, se detiene en las leyes políticas, como afirma (& 2, 36, pág. 216) con ánimo de buscar cuáles de estas han de valer no para el pueblo romano, sino con carácter universal persiguiendo el Derecho, recta razón fundada en la naturaleza.

²⁸ Así, en sus *Seis libros de la República*, , en concreto, Libro II, Cap. I, págs. 97-100.

²⁹ Así, *Summa*, II, II, 95. 4, ST. THOMAS AQUINAS, *Summa Theologica*, (Fathers of the English Dominican Province, trads.), Benziger Bros. edition, 1947, disponible en <http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/home.html> (23/2/2002).

³⁰ Como es sabido, en el imperio romano oriental el emperador Justiniano entre el 528 y 533 llevó a cabo una reelaboración del Derecho y la obra más importante de recopilación del Derecho romano que estaba integrada por distintos títulos:

- a. - Instituciones: obra elemental con el fin de la enseñanza del Derecho.
- b. - Digesto: recopilación de textos de la jurisprudencia clásica.

“Constituciones” expresaban que el mismo Emperador recibía el poder en virtud de una ley.

4. EL PASO DE LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN AL OCASO TEÓRICO. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO NATURAL Y LAS DOCTRINAS DE LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO COMO BASES PARA SU FUTURA REAPARICIÓN

Como se ha adelantado, el concepto y la idea de constitución pasaría a un completo ostracismo en la reflexión jurídico-política. Desde entonces, el terrero doctrinal fue variando mucho, integrando elementos antes prácticamente inexistentes haciéndose cada vez más propicio para que el concepto de constitución tuviese las posibilidades de volver a emerger, esta vez con una fuerza ya inusitada. Las prácticas “constitucionales” no habían cejado a través del otorgamiento de derechos y fueros y las leyes fundamentales monárquicas en Inglaterra y Francia, pero bastante distantes del apoyo doctrinal singularmente pertinente en el continente. Hobbes diría que no había encontrado ninguna explicación en autor alguno sobre las leyes fundamentales. Cuando estas prácticas se unieron a la teoría ilustrada eclósonó tanto en la práctica como en la teoría la “Constitución” hasta nuestros días.

...

4. 1. LA PRIMACÍA DE LA FUNDAMENTACIÓN DIVINA DEL DERECHO Y EL PODER EN LA EDAD MEDIA COMO LÍMITE A UN PODER POLÍTICO DÉBIL Y DESCENTRALIZADO

Desde el declive de Roma, el predominio del Derecho divino se hizo patente y perduraría hasta el final del medievo. La visión pecadora del hombre cuya trascendencia en lo jurídico-político se observa en Cicerón o Séneca³¹ relega al hombre a un segundo plano por completo respecto de Dios.

... San Agustín

4. 2. LA SECULARIZACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE UN DERECHO NATURAL ACCESIBLE AL HOMBRE, COMO MEDIO IDÓNEO DE FUNDAMENTACIÓN Y LEGITIMACIÓN DE UN NUEVO PODER, EL ESTADO

Santo Tomás de Aquino (1225-1274) ³² cristianiza a Aristóteles como San Agustín había hecho con el idealismo platónico. De este modo, con una inteligente operación,

c. - Código: compilación de constituciones imperiales hechas desde Adriano hasta Justiniano.

d. - Novelas: que son el conjunto de constituciones imperiales que se promulgan después del Código.

³¹ SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 127 y ss.

³² Sobre el pensamiento de Santo Tomás, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 188 y ss. ; *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, (3ª ed.) Vicens, 1984, págs. 83 y ss. Aquí se utiliza básicamente ST. THOMAS AQUINAS, *Summa Theologica*, (Fathers of the English

consigue arrinconar el Derecho divino a favor de un Derecho natural accesible por la razón humana. El recurso al Derecho natural serviría para fundamentar el nuevo poder monárquico. En este sentido, en tanto que resulta del todo importante respecto del constitucionalismo que recurriría de nuevo al Derecho natural, hay que insistir en que la apelación al Derecho natural no es como pueda parecer, un planteamiento que directamente lleva a limitar al poder, sino todo lo contrario, fundamenta el fortalecimiento del poder de un modo claro, como especialmente recuerdan Jouvenel o Duverger.

El recurso al Derecho natural es un instrumento en cierto modo peligroso para el poder, como dice Duverger, constituye un “arma de dos filos”³³: de un lado el Derecho natural lleva impresas una serie de ideas que, al menos aparentemente conducen a la limitación del poder (dignidad de la persona y, por ello, igualdad, persecución del bien general o bien común, reconocimiento de que la autoridad del poder recae en la comunidad, etc.). Sin embargo, como a continuación se aprecia, a manos de filósofos y juristas, en estas épocas siempre amancebados del poder³⁴, es bien sencillo abstraer estas ideas hasta hacerlas irrecognoscibles y totalmente vacías en la práctica jurídico política.

Por eso, el recurso del *arma de doble filo* del Derecho natural en esta época hasta el constitucionalismo ilustrado mostraría únicamente el filo que la hace uno de los más útiles instrumentos para fundamentar el engrosamiento de un poder hasta entonces desconocido, a manos del monarca. Como se verá, el constitucionalismo moderno revitalizará el Derecho natural y lo hará, precisamente, para fundamentar un poder mucho más intenso, expresado en términos de Weber, la dominación racional normativa burocrática, el Estado nacional. En esta segunda ocasión, pese a los intentos del Estado liberal de obviar esos límites al poder inmanentes al Derecho natural, éstos acabarían imponiéndose con el constitucionalismo democrático.

Hecha esta reflexión, cabe señalar los aspectos más importantes de la secularización de la fundamentación del Derecho y del poder a finales de la Edad Media.

Así, en primer lugar, el Derecho se nacionaliza³⁵, se libera ya de la idea de universalidad romana o del cristianismo de San Agustín. Esta maniobra, claro está, es del todo interesante para los intereses de los Reyes o Príncipes. No en vano, de este

Dominican Province, trads.), Benziger Bros. edition, 1947, disponible en <http://www.ccel.org/a/aquinas/summa/home.html> (23/2/2002). Con menor incidencia ahora, también se sigue, SANTO TOMÁS, *Compendio de teología*, (trad. León Carbonero y Sol, Introd. Francisco José Fortuny), Orbis, Barcelona, 1986.

³³ DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y Derecho constitucional*, (5ª ed. prólogo de Pablo Lucas Verdú, dirigida por Jorge Solé-Tura), Ariel, 1970, pág. 43.

³⁴ Diría Rousseau que sabios y artistas “están pagados, no para descubrir la verdad o para embellecer la vida de los pueblos, sino para justificar el poder de quienes les emplean, y para servir a sus vicios. “ Así, sin cita a la obra concreta, ARMIÑO, Mauro, prólogo a ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social. Discursos* (1ª ed. Del área de conocimiento Ciencias sociales; prólogo, traducción y notas de Mauro Armiño), Alianza, Madrid, 1998, pág. 11.

Y es que como recuerda Tomás Ramón-Fernández “el imperante encuentra siempre la ayuda de los teóricos, filósofos y juristas que le rodean, que no vacilan en construir al servicio de esas ideas y propósitos las más sofisticadas teorías”, NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 52.

³⁵ Así, ya se detecta en la *Summa*, II, I, 95. 4, cuando afirma que “las leyes humanas están divididas en la “ley de naciones” y “el derecho civil” estando de acuerdo con las dos formas en las cuales algo puede ser derivado de la ley de naturaleza, pues como se declaró *supra* (art. 95. 2) la ley de naciones pertenece a lo que es derivado de la ley de naturaleza, como conclusiones de premisas [...] sin las cuales los hombres no pueden cohabitar”.

modo se consigue frenar las aspiraciones del Imperio en Europa, idea aún pujante. Sin referencia directa a la constitución, cabe señalar que justo en el pasaje fundamental para afirmar la nacionalidad del Derecho es donde Santo Tomás aborda las formas de gobierno. Aunque, a diferencia de Platón, Aristóteles o Cicerón, Santo Tomás no emplee la expresión “constitución” se advierte con claridad la vinculación con los tipos de leyes: “hay leyes humanas diversas según las formas diversas de gobierno”³⁶: ordenanzas reales en la monarquía; opiniones legales autorizadas y Decretos del Senado en la Aristocracia; Derecho honorario o pretoriano en la oligarquía y Decretos de la comunidad (*plebiscita*) en la democracia. Asimismo, hay un tipo de gobierno tiránico, donde no hay ley. Él apuesta por una forma de gobierno hecha de todas las anteriores y es el mejor (una constitución mixta)³⁷.

En segundo lugar, y con una radical importancia, con la autonomía del Derecho natural se permite la concentración del poder de *crear* y monopolizar el Derecho³⁸, algo, como se ha dicho líneas arriba, inconcebible en el pensamiento alto medieval. El hombre por medio de la razón va a poder *descubrir* el Derecho justo, no va a tener que esperar a que se manifieste a través de costumbres inveteradas, como antes. En consecuencia, el Derecho se hace susceptible de ser promulgado³⁹ –no sólo manifestado-. Conocida es la definición tomista de la ley: “La ley es una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por el que está a cargo de la comunidad”⁴⁰. De este modo, de la práctica total preeminencia de un Derecho basado en costumbres inmemoriales se pasa a la consciente y deliberada producción normativa⁴¹, estamos ya a un paso de que el único Derecho sea el Derecho positivo.

En tercer lugar, por cuanto a los límites del poder y del Derecho, el Derecho divino queda aislado en los altares desde Santo Tomás, inaccesible. Al *despejarse de la ecuación* al Derecho divino, el poder se liberaba del antedicho límite que éste suponía, que en cierto modo constituía una garantía para el individuo. En palabras de Jouvenel “los príncipes, rompiendo con la Iglesia de Roma [...atribuyéndose] como propiedad, el derecho soberano que hasta entonces se les había reconocido solamente en calidad de legado bajo inspección.”⁴²

En adelante, esta referencia del Derecho divino como límite (que se aprecia por ejemplo en Bodino) queda completamente vacía. Lo mismo podrá decirse de las fundamentaciones del origen divino del poder regio, en adelante, al desaparecer la Iglesia como intermediaria entre Dios y el monarca, el monarca sólo responde ante Dios⁴³.

³⁶ *Summa*, II, II, 95. 4.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Una explicación detallada de esta evolución histórica de la centralización de las fuentes del derecho al final de la Edad Media puede seguirse en JOUVENEL, Bertrand de, *La soberanía*, (Leandro Benavides trad. y prólogo), Biblioteca del pensamiento actual, Rialp. Madrid, 1957, págs. 301 a 379.

³⁹ *Summa*, II, II, 90. 4, “para que una ley obtenga la fuerza obligatoria que es propia a una ley, y ser aplicable a los hombres que tienen que ser gobernados por ella. Tal aplicación es hecha por que le es notificada su promulgación. La promulgación de la ley es necesaria para obtener su fuerza. Así de los cuatro artículos precedentes, la definición de la ley puede ser realizada, siendo una norma de la razón para el bien común, hecha por aquel que tiene el cuidado de la comunidad y es promulgada.”

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ PASSERIN D’ENTRÈVES, Alessandro, *La noción de Estado...cit.* págs. 115 y ss.

⁴² JOUVENEL, Bertrand de, *El poder*; cit. pág. 39. Se hace referencia concreta a los príncipes protestantes, si bien en el marco de la superación del Derecho divino.

⁴³ Dante en Italia o, en especial Bousset en Francia recurrirán a la fundamentación divina directa del poder regio, el Rey era Dios en la tierra, en palabras del último autor respecto de los reyes “Aunque

...

En cuarto lugar, habría un obstáculo que sería fácilmente salvado jurídica y filosóficamente: el Derecho natural nacionalizado llevaba ínsita la idea de que la autoridad residía en la comunidad, en el pueblo. Si antes Dios era autor del Derecho y origen de toda autoridad, la multitud era la que confería el poder y los gobernantes quienes lo recibían y lo ejercían, el esquema se modificaría al arrinconar a Dios. Así, ahora sería la multitud quien otorgaba el poder y los gobernantes lo recibirían y ejercerían. Ello obviamente podría acarrear la posibilidad de que el titular del poder lo reclamara para él, dejando a un lado al monarca; no en vano, la atribución del poder a la comunidad, en términos de soberanía de la nación o soberanía popular, será en el constitucionalismo un elemento absolutamente esencial.

...

...

5. UNA EXPLICACIÓN PREVIA DE LAS BASES DE LA REPARICIÓN DE LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN EN LA REFLEXIÓN TEÓRICA BAJO EL SIGNO DE LA ILUSTRACIÓN

5. 1. ALGUNAS REGLAS DEL PODER

...

5. 2. NUEVAS NECESIDADES, ANTIGUOS INSTRUMENTOS: A LA BÚSQUEDA DE NUEVAS LEGITIMACIONES PARA UN PODER HASTA ENTONCES DESCONOCIDO

...

Como se ha afirmado “hablar de legitimidad es interrogarse acerca de las razones que tiene la ciudadanía para obedecer al poder”⁴⁴. Las causas por las que se cree que el poder es legítimo son de lo más variado, y por lo general, como nos recuerda Fromm, vienen dadas desde fuera, aunque nosotros no lo pensemos así⁴⁵.

morís, sois dioses, y vuestra autoridad no muere jamas. “ En boca de los monarcas mismos, son famosas las expresiones de Jacobo I, que decía “Dios os ha hecho un dios pequeño para que ocupéis su torno y gobernéis a los hombres” y Luis XIV, el *Rey Sol*, dijo a su delfín: “El que ha dado reyes al mundo ha querido que se le rindiesen honores como a representantes suyos que son, reservándole El solo el derecho de juzgar sus acciones. El que ha nacido ya súbdito debe obedecer sin murmurar: tal es su voluntad. “

⁴⁴ MONEDERO, Juan Carlos, “Legitimidad”, en Diccionario Crítico de Ciencias sociales, en www.ucm.es/info/eurotheo/d-monedero1.htm (2/2/2002)

⁴⁵ FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, (trad. Gino Germani), Planeta-De Agostini, Barcelona, 1993, pág. 195:

“La mayoría de la gente está convencida de que, mientras no se la obligue a algo mediante la fuerza externa, sus decisiones le pertenecer, y que si quiere algo, realmente es ella quien lo quiere. Pero se trata tan sólo de una de las grandes ilusiones que tenemos acerca de nosotros. Gran número de nuestra decisiones no son realmente nuestras, sino que nos han sido sugeridas desde afuera; hemos logrado persuadirnos a nosotros mismos de que ellas son obra nuestra, mientras que, en realidad, nos hemos

En términos sociológicos, siguiendo a Weber tales causas son la tradición, la creencia afectiva y emotiva y la legitimidad racional con arreglo a valores. La forma más universal y primitiva de la validez de una orden es por su justificación en lo sagrado, lo mágico y en la tradición⁴⁶. Sin embargo, el apoyo del poder en lo mágico, lo carismático, los sentimientos y la tradición dejan de valer conforme la organización política se hace más compleja. De ahí que un poder más sólido, sin descuidar aquellas fórmulas, debe apoyarse en la legitimidad racional con arreglo a valores y ésta es la más importante para el punto de vista del jurista.

La legitimidad racional consigue en último extremo que se considere por lo general legítimo todo poder por el hecho de estar conformado e instrumentarse legalmente, por ser poder legal. La legitimidad racional parte básicamente de la antedicha creencia de que un cierto orden político es imprescindible, cuanto menos para sobrevivir. Y en general, esta legitimidad se nutre de un interés general o bien común (en términos generales identificado con la Justicia) que la organización política ha de perseguir, ya la mera supervivencia, ya todo tipo de finalidades a la búsqueda de las cuales la cooperación social se articula a través de la organización política.

El tipo más puro de legitimidad racional con arreglo a valores es el Derecho natural⁴⁷ que no es sino la recta razón, como diría Cicerón⁴⁸. Es por lo general a través de las lecturas de la razón humana como se ha definido en cada momento histórico esta legitimidad: la justicia, el bien, la felicidad, el interés general (Platón o Aristóteles⁴⁹), los intereses comunes (Cicerón⁵⁰), el bien general (Santo Tomás), la seguridad (Maquiavelo⁵¹ o Bodino⁵²), el interés de los Estados (Joseph, Rohan⁵³), la seguridad

limitado a ajustarnos a la expectativa de los demás, impulsados por el miedo al aislamiento y por amenazas aún más directas en contra de nuestra vida, libertad y conveniencia. “

⁴⁶ WEBER, *Economía y sociedad...*cit. pág. 29.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ CICERÓN, Marco Tulio, “Sobre las leyes”, en *Sobre la República. Sobre las leyes*, (3ª ed. estudio preliminar y traducción de José Guillén), Tecnos, Madrid, 2000, &7, 22-23 pág. 153.

⁴⁹ El Estado es la realización de la justicia en La República de Platón, así como el bien en Aristóteles, por recordar algunas palabras de éste último en su *Política*, Cap. 1:

“Todo Estado es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien, puesto que los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece ser bueno. Es claro, por tanto, que todas las asociaciones tienen de a un bien de cierta especie, y que el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política. “

⁵⁰ Así, recuérdese que la noción ciceroniana de Derecho huye siempre de todo lo relacionado con intereses particulares, así, por ejemplo, en *Sobre la República* Libro I, & 25, 39, pág. 27:

“Así pues, la República es “la cosa propia del pueblo, pero pueblo no es toda reunión de hombres, congregados de cualquier manera, sino una consociación de hombres que aceptan las mismas leyes y tienen *intereses comunes*. El motivo que impulsa a este agrupamiento no es tanto la debilidad cuanto una inclinación de los hombres a vivir unidos. El género humano no ha nacido para vivir aislado y solitario”

⁵¹ Obviamente no se trata de un autor que parta de la concepción del Derecho natural. El fin del Estado no suele delatarse expresamente en Maquiavelo, en principio puede decirse que es la utilidad pública, si bien en toda la obra late lo que se expresa con claridad al final de *El Príncipe* (Cap. XXIV, pág. 145):

“El príncipe nuevo que siga con prudencia las reglas que acabo de exponer adquirirá la consistencia de uno antiguo y alcanzará en muy poco tiempo más seguridad en su Estado que si llevara un siglo en posesión suya. “

⁵² Así, en el mismo Prefacio de los *Seis libros de la República*, págs. 54- 55:

“la razón [manda] a los apetitos, a fin de que quien esté menos dotado para el mando sea dirigido y guiado por aquel que, como recompensa a su obediencia, le puede preservar y dar seguridad. “

O, de forma más extensa, por ejemplo en el Libro I Cap. VII, 76:

individual o autoconservación (Hobbes⁵⁴, Spinoza⁵⁵), seguridad para la libertad (Locke⁵⁶, Hume⁵⁷, Montesquieu⁵⁸), el interés que persigue la voluntad general

“La palabra protección, en general, se extiende a todos los súbditos que viene bajo la obediencia de un príncipe o señor soberano. Como hemos dicho, el príncipe está obligado a asegurar a sus súbditos, por la fuerza de las armas y de las leyes, sus personas, bienes y familias, y los súbditos, por obligación recíproca, deben a su príncipe fe, sumisión, obediencia, ayuda y socorro. Ésta es la forma originaria y más fuerte de protección posible.”

Y con rotundidad en el Libro V, Cap. V pág. 159: “Además, la principal razón para que los hombres se uniesen en sociedad y comunidades, fue para la tutela y defensa de cada uno en particular y de todos en general.”

⁵³ JOSEPH, Père y ROHAN, Enrique de, *Del interés de los Estados*, (estudio preliminar y notas de Primitivo Mariño, trad. de Primitivo Mariño y María Isabel Hernández), Tecnos, Madrid, 1988.

⁵⁴ “La causa final, fin o designio de los hombres [...] es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica; es decir, el deseo de abandonar esa miserable condición de guerra que [...] es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, cuando no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete, por temor al castigo. [...] Los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre”. HOBBS, Thomas, “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. inicio de la Parte segunda “Del Estado”, Capítulo XVII, “De las causas, generación y definición de un Estado”, págs. 143-144. Cito en esta ocasión por HOBBS, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, (Estudio preliminar y antología de Enrique Tierno Galván), Tecnos, Madrid, 1987.

⁵⁵ SPINOZA, Baruch, “Tratado teológico-político”, en SPINOZA, Baruch, *Tratado teológico-político (selección). Tratado político*, (trad. y estudio preliminar de Enrique Tierno Galván, 3ª ed.), Tecnos, Madrid, 1996, págs. 5-136, entre otros, Cap. XVI, págs. 58-59:

“Veremos claramente que los hombres, para llevar una vida feliz y llena de seguridad, han debido esforzarse para hacer de modo que poseyesen en común sobre todas las cosas este derecho que había recibido cada uno de la naturaleza, y que ya no se determinase según la fuerza y el apetito individuales, sino mediante la potencia y la voluntad de todos juntos [...] y por eso debieron firmemente convenirse en dirigir todas las cosas por los solos consejos de la razón (a la cual nadie puede resistir abiertamente, por no aparecer mentecato) y frenar el apetito, en tanto que provoca al daño de otro, y no hacer a nadie lo que para sí no quiera y defender el derecho de los demás tanto como el propio.”

⁵⁶ LOCKE, John, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, cit. , entre otras:

“Tenemos, pues, que el objetivo máximo y primordial que persiguen los individuos al juntarse en Estados o comunidades, supeditándose a un gobierno, es el de proteger sus propiedades [dígase vidas, libertades y bienes]; esa protección es muy incompleta en el estado de Naturaleza.” (Cap. IX, &124, pág. 139) “el supremo objetivo de los hombres al introducirse en sociedad el goce de sus bienes en paz y seguridad” (Cap. XI, &134, pág. 145).

⁵⁷ La ubicación de Hume en este contexto no supone en modo alguno desconocer que este autor era un sensualista, que precisamente descubre la acción de atribuir a la razón lo que es pura utilidad y opinión, afirma Hume:

“Si se me pregunta por la razón de la obediencia que hemos de prestar al gobierno, me apresuraré a contestar: *Porque de otro modo no podría subsistir la sociedad*”. HUME, David, *Ensayos políticos*, cit. Ensayo 12, pág. 110.

⁵⁸ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, Cap. III, pág. 34:

“Estos dos tipos de estado de guerra son el motivo de que se establezcan las leyes entre los hombres. Considerados como habitantes de un planeta tan grande que tiene que abarcar pueblos diferentes, los hombres tienen leyes que rigen las relaciones de estos pueblos entre sí: es el *derecho de gentes*. Si se les considera como seres que viven en una sociedad que debe mantenerse, tienen leyes que rigen las relaciones entre los gobernantes y los gobernados: es el *derecho político*. Igualmente tienen leyes que regulan las relaciones existentes entre todos los ciudadanos, es el *derecho civil*.”

Cap. VI, pág. 143: “Aunque todos los Estados tenían, en general, el mismo fin, que es el de mantenerse, cada uno tiene, sin embargo, uno que le es particular”, “Existe también una nación en el mundo cuya constitución tiene como objeto directo la libertad política [...] “la libertad política de un ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro.”

(Rousseau⁵⁹), o la felicidad utilitarista, se destacan como los conceptos más destacados que han investido al poder de autoridad y lo han justificado, próximos todos ellos a los puntos de partida del Derecho natural.

Con estos conceptos se logra que el que manda y el que obedece se consideren -de cara a este último- *en el mismo barco*⁶⁰ o bien que se piense que gobernante y gobernado son partes de un mismo cuerpo que para estar sano precisa armonía, como la conocida fábula de Menenio Agripa para conciliar a patricios y plebeyos⁶¹. Otras lecturas de la razón llevarían a que la causa del poder fuese el Estado o la nación ideales (Fichte o Hegel), las doctrinas marxistas también perseguirán el interés del proletariado, identificado como interés general en sentido roussoniano. Sin embargo, en estas últimas fundamentaciones del poder, al igual que en la fundamentación divina medieval, el individuo queda totalmente ensombrecido, no es nada al lado del Estado, la nación o el interés general proletario. Este factor aleja estas fundamentaciones del poder de las fundamentaciones próximas al Derecho natural que están en la base del constitucionalismo, en las que el individuo es el centro. Como a continuación se expone, este factor es absolutamente esencial para el constitucionalismo y su fundamentación teórica en el contrato o pacto social.

⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social*, cit. Primera parte, Cap. II, pág. 27, la primera ley de la naturaleza del hombre “es velar por su propia conservación”, Cap. V, pág. 58 “todo hombre tiene derecho de arriesgar su propia vida para conservarla [...] “el contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes. quien quiere el fin quiere también los medios, y estos medios son inseparables de algunos riesgos, de algunas pérdidas incluso. quien quiere conservar su vida a expensas de los demás, debe darla también por ellos cuando hace falta. Ahora bien, el ciudadano no es ya juez del peligro al que la ley quiere que se exponga, y cuando el príncipe le ha dicho: es oportuno para el Estado que mueras, debe morir; puesto que sólo con esta condición ha vivido seguro hasta entonces, y dado que su vida no es sólo un beneficio de la naturales, sino un don condicional del Estado. “

Por cuanto al interés público, cabe recordar su definición, Cap. V, pág. 62: “Llamo, por tanto, República a todo Estado regido por leyes, bajo la forma de administración que sea; porque sólo entonces gobierna el interés público, y la cosa pública es algo. Todo gobierno legítimo es republicano”.

⁶⁰ La fórmula con la misma metáfora del barco se advierte con claridad en Platón ya en el Libro II de *La República* (382 a) y con más claridad en su diálogo *El político*. En Aristóteles, la confusión del interés del amo y el esclavo es evidente, Libro I, Cap. I, pág. 40:

“La naturaleza, teniendo en cuenta la necesidad de la conservación, ha creado a unos seres para mandar y a otros para obedecer. Ha querido que el ser dotado de razón y de previsión mande como dueño, así como también que el ser capaz por sus facultades corporales de ejecutar las órdenes, obedezca como esclavo y de esta suerte el interés del señor y el del esclavo se confunden. “

⁶¹ Cuando los plebeyos romanos se pusieron en huelga contra los patricios, el patricio Agripa les contó que el estómago patricio alimentaba a los miembros plebeyos del cuerpo político. La fábula de Menenio Agripa, transmitida en su forma más clara por Tito Livio. Dice así: “Reinaba el terror en Roma a consecuencia de una disensión entre los cónsules y el ejército. Este, por instigación de un tal Sicinio, cesó de obedecer a los cónsules y se retiró al Monte Sacro. Sin la unión de todos los ciudadanos, la situación parecía desesperada. Para lograr esta unión se decidió enviar un parlamentario, orador elocuente, Menenio Agripa, que, por sus orígenes plebeyos, era popular. Llegado al parlamento, recurrió a un antiguo procedimiento oratorio y se limitó a contar esta fábula: ‘En el tiempo en que el cuerpo humano no formaba como hoy un todo en perfecta armonía, sino que cada miembro tenía su opinión y su lenguaje, todos estaban indignados al tener que tomar sobre sí el cuidado, la preocupación y la molestia de proveer el estómago, en tanto que él, ocioso en medio de ellos, no hacía otra cosa que disfrutar de los placeres que se le procuraban. Todos, de común acuerdo, tomaron una decisión: las manos, de no llevar el alimento a la boca; la boca, de no recibirlos; los dientes, de no masticarlos. Pero queriendo, en su cólera, reducir al estómago por el hambre, de repente, los miembros, también ellos, y el cuerpo entero, cayeron en un agotamiento completo. Entonces comprendieron que la función del estómago no era ociosidad, y que si ellos lo alimentaban a él, él los alimentaba a ellos enviando a todas partes del cuerpo el principio de vida y de fuerza repartido en todas las venas, el fruto de la digestión, la sangre’. Comparando después la disensión interna con la cólera del pueblo contra el Senado, Menenio Agripa doblegó los ánimos de aquellos hombres”.

5. 3. EL INDIVIDUALISMO COMO PREMISA BÁSICA DE TODO EL CONTRACTUALISMO ILUSTRADO Y DEL CONSTITUCIONALISMO

Con el Renacimiento italiano se inició el proceso antropocentrista de “individuación” (Fromm), esto es, de toma de conciencia por el individuo de su condición. De la cosmovisión medieval que dejaba al hombre a la sombra de Dios e inmerso en un orden del que formaba parte, gracias a la Reforma y al capitalismo, el hombre tomaría autoconciencia de su individualidad⁶². Y este factor tiene también una enorme trascendencia para el constitucionalismo.

...

Asimismo, este individualismo, integrado en la teoría filosófica-política y jurídica, haría que de un instrumento ya empleado por los iusnaturalistas siglos antes, el pacto social, derivasen consecuencias del todo diversas. De un contrato para la soberanía del Estado, se pasó a un contrato para la soberanía del individuo, esto es, la preservación de sus intereses⁶³.

5. 4. LA IMPORTANCIA DE LA FÓRMULA DEL PACTO SOCIAL QUE ESTÁ EN LA BASE TEÓRICA DEL CONSTITUCIONALISMO

...

El pacto como instrumento filosófico, como se adelantó, comienza a advertirse con la primera secularización del Derecho divino y el paso al Derecho natural que sentó las bases para fundamentar el poder del Estado moderno, el poder del monarca. Altusio, Suárez o los monarcómanos, por citar algunos⁶⁴, ya habían acudido al contrato, una idea

⁶² Como ejemplarmente explica Fromm desde la psicología y la antropología, FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, cit. :

“la historia social del hombre se inició al emerger éste de un estado de unidad indiferenciada con el mundo natural, para adquirir conciencia de sí mismo como de una entidad separada y distinta de la naturaleza y de los hombres que lo rodeaban. Sin embargo, esta autoconciencia siguió siendo muy oscura durante largos periodos de la historia. El individuo permanecía estrechamente ligado al mundo social y natural del cual había emergido; mientras tenía conciencia de sí mismo, si bien parcialmente, como de una entidad distinta, no dejaba al propio tiempo de sentirse parte del mundo circundante. El proceso por el cual el individuo se desprende de sus lazos originales, que podemos llamar proceso de *individuación*, parece haber alcanzado su mayor intensidad durante los siglos comprendidos entre la Reforma y nuestros tiempos.” (pág. 42).

“La historia europea y americana desde fines de la Edad Media no es más que el relato de la emergencia plena del individuo. Es un proceso que se inició en Italia con el Renacimiento [...] Fueron necesarios mas de cuatro siglos para destruir el mundo medieval y para liberar al pueblo de las restricciones más manifiestas.” (pág. 54).

“La Reforma constituye una de las raíces de la idea de libertad y autonomía humanas”, la explicación de todo el proceso se da a lo largo de todo el Cap. III “La libertad en la época de la reforma” (pág. 56-112) en donde señala que “lo que caracteriza a la sociedad medieval, en contraste con la moderna, es la ausencia de libertad individual, todos, durante el periodo más primitivo, se hallaban encadenados a una determinada función dentro del orden social. “ Y que “el capitalismo liberó al individuo” (pág. 76).

⁶³ En particular ver NAEF, Werner, *La idea del Estado en la edad moderna*, cit. pág. 121.

⁶⁴ En el mismo Bodino puede advertirse cierto contractualismo cuando en sus *Seis libros de la República*, Libro IV, Cap. I, pág. 133 afirma:

que aunque no había trascendido ya se hallaba en Grecia en el sofista Licofrón⁶⁵. Tal y como se ha insistido, el contrato de los inicios de la modernidad era un pacto para la soberanía del Estado, no del individuo. El Estado no era, en modo alguno concebido como una suma de individuos⁶⁶.

Con la definitiva “muerte” de Dios y la primacía del individuo, será preciso acudir a la idea de consenso –del pacto- para definir la “verdad” social, de manera que pudiera reclamarse, por ser aceptada por todos, la obediencia ciudadana⁶⁷. Si al hombre hasta ahora se le había insertado en un orden, ahora el orden habría de estar hecho para el hombre, “el poder, que funciona como su instrumento [de la sociedad], debe, pues, considerarse forjado *por ella*.”⁶⁸ El Estado se crearía para finalidades humanas que serían determinadas en las cláusulas del contrato, como subraya Naef, sería una “asociación para un fin”⁶⁹ creada por un contrato. De este modo, se incorporará definitivamente la idea de establecimiento a la constitución, idea que había quedado bastante ensombrecida en la “Constitución de los antiguos” y que ahora será el estandarte de la “Constitución de los modernos”.

Desde el punto de vista político, con el pacto social se consigue obediencia, el poder instituido por el pacto, el Estado, es un poder consentido por nosotros, es un poder legítimo, con la legitimación contractualista, como afirma Kelsen “sale ganando la fuerza motivadora de las normas estatales y, en consecuencia, se fortalece la posición de quienes ocupan un puesto preeminente en el Estado”⁷⁰.

...

La vinculación del contrato social ilustrado con el constitucionalismo es bien clara, adquiriendo una virtualidad jurídica directa en Norteamérica. Si bien, cabe decir que la práctica del contrato en buen modo fue precedida por las prácticas puritanas de los

“la república se establece o por violencia de los más fuertes, o por el consentimiento de quienes, voluntariamente, someten su plena y entera libertad a otros, para que éstos dispongan de ella con poder soberano, sea sin sujeción a la ley, o bien bajo ciertas leyes y condiciones. Una vez que existe la república, si está bien fundada, se asegura contra la fuerza exterior y contra los males internos, creciendo, poco a poco, en poderío, hasta llegar a la cumbre de su perfección, que es el Estado floreciente”.

⁶⁵ Así lo recoge SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. pág. 35. Cabe recordar que Licofrón decía: “La ley es una convención que se ha hecho para garantizar los derechos recíprocos, pero no para hacer ciudadanos buenos, y ni siquiera justos”, así en. *Licofrón*, en Hermann Diels – Walter Kranz, , *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Weidmannsche Verlagsbuchhandlung, Berlín, 1959, p. 307, fragm. 83, 3, citado por TALE, Camilo, “El valor de la ley positiva”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 5, http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero5/leypositiva.htm#_ftn1 (5/2/2002).

También, dicho pactismo se aprecia nítida en el diálogo del Libro II de *La República* de Platón, con Trasímaco, en el que éste señala que el Estado trae causa de un pacto de los débiles contra los fuertes. Sobre este sofista, usualmente obviado más allá de algunos arquetipos, resulta en algunos aspectos interesante RUS RUFINO, Salvador y MEABE, Joaquín E. , *Justicia, Derecho y Fuerza. El pensamiento de Trasímaco acerca de la ley y la justicia y su función en la Teoría del Derecho* (prólogo de Jürgen Sprute), Tecnos, Madrid, 2001.

⁶⁶ Hobbes, en “Del ciudadano”, cit. capítulo V, artículo 9, define al Estado como “una *persona* compuesta por muchos hombres” (ver pág. 15).

⁶⁷ Así, MONEDERO, Juan Carlos, “Legitimidad”, cit.

⁶⁸ JOUVENEL, Bertrand de, *El poder*, cit. pág. 126.

⁶⁹ NAEF, Werner, *La idea del Estado en la edad moderna*, cit. pág. 121

⁷⁰ KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, (trad. de L. Legaz Lacambra 15ª ed.), Editora Nacional, México, 1979, pág. 49.

*covenants*⁷¹ y los *agreements*, finalmente práctica y teoría convergieron directamente en las primeras Constituciones⁷² y, entre éstas, en la aún vigente Constitución de los Estados Unidos⁷³. Pese a estar sometido a críticas⁷⁴, el contractualismo sigue vigente en la actualidad en una de más sólidas fundamentaciones de la Justicia⁷⁵, e incluso entre los constitucionalistas⁷⁶.

⁷¹ El 22 de diciembre de 1620, antes de desembarcar, los puritanos ingleses emigrados ante la persecución religiosa a América en el Flor de Mayo (*Myflower*) se comprometieron por un contrato escrito:

“En el Nombre de Dios, amén, Nosotros los infrascritos, fieles súbditos de nuestro muy temido señor el rey Jacobo, por la gracia de Dios rey de Inglaterra, de Escocia, etc. Habiendo emprendido para gloria de Dios, para el adelanto de la fe cristiana y para el honor de nuestro rey y de nuestra patria un viaje con objeto de fundar la primera colonia en el Norte de la Virginia, reconocemos solemne y mutuamente en presencia de Dios y uno en presencia de otro que por este acta nos reunimos en cuerpo político y civil para mantener entre nosotros y alcanzar el objeto que nos proponemos. Y en virtud de la dicha acta haremos y estableceremos tales justas y equitativas leyes, tales ordenanzas, actos y constituciones, y tales funcionarios como sean de nuestro agrado, según que lo juzguemos oportuno y útil para el bien general de la colonia. Mediante lo cual prometemos la debida sumisión y obediencia. En fe de lo que suscribimos, año de Nuestro Señor 1620, el 11 de noviembre. “

Documentos análogos se firmaron en Rhode Island, Conética, New Haven y Providence, antecedentes directos de la Constitución de Virginia (1776) o la de los Estados Unidos (1787).

⁷² El primer Estado que adoptó propiamente una Constitución en este sentido moderno fue Virginia en 1776, siendo modelo para diversas constituciones de Estados norteamericanos. No obstante, hay que tener en cuenta que las cartas otorgadas a algunas colonias como las de Conética (1662) o Rhode Island (1663) se considerarían un siglo después como constituciones, perdurando hasta 1841 y 1881, respectivamente, como tales, pudiéndose considerar, como señala Jellinek, las primeras constituciones escritas en sentido moderno de la palabra. A partir de la de Virginia de 1776 se redactaron las de Delaware (1776), Pennsylvania (1776), Maryland (1776), Carolina del Norte (1776), Nueva York (1777), Vermont (1777, no se consideró Estado hasta 1790, y como miembro autónomo de los EEUU hasta 1791), Massachusetts (1780), Nuevo Hampshire (1783, en vigor en 1784), sobre el tema, se sigue JELLINECK, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano*, (traducción y estudio preliminar de Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell), UAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos n.º. 12, México, 2000, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/30/tc.pdf> (26/3/2002).

⁷³ Baste recordar su preámbulo:

“Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer Justicia, afirmar latranquilidad interior, proveer la Defensa común, promover el bienestar general y asegurar para nosotros mismos y parañuestros descendientes los beneficios de la Libertad, estatuímos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América. “

⁷⁴ Entre las críticas en su mismo momento cabe destacar la de Hume (*Obras políticas*, Ensayo 12, págs. 97 y ss. “12. Del contrato original”). Entre las más de autores más cercanos al ámbito de interés jurídico, puede mencionarse la de HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, cit. págs. 34-35 o BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit. págs. 38-40. Por lo general, la crítica mayor se vierte en todos los autores comunitaristas que no conciben la posibilidad de un individuo teórico previo a la comunidad. Para los comunitaristas el sujeto moral es siempre un sujeto inserto en una determinada tradición comunitaria. El único sujeto posible, para los comunitaristas, es aquel en que el yo es parte inescindible del nosotros. Nadie puede pensar las reglas del actuar o los criterios del bien al margen de las directrices culturales de una determinada comunidad constituida. Es la concreta comunidad, su concreta cultura, la que nos dota de los elementos de nuestra propia identidad y de las claves de nuestro juicio moral, que será siempre, por tanto, un juicio relativo a una determinada comunidad cultural, no el juicio de un sujeto genérico e intemporal capaz de establecer, por sí solo, lo bueno para todos y para siempre. El sujeto puramente individual es el sujeto desarraigado, un ser sin referencias, una entelequia imposible. Convertirlo en clave de la producción de los criterios de justicia o de la legitimación de las normas, sólo sirve como artificio mediante el que la afirmación de las pautas y normas de una determinada cultura se proyecta y pretende imponerse como modelo universal.

⁷⁵ El contractualismo ha sido en nuestros días revitalizado en cierta forma por la más influyente teoría de la justicia de estas décadas, la de RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 1997. Rawls pretende establecer los principios de justicia que han de regir una sociedad bien ordenada, principios relativos al modo de repartir en sociedad las cargas, bienes y

6. LOS AUTORES MÁS SIGNIFICATIVOS DEL “RENACIMIENTO” DE LA NOCIÓN DE CONSTITUCIÓN (SELECCIÓN)

A continuación se lleva a cabo un rastreo del concepto y uso del término constitución así como las aportaciones más significativas para el constitucionalismo de los autores que considero más relevantes en esta etapa: Coke (1552-1634), Milton (1608-1674), Hobbes (1588-1679), Spinoza (1632-1677), Locke (1632-1704), Hume (1711-1776), Montesquieu (1689-1755), Rousseau (1712-1778) y Kant (1724-1804), así como la reflexión de los padres constituyentes (Hamilton, Jay, Madison) en *El Federalista* (1777-1778) y la de los claros influyentes en la Constitución francesa (Sieyès y Mounier). Se trata, como es obvio, de una selección del todo arbitraria y sujeta, obviamente, a las limitaciones de quien suscribe.

El análisis de estos autores se centra en su concepto y uso de la noción constitución, sin perjuicio de una telegráfica observación de sus aportaciones que se consideran más esenciales para la conformación del concepto mismo que no se hayan significado con anterioridad.

6. 1. COKE (1552-1634)

Sir Edward Coke (1552-1634), contra el que Hobbes dirigiría su construcción intelectual, fue en buena medida el redactor de la *Petition of Rights* (1628)⁷⁷. A principios del siglo XVII Coke encabezó la doctrina que defendía la supremacía del *common law* sobre el monarca, afirmando que la prerrogativa regia podía ser limitada por las disposiciones del gobierno representativo. Esta posición se fundamentaba en el derecho natural (*brithright*) inherente del súbdito inglés⁷⁸. Para la defensa de estos

beneficios. Rawls parte de que principios racionales de justicia, a esos efectos, serán aquellos que todos por igual pueden consentir. Lo que legitima a esas normas de justicia es, pues, el consenso. Hay ahí un elemento de coincidencia en el punto de partida con el contractualismo tradicional, pues también para éste es el consentimiento de los individuos lo que convierte al poder y sus normas en legítimos. Además, recurre Rawls a la imagen del contrato social cuando dice que esos principios de justicia serían aquellos que se establecerían en una “situación originaria”, en un momento hipotético en que no existiendo aún sociedad los individuos se reunirían para fundarla y fijar las reglas que habrán de regirla. Lo que Rawls añade a esa imagen de un estado presocial fundacional es un elemento fundamental: la idea de “velo de ignorancia”. Para que los principios así sentados, resultado de ese contrato social originario, puedan tenerse por racionales, es decir, puedan considerarse como aptos para alcanzar el consenso de todos, incluidas las generaciones futuras, se requiere que no se vean como producto del egoísmo de los sujetos contratantes, sino como resultado de un proceso imparcial cuyo sujeto es el sujeto humano genérico, no el concreto individuo puramente autointeresado. Los sujetos del contrato social rawlsiano son individuos autointeresados, pero desconocen sus circunstancias personales concretas, no saben cuál es su inteligencia, su fuerza, su sexo, etc. ; e ignoran incluso el momento y la generación en que les tocará vivir en esa sociedad que fundan. Eso es el “velo de ignorancia”.

⁷⁶ El mismo Häberle –quizá el último autor que ha aportado algo significativo a la noción de Constitución- sigue acudiendo al contrato social.

⁷⁷ El texto de la misma puede verse en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/petition_eng_1628.html (12/9/2001).

⁷⁸ COKE, Edward, *Preface to Reports*, pt 5, 1605, impreso en Caudrey’s Case in Edward Coke, 1826, pág. iv. , . Citado por SALDAÑA DÍAZ, Nieves, “El Poeta de la Revolución Puritana: Teoría Política de John Milton”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n° 2, junio de 2001, <http://hc.rediris.es/dos/articulos/html/milton1.htm> (8/4/2002)

postulados ya era usual la reivindicación del concepto de *Ancient Constitution* llegando a su culminación en el siglo XVII en el que ésta pasó a ser piedra de toque de la legitimación del poder, como recuerda Saldaña⁷⁹. El *common law* vino a ejercer la misma función de límite al poder del Estado que en continente europeo se atribuía al Derecho natural, la ley como expresión de la razón.

Tal sistema embrionario de control normativo encontraría expresión definitiva en boca del *Chief Justice* Edward Coke con ocasión del célebre *Bonham's Case* (1610):

“Resulta de nuestros textos que en muchos casos, que el *common law* controlará las leyes del Parlamento, y algunas veces las declarará totalmente nulas; porque cuando una ley del parlamento es contraria al derecho, la razón y la equidad, o incompatible, o imposible de ejecutar, el *common law*, la controlará y procederá a declarar su nulidad”.

Con esta doctrina no sólo se esbozó la independencia judicial, sino que se prefiguró la idea de un sometimiento del monarca al derecho consuetudinario a través de los jueces. Lo que distinguió a Coke es la fuerza que emana de su mismo argumento, en especial al permitir a los jueces sobre la apoyatura de la Constitución revisar costumbres, ordenanzas y leyes. Este modelo sería decisivo para la construcción del modelo jurídico-político norteamericano dos siglos más tarde. Asimismo, estos presupuestos de Coke, también articulados sobre la base de la “Constitución antigua”, estarían en la base de Milton.

...

6. 2. HOBBS (1588-1679)

Thomas Hobbes (1588-1679)⁸⁰, como ya se ha dicho introduce el individualismo en términos filosóficos, lo cual es la base de todas las construcciones que llevan al constitucionalismo. Asimismo, conforma jurídicamente el Estado como poder legal, el Derecho sólo existe en el Estado y la fuerza del Estado será fuerza legal. Con Hobbes el positivismo jurídico quedará para la posteridad fundamentado. Con él filosóficamente la idea de establecimiento, creación, fundación, se haría ineludible para cualquier aproximación a la noción de constitución, el individuo tenía la capacidad de constituir los Estados.

...

⁷⁹ Para el análisis de este autor se sigue el estudio de SALDAÑA DÍAZ, Nieves, “El Poeta de la Revolución Puritana: Teoría Política de John Milton”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n° 2, junio de 2001, <http://hc.rediris.es/dos/articulos/html/milton1.htm> (8/4/2002), ya cit.

⁸⁰ Sobre Hobbes, se siguen dos versiones, HOBBS, Thomas, “Del ciudadano”, cit. y “Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil”, cit. Y *Leviatán*, Segunda Parte, Capítulo XVII, “De las Causas, Generación y Definición de una República”, en esta ocasión cito por GODOY ARCAÑA, Oscar, “Selección de escritos políticos de Thomas Hobbes”, en *Estudios Públicos*, 23 (invierno 1986), pág. 29, en [www.ub.es/filosof/assig/111028/Antologia%20de%20textos%20de%20Hobbes%20\(1\).pdf](http://www.ub.es/filosof/assig/111028/Antologia%20de%20textos%20de%20Hobbes%20(1).pdf)

Sobre el significado de su obra, se sigue, en general SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 337 y ss. ; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 259 y ss. , SANCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, cit. págs. 71 y ss. ; MEINECKE, Friedrich, *La idea de la razón de Estado...*cit. págs. 215 y ss. y CLAVERO, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 35 y ss.

...

6. 3. HUME (1711-1776)

El empirismo sensualista de Hume (1711-1776)⁸¹, lleva a que este autor se acerque más directamente a la realidad política y emplee frecuentemente el término “constitución”. La Constitución británica “es realmente ese noble edificio, orgullo de Britania, envidia de nuestros vecinos, alzado por el esfuerzo de tantos siglos, restaurado a costa de tantos millones y cimentado por tanta sangre vertida”⁸². Ya en términos generales, afirma que una buena constitución es la que prevé los frenos y controles, y si ésta no tiene verdadera influencia el gobierno republicano y libre sería un absurdo⁸³. Asimismo, toda constitución ha de ser un remedio contra la mala administración⁸⁴ y en toda buena “constitución civil” las leyes han de estar claramente definidas para frenar a todos, lo que hace ver las buenas o malas intenciones de un ministro⁸⁵. Asimismo la constitución es la que concede autoridad (poder) a unas clases o a otras, siendo que la británica lo ha otorgado a la burguesía⁸⁶. Toda autoridad limita la libertad, pero la limitación de la libertad, mayor o menor, en ninguna constitución debe llegar a ser total e incontrolable⁸⁷.

Su constitución, su sistema de gobierno ideal, el gobierno libre, exige el reparto del poder entre diversos órganos, cuya autoridad conjunta es mayor que la del monarca, que obedece a las leyes generales y uniformes, previamente conocidas por todos⁸⁸.

...

⁸¹ HUME, David, *Ensayos políticos* (2ª ed. , estudio preliminar de Josep M. Colomer y traducción de César Armando Gómez), Tecnos, Madrid, 1994.

⁸² Ensayo 2, pág. 18.

⁸³ *Ibidem*, pág. 9: “un gobierno republicano y libre sería un absurdo si los frenos y controles previstos en la constitución no tuvieran verdadera influencia, y no hiciesen conveniente, incluso para los malvados, mirar por el bien público. “

⁸⁴ *Ibidem*, pág. 19 “Una constitución sólo es buena cuando proporciona un remedio contra la mala administración”.

⁸⁵ *Idem*: “en las mejores constituciones civiles, donde a todos refrenan leyes claramente definidas, es fácil descubrir buenas o malas intenciones de un ministro”

⁸⁶ Claro lo de ejemplos de burguesía que yo explico, Ensayo 3, pág. 23:

“donde la constitución concede algún poder, por pequeño que sea, a una clase de personas que poseen gran parte de la propiedad, es fácil para ellas ir ampliando su autoridad, hasta hacer que el peso del poder coincida con el de la riqueza. Éste ha sido el caso de la Cámara de los Comunes en Inglaterra. “

⁸⁷ Ensayo 4, pág. 29:

“En todos los gobiernos se da una perpetua lucha intestina, abierta o secreta, entre autoridad y libertad, y en esta competencia ninguna de las dos puede prevalecer de modo absoluto. Todo gobierno ha de hacer necesariamente un gran sacrificio de la libertad; pero la autoridad que limita la libertad no puede nunca, ni quizá debe, en ninguna constitución, llegar a ser total e incontrolable. “

⁸⁸ *Idem*: “el gobierno que comúnmente recibe el calificativo de libre es aquél que admite el reparto del poder entre diversos órganos, cuya autoridad unida no es menor, y suele ser mayor que la del monarca, pero que en sus funciones usuales de administración debe obedecer a leyes generales y uniformes, previamente conocidas de los diversos órganos y de todos sus súbditos. “

6. 4. MONTESQUIEU (1689-1755)

Si Locke es esencial para el constitucionalismo y en especial el anglosajón, Montesquieu⁸⁹ (1689-1755) lo fue para el continental. Sin perjuicio de su expresa influencia en las constituyentes norteamericanas⁹⁰, su traslación y teorización de la división de poderes anglosajona fue una verdadera bomba de relojería en el continente.

Montesquieu emplea la noción tradicional de constitución en su sentido de ordenación política. Para él una constitución virtuosa ha de ser, como para Locke, una constitución moderada, templada, que es la única que puede alcanzar la libertad política de los ciudadanos. Sin embargo, hay una tendencia a abusar del poder, que lleva a la falta de moderación y, por tanto de libertad, llegando a la tiranía. ...

6. 5. ROUSSEAU (1712-1778)

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)⁹¹ dirige su obra a la búsqueda de alguna regla de administración legítima y segura, puesto que ve a los hombres encadenados, esclavos y es preciso hacer el gobierno legítimo sin que el hombre pierda su libertad⁹². Con el contrato social se encuentra “una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes. Tal es el problema fundamental al que da solución el contrato social.”⁹³. Con el pacto se genera una persona moral, el Estado, compuesto de los miembros asociados, pero con una fuerza añadida y mayúscula que alcanza por dicha moralidad⁹⁴.

El pacto social da vida al Estado, a la verdadera constitución. Y es que, en un primer sentido de constitución, dice Rousseau que hay un tipo de leyes,

“la [ley] más importante de todas; que no se graba ni sobre el mármol ni sobre el bronce, sino en los corazones de los ciudadanos; que forma la verdadera constitución del Estado, que adquiere todos los días nuevas fuerzas; que cuando las demás leyes envejecen o se extinguen, las reanima o las suple, conserva un pueblo en el espíritu de su

⁸⁹ Sobre Montesquieu, en general, SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 406 y ss. Recientemente, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, “El principio de división de poderes”, en AA. VV. , *Funciones y órganos del Estado constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 23-34.

⁹⁰ Véase sino los artículo nº 9 y 78 y (Hamilton) o el nº 43 (Madison) en *El Federalista*, cit. se sigue ahora de la versión inglesa en <http://lcweb2.loc.gov/const/fed/fedpaper.txt> (5/4/2002).

⁹¹ De Rousseau se sigue ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Del Contrato social. Discursos* (1ª ed. Del área de conocimiento Ciencias sociales; prólogo, traducción y notas de Mauro Armiño), Alianza, Madrid, 1998, en general, sobre su pensamiento SABINE, George, *Historia de la teoría política*, cit. págs. 423 y ss. ; TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, cit. págs. 328 y ss. , SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Introducción al Estado constitucional*, Ariel, Barcelona, 1993.

⁹² *Ibidem* Libro I, Prefacio, pág. 25: “Quiero averiguar si en el orden civil puede haber alguna regla de administración legítima y segura, tomando a los hombres tal como son, y a las leyes tal como pueden ser: trataré de unir siempre en esta indagación lo que el derecho permite con lo que prescribe el interés, a fin de que la justicia y la utilidad no se hallen separadas. “

Libro I, Cap. I, pág. 25: “El hombre ha nacido libre, y por doquiera está encadenado. Hay quien se cree amo de los demás, cuando no deja de ser más esclavo que ellos. ¿Cómo se ha producido este cambio? Lo ignoro. ¿Qué es lo que puede hacerlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión. “

⁹³ *Ibidem* Libro I, Cap. VI, pág. 38.

⁹⁴ *Ibidem*, págs. 39-40.

institución y sustituye insensiblemente la fuerza del hábito por la de la autoridad. Hablo de las costumbres, de los usos, y sobre todo de la opinión, parte desconocida de nuestro políticos, pero de la que depende el éxito de todas las demás”⁹⁵.

Esta verdadera constitución, puede identificarse con el “espíritu de las leyes” del que hablaría Montesquieu, el carácter de la nación, sus costumbres, su economía, etc.

Y dirá Rousseau que “Lo que hace la constitución de un estado verdaderamente sólida y duradera” es la necesaria convergencia las leyes convencionales, creadas por el hombre (leyes políticas, civiles) con ese espíritu de la nación, su verdadera constitución. Así, las leyes convencionales han de “asegurar, acompañar, rectificar a las otras”, si el legislador se equivoca y adopta un principio diferente de ese espíritu debilitará las leyes y “alterará” la constitución, lo que llevará a la destrucción del Estado⁹⁶. La constitución normativa (las leyes) no debe de alterar la constitución general. En todo caso, una y otras son artificio humano, obra del arte, pues en la mano del hombre no sólo crear el Estado mismo, sino también destruirlo. El hombre y el Estado tienen una constitución – como compleción- “más o menos robusta”, “la del hombre es obra de la naturaleza, la del Estado es obra del arte”. Por ello, depende de los hombres prolongar la vida del Estado, “dándole la mejor constitución que pueda tener” ⁹⁷. Tanto la constitución verdadera, como la constitución normativa del gobierno son mudables por los hombres, puesto que el pueblo puede siempre formular una nueva constitución. El pueblo queda por encima de la misma voluntad general constituida por el pacto, esto es, la soberanía. De ahí que la soberanía, la voluntad general constituida por el pacto, quedará siempre a expensas del pueblo, que puede formular una nueva constitución, puesto que tiene derecho a hacerse mal.

La voluntad general generada con el pacto es puro deber ser, siempre por encima de los intereses individuales, a los que puede corregir y guiar para ser libres. El disidente de la voluntad general quiere destruirla y debe desaparecer⁹⁸. El contrato es la base de todos los derechos del individuo⁹⁹, por lo que éstos deben depender de la voluntad general. Ésta se expresa en convenciones (leyes) que son legítimas por el contrato, garantizadas por la fuerza pública, sólo obedeciendo el súbdito consigue ser libre, estar

⁹⁵ *Ibidem* Libro II, Cap. XI, pág. 79.

⁹⁶ *Idem*:

“Lo que hace la constitución de un estado verdaderamente sólida y duradera es que las conveniencias sean observadas de tal modo que las circunstancias naturales y las leyes caigan siempre concertadas sobre los mismos puntos, y que éstas no hagan, por así decir, más que asegurar, acompañar, rectificar a las otras. Pero si el Legislador, equivocándose en su objeto, adopta un principio diferente del que nace de la naturaleza de las cosas, si uno tiende a la servidumbre y el otro a la libertad, uno a las riquezas y otro a la población, uno a la paz y otro a las conquistas, se verá debilitarse insensiblemente las leyes, alterarse la constitución, y el Estado no cesará de ser perturbado hasta que sea destruido o cambiado...”.

⁹⁷ *Ibidem* Libro III, Cap. XI, pág. 114:

“El cuerpo político, igual que el cuerpo del hombre, comienza a morir desde su nacimiento y lleva en sí mismo las causas de su destrucción. Pero tanto uno como otro pueden tener una constitución más o menos robusta y apta para conservarlo más o menos tiempo. La constitución del hombre es obra de la naturaleza, la del Estado es obra del arte. No depende de los hombres prolongar su vida, depende de ellos prolongar la del Estado tan lejos cuanto sea posible, dándole la mejor constitución que pueda tener. El mejor constituido terminará, pero más tarde que otro, si ningún incidente imprevisto acarrea su pérdida antes de tiempo. “

⁹⁸ *Ibidem* Libro I, Cap. VII, págs. 40 y 42:

⁹⁹ *Ibidem* Libro I, Cap. IX, pág. 45 “Estado es, respecto a sus miembros, amo de todos sus bienes por el contrato social, que en el Estado sirve de base a todos los derechos”.

sometido a su propia voluntad¹⁰⁰. Los hombres sólo pueden disfrutar de bienes y libertades en la medida en la que estas convenciones generales se los reconozcan¹⁰¹.

En Rousseau se distinguen en cierto modo dos constituciones: la constitución, esencia de todo el Estado, producto del pacto, y la constitución del gobierno, esto es, la ordenación jurídico-política, producto de las convenciones de las leyes políticas. Ésta no debe de alterar a la anterior para no sacrificar al pueblo entero¹⁰². El contrato hace nacer el Estado y la legislación le da movimiento y voluntad¹⁰³. Las leyes políticas, “que constituyen la forma del gobierno”¹⁰⁴ regulan “la ordenación”, “la relación del todo al todo, o del soberano con el Estado”, dan “la mejor forma posible a la cosa pública”¹⁰⁵. Las “leyes fundamentales” son las leyes políticas si son sabias, puesto que “en cada Estado no hay más que una buena manera de ordenarlo”¹⁰⁶. El pueblo es siempre dueño de variar la ley fundamental, incluso la constitución ideal, la única buena que Rousseau propone. “No hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el contrato social”¹⁰⁷, pues “En cualquier situación, un pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, incluso las mejores”¹⁰⁸, el pueblo tiene derecho a hacerse mal a sí mismo.

Así pues, el concepto manejado de constitución por Rousseau es bien complejo, sino ambiguo, estableciéndose deliberadamente una dualidad. Pese a la complejidad, esta dualidad puede reducirse en términos simples al concepto tradicional (constitución-esencia) y al concepto de constitución normativa, que establece la forma del gobierno a través de leyes.

...

¹⁰⁰ *Ibidem* Libro II, Cap. IV, pág. 56:

“Un acto de soberanía es “una convención del cuerpo con cada uno de sus miembros: convención legítima porque tiene por base el contrato social; equitativa, dado que es común a todos; útil, dado que no puede tener otro objeto que el bien general; y sólida, porque tiene por garantía la fuerza pública y el poder supremo. Mientras los súbditos sólo estén sometidos a tales convenciones, no obedecen a nadie sino únicamente a su propia voluntad; y preguntar hasta dónde alcanzan los derechos respectivos del soberano y de los ciudadanos es preguntar hasta qué punto pueden éstos comprometerse consigo mismo, cada uno con todos y todos con cada uno de ellos. “

¹⁰¹ *Ibidem*, págs. 56-57:

“De esto se deduce que el poder soberano, por absoluto que sea, por sagrado, por inviolable, no pasa ni puede pasar los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer plenamente de lo que de sus bienes y de su libertad le han dejado estas convenciones; de suerte que el soberano nunca tiene el derecho de cargar a un súbdito más que a otro, porque entonces, al volverse particular el asunto, su poder deja de ser competente. “

¹⁰² *Ibidem* Libro III, Cap. II, pág. 87:

“la clave está en la manera de ordenar todo, “de suerte que no altere en nada la constitución general al afirmar la suya, que distinga siempre su fuerza particular destinada a su propia conservación de la fuerza pública destinada a la conservación del Estado, y que, en una palabra, esté siempre dispuesto a sacrificar el gobierno al pueblo, y no el pueblo al gobierno. “

¹⁰³ *Ibidem* Libro II, Cap. VI, pág. 60.

¹⁰⁴ *Ibidem* Libro II, Cap. XII, pág. 80

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 78.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pág. 79.

¹⁰⁷ *Ibidem* Libro I, Cap. VII, pág. 40.

¹⁰⁸ *Ibidem* Libro II, Cap. XII, pág. 79: “en cualquier situación, un pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, incluso las mejores; porque si le place hacerse mal a sí mismo, ¿quién tiene derecho a impedirselo?”

6. 6. KANT (1724-1804)

...

Destaca Kant por introducir un preludio sobre el dinamismo constitucional que tanta importancia adquiere en autores como Heller o Smend pero que por lo general es algo obviado hasta ellos. Para Kant la razón debe impulsar a corregir los defectos de la Constitución del Estado, pero nunca a saltarse la ley. La máxima moral es la de aproximar la ordenación que exista a la mejor Constitución, la republicana. Si se vive bajo una ordenación alejada de la razón sólo queda la paciencia porque en todo caso hay siempre que observar la ley (imperativo categórico): “cualquier constitución jurídica, conforme al derecho aunque sea en pequeño grado, es mejor que ninguna; una reforma precipitada encontraría su último destino (la anarquía).” La Constitución republicana ha de venir sola, siempre que se siga la ley¹⁰⁹.

...

6. 7. UNA NOTA SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DE LOS CONSTITUYENTES FRANCESES: ESPECIAL REFERENCIA A SIEYÉS (1748-1836)

La obra de un pensador y constituyente francés como Sieyes *¿Qué es el tercer estado?*¹¹⁰ resulta muy significativa, en particular por la reflexión en torno a la nación y al poder constituyente, siendo éstas materias que exceden el objeto de atención presente. Ahora bien, cabe efectuar a partir del texto del Capítulo V de esta obra una breve síntesis del concepto de Constitución para Sieyès. Dicho capítulo se inicia con las siguientes palabras del todo elocuentes:

“Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, formas y leyes propias para hacerle cumplir las funciones a que se lo ha querido destinar. Eso es lo que se llama la constitución de ese cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno comisionado debe tener su constitución; y lo que es verdad del gobierno en general, lo es también de todas las partes que lo componen. Así, el cuerpo de los representantes, al que le está confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, no existe sino con la manera de ser que la nación ha querido darle. No es nada sin sus formas constitutivas; no obra, no se dirige, no se comanda sino por ellas.”

“A esta necesidad de organizar el cuerpo del gobierno, si se quiere que exista o que actúe, hay que añadir el interés que tiene la nación en que el poder público delegado no pueda jamás llegar a ser nocivo a sus comitentes. De ahí una multitud de precauciones políticas que se han mezclado a la constitución, y que son otras -tantas reglas esenciales al gobierno, sin las que el ejercicio del poder se haría ilegal. Se siente, pues, la doble necesidad de someter el gobierno a formas ciertas, sean interiores, sean exteriores, que

¹⁰⁹ Es conocida la posición kantiana la más extrema negación de la razón de Estado y la superioridad de la razón legal sobre la razón política, ver *Ibidem* págs. 48-58.

¹¹⁰ Cito por la reproducción parcial disponible en www.der.uva.es/constitucional/materiales/libros/Sieyes_Cap_V.pdf (15/3/2002).

garanticen su aptitud para el fin para el que ha sido establecido y su impotencia para separarse de él. ”

De este modo, la Constitución es el acto de dotar de organización, formas y leyes propias a un gobierno para que sean aptas para el fin por el que se ha establecido y no pueda separarse de él. Y en dicha organización se exige que el gobierno no pueda jamás llegar a ser nocivo, por lo que se han mezclado con la Constitución toda una serie de precauciones políticas sin las que el poder ser haría ilegal.

La nación es la titular del poder constituyente, una nación a la que se habían aproximado en particular Montesquieu y Rousseau, y que Sieyés particularmente subraya como sujeto metafísico, “por encima de ella sólo existe el derecho natural”. “La nación se forma por el solo derecho natural. El gobierno, por el contrario, solo puede pertenecer al derecho positivo”. La nación “es la ley misma”, deber ser, legitimadora de las leyes positivas.

Bajo esta comprensión establece Sieyès la diferenciación entre leyes constitucionales o leyes fundamentales, diferentes de las leyes ordinarias. En esta dualidad se aprecia la posición preeminente que ocuparía el poder legislativo en Francia, lo que, como se ha señalado líneas arriba, impediría la normatividad jurídica de la Constitución:

“en primer término las leyes constitucionales, que se dividen en dos partes, las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo legislativo; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos activos. Estas leyes son llamadas fundamentales no en el sentido de que puedan hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa especial. Así todas las partes del gobierno se remiten y dependen en último análisis de la nación. [...]

Se concibe fácilmente después cómo las leyes propiamente dichas, las que protegen a los ciudadanos y deciden del interés común, son obra del cuerpo legislativo formado y moviéndose según sus condiciones constitutivas. Aun cuando no presentemos estas últimas leyes sino en segunda línea, son, sin embargo, las más importantes, son el fin de que las leyes constitucionales no son sino los medios. ”

Otro constituyente, Mounier establecería un concepto de Constitución en el que prima la idea de fijación del poder de la que hablaba Montesquieu para la Constitución monárquica, con el añadido legitimador de que las reglas fundamentales que hacen existir el orden político han sido creadas a partir del consentimiento de la nación por sí o por medio de representantes:

“Hemos tenido que formarnos una idea precisa del término Constitución...Hemos pensado que una Constitución no es otra cosa que un orden fijo y establecido de la

manera de gobernar; que este orden no puede existir si no está apoyado en reglas fundamentales, *creadas mediante el consentimiento libre y formal de una nación* o de quienes ella ha elegido para que la representen. Así pues, una Constitución es una forma precisa y constante de gobierno o, si se prefiere, la expresión de los derechos y obligaciones”¹¹¹

6. 8. UN BALANCE FINAL DE LAS REFLEXIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN EN LOS AUTORES RESEÑADOS

Las diferencias entre los autores reseñados por cuanto al concepto de constitución es, obviamente, enorme. No obstante, considero posible llevar a cabo una síntesis de los mismos, pues el concepto de constitución no puede ser otra cosa que la amalgama de las reflexiones y hechos a lo largo de la historia. Pese a que sigue dándose un claro dualismo entre la noción de constitución como esencia y constitución como establecimiento jurídico producto de la razón, en todos los casos la constitución incorpora ya la idea de establecimiento. Y es que según se ha visto, el Estado es una creación del hombre y para el hombre, como individuo; en buen modo se retornaría a Aristóteles cuando decía que el Estado era una asociación de hombres bajo una constitución. Pero ahora, con un carácter muy marcado, la constitución y, por ello el Estado, es algo que el hombre puede establecer, constituir a partir de un contrato de individuos que fundamenta la sociedad política y el poder, así, el Estado no procede de designios de fuerzas superiores y trascendentes a él.

Y dicho contrato que constituye la sociedad y su organización política se expresa por medio del Derecho, de las leyes, que son el instrumento del arte político para generar y ordenar el Estado. De un lado, el Derecho ordena el poder, como decía Montesquieu respecto de la constitución monárquica, le da fijeza; en este sentido, hay constituciones monárquicas, leyes fundamentales que son las más importantes entre las leyes políticas que ordenan la relación entre los gobernantes y los gobernados. No obstante, para la mayoría de estos autores, el Derecho natural, la razón, o simplemente la opinión y la conveniencia (Hume) sólo hay un Estado ideal, que es el que el Derecho debe articular. De ahí que únicamente serán buenas las constituciones en las que se reconozca que la fuente del poder es el pueblo, como suma de individuos que persiguen así satisfacer intereses propios. Estos intereses propios son la seguridad, ya como tal, como mera paz (Hobbes), ya como protección de la libertad esencial al ser humano por su dignidad (Milton, Locke, Montesquieu, Kant). Asimismo, esta libertad-seguridad que está en la base del contrato, impone la limitación del poder, en primer término, sometiéndolo siempre al Derecho (y por ende a la Constitución, como leyes políticas fundamentales) y, en segundo término, repartiendo y dividiendo el poder (Milton, Locke, Montesquieu, Kant).

En la mayoría de los autores analizados persiste –y en general sigue primando– la idea de la “constitución de los antiguos”, de menor componente jurídico, esto es, la constitución como ordenación política que se identificaba con el Estado y que ahora se acerca mucho más a la idea de nación (Montesquieu, Rousseau, Sieyès). En los autores británicos, por su parte, la constitución antigua era y sigue siendo la idea básica de

¹¹¹ MOUNIER, *Rapport du Comité chargé du Travail sur la Constitution* de 9 de julio de 1789. Cito por PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. pág. 91.

Constitución, muy semejante a la idea ciceroniana de ésta. Sin embargo, a través de la noción de ley fundamental que procedía de la realidad jurídico-política inglesa y francesa, puede ya distinguirse con claridad el segundo concepto de constitución, de naturaleza jurídica. En este segundo sentido, puede señalarse que la “Constitución” es la ley o leyes fundamentales que constituyen el gobierno. En estos autores, cabe significar, habrá “Constitución” tanto si la ordenación del poder se ajusta o no al modelo por ellos afirmado como ideal, por lo que habrá Constitución monárquica o Constitución republicana, moderada, de la libertad o democrática, según los matices y nomenclaturas que empleen. Si se trata de la Constitución ideal –a ideal para cada autor-, en cierto modo ésta es la que recoge las cláusulas del contrato social. No obstante, con el famoso artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹¹² se identificaría en adelante el concepto de Constitución con el de la división de poderes y el reconocimiento de los derechos y libertades.

De este modo, la multivocidad del concepto de constitución persistiría en adelante: bien como esencia de la organización política, como vida del Estado, sin carga jurídica; bien, y con mucha relación con esta idea, como constitución histórica conformada por las prácticas, las costumbres y las leyes; en tercer lugar, bien ya como ordenación jurídica del Estado, ideal o no, o, por último como ordenación normativa (jurídica o no) del Estado basada en la libertad.

La existencia de constituciones como documentos escritos normados tiene su inicio desde el último tercio del siglo XVIII, si bien, sólo en Norteamérica estos documentos normados serían jurídico-normativos. Este carácter jurídico normativo en los Estados constitucionales sólo se generalizaría bien entrados en el siglo XX¹¹³. No obstante, como se ha visto, ya desde el mismo inicio de la eclosión del constitucionalismo, este carácter normativo sería formulado y fundamentado y quedaría arraigado.

II) Los más relevantes intentos de conceptualización de la noción de Constitución del siglo XIX hasta nuestros días

1. LAS DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA: CONSTITUCIÓN HISTÓRICA Y CONSTITUCIÓN MATERIAL.

Desde el mismo inicio de la emergencia de Constituciones, los críticos del movimiento constitucional liberal, de la “Constitución de los modernos” lanzarían frente a ésta a la “Constitución de los antiguos” bajo perspectivas antagónicas: el conservadurismo reaccionario, el primer socialismo obrero y el fascismo. Igualmente, Weber emplearía el concepto material de Constitución de Lasalle si bien, a diferencia de éste, en el marco de la disciplina sociológica que le era propia. Si cabe agrupar ahora estas nociones de Constitución más que por otro motivo es por el uso ideológico de estos conceptos radicalmente contrario al liberalismo democrático. Y cabe advertir este factor, porque por lo general la noción material, real o histórica de Constitución es atacada por

¹¹² “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”

¹¹³ Sobre el tema, resulta básico el conocido trabajo GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1984.

tener este alcance político, sin reparar que los conceptos que siguen estando en la base del pensamiento constitucional siguen siendo los de la Constitución de los antiguos jurificados (Jellinek, Kelsen, Heller) o los de Constitución también material o real de estos u otros autores sin que su uso conlleve, por lo general, un significado político e ideológico semejante al que a continuación se expone.

1. 1. LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA COMO INSTRUMENTO REACCIONARIO

Desde el punto de vista reaccionario se puso en duda la capacidad constitucional de las generaciones vivientes, puesto que como diría Constant, “Las Constituciones rara vez se hacen por la fuerza de los hombres. El tiempo las hace. Ellas se introducen de una manera insensible, gradualmente”¹¹⁴. Hegel diría “Preguntarse a quién, a qué autoridad pertenece el poder de hacer una Constitución, es preguntarse a quién pertenece hacer el espíritu de un pueblo [...] Toda Constitución ha salido del espíritu de un pueblo, se ha desarrollado idénticamente con él y ha atravesado con él los cambios diversos y los grados diferentes determinados por la necesidad. Es el espíritu inmanente y la historia los que han hecho y hacen las constituciones.”¹¹⁵

La consecuencia lógica es que la fuerza normativa de la Constitución escrita es nula frente a la Constitución material forjada por el tiempo. Los principales teóricos de estas posiciones son Constant o Burke con gran radicalidad o posiciones más flexibles en España de De Maistre, de Caballero Bonald o Martínez de la Rosa.

La alegación de la Constitución histórica ha sido siempre conservadora, en particular desde el doctrinarismo, bajo el interés de defender el pasado según lo interpretaban y que les interesaba conservar. La Constitución histórica se podía reducir a la preservación de la propiedad y, especialmente en España, de la Monarquía. En otro lugar con Sánchez Ferriz he empleado la noción de Constitución material-histórica respecto de nuestro constitucionalismo decimonónico¹¹⁶:

“algunos han querido ver en la historia de nuestras normas fundamentales una “ley del péndulo” (Sánchez Agesta, Ferrando Badía, Lalinde¹¹⁷), es decir, una oscilación cíclica de tendencias políticas opuestas. No obstante, gran parte de la doctrina parece coincidir hoy en que *sólo hubo una sola Constitución* basada en el pacto tácito de un sistema constitucional controlado por las oligarquías, sin papel efectivo de la

¹¹⁴ Cito por PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, cit. pág. 104.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, y COTINO HUESO, Lorenzo, “La Constitución de 1978, punto de inflexión en el constitucionalismo español”, en *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998, páginas 43-70.

¹¹⁷ Así, SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 494, quien afirma la “vertiginosa sucesión de soluciones constitucionales contrapuestas” o FERRANDO BADÍA, Juan, *La Primera República Española (Historia Política Parlamentaria de la República de 1873)*, Edicusa, Madrid, 1973, págs. 19-20, donde afirma “Será la auténtica política del péndulo, en la que, a mayor revolución, corresponderá mayor reacción, y viceversa”.

burguesía¹¹⁸, centralista y donde se limitaba escasa e ineficazmente el poder de la Corona¹¹⁹. ”

Basta apreciar cómo el uso de la Constitución histórica se ha manejado siempre en nuestro país para justificar la inquebrantabilidad de un orden político siempre definido con el recurso de una voluntad histórica distante de toda voluntad popular. Y las fuerzas armadas habitualmente se han hecho valedoras de esta Constitución histórica, imperecedera, bajo una comprensión de la “Constitución” o de la “patria” absolutamente ignorante de la Constitución en cada momento vigente¹²⁰.

La asunción de la Constitución histórica fue evidente, por ejemplo en Cánovas¹²¹. Como muy bien percibió Cánovas para el futuro, “los Ejércitos serán por largo plazo, quizá por siempre, robusto sostén del presente orden social, e invencible dique de las tentativas ilegales del proletariado”¹²². Es orden social sería la Constitución a defender a ultranza, por ello el problema social, así como el territorial, sería tutelado por la Institución militar desde una posición externa a la sociedad civil, la garante de la Constitución histórica. De este modo, un Ejército superpuesto al sistema político quedaba identificado con los valores de la patria, se erigían como afirma Carr en “encarnación de la voluntad nacional”¹²³. Y esa voluntad nacional no sería otra que el mantenimiento de un orden político burgués (Constitución histórica) que nada tenía de democrático.

¹¹⁸ La totalidad de la doctrina señala la carencia de una revolución burguesa en España, motor del progreso del constitucionalismo europeo. Entre otros, SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo, *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, (17ª ed.) Siglo veintiuno editores, Madrid, 1997, señalan en las págs. 120-121 que la burguesía ejerció más como mero “enlace y proyección del capital bancario extranjero que como burguesía portadora de un proyecto propio de sociedad. “, con la única excepción de la burguesía catalana que “regresó pronto al redil de la oligarquía, aceptó el compromiso que proponía Cánovas, se integró en el bipartidismo y aceptó resignadamente su papel de clase dominante subordinada a la oligarquía. “

¹¹⁹ Así, ARTOLA GALLEGU, Miguel, *El modelo constitucional español del siglo XIX*, Fundación Juan March, Serie Universitaria, texto en offset, Madrid, 1979, pág. 3.

“vigencia casi centenaria de una única Constitución basada en el pacto tácito de un sistema constitucional que la Monarquía acepta a cambio de obtener una desorbitada influencia política que acabará por dar al traste con el sistema cuando la Corona no sea capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales y permita que su influencia quede minimizada gracias a la utilización de artificios legales o a las prácticas extraconstitucionales. “

Contrario al entendimiento pendular como única explicación de nuestro constitucionalismo histórico, también TOMAS y VALIENTE, Francisco, en “La Constitución de 1978 y la historia...cit. , págs. 133-134, SÁNCHEZ FERRÍZ, Remedio, “Cánovas y la Constitución de 1876”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 101 (Nueva época), julio-septiembre de 1998, págs. 9-44, en concreto en la página 16.

GONZÁLEZ CASANOVA, José A. , *Teoría del Estado*, cit. pág. 405, señala que hay una “falsa idea tan extendida de que en el constitucionalismo español se dan ciclos de alternancia”.

¹²⁰ Al respecto, puede verse mi estudio COTINO HUESO, Lorenzo, “Nación política y nación cultural. Una apuesta por el nacionalismo constitucional”, en SÁNCHEZ FERRÍZ, Remedio, *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 228-231

¹²¹ Ver, SÁNCHEZ FERRÍZ, Remedio, “La Monarquía en el pensamiento político de Cánovas del Castillo”, en *Estudios en recuerdo de la profesora Sylvia Romeu Alfaro*; Universitat de València, 1989, págs. 921-937 y, de esta autora, “Cánovas y la Constitución de 1876”, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 101 (Nueva época), julio-septiembre de 1998, págs. 9-44

¹²² Palabras incluidas en el discurso pronunciado por Cánovas del Castillo en el Ateneo de Madrid en noviembre de 1890, y citadas, entre otros por BRAVO MORATA, F. , *La República y el Ejército*, Fenicia, Madrid, 1984, pág. 24.

¹²³ CARR, Raymond, *España, 1808-1939*, Ariel, Madrid, 1966, pág. 541.

Incluso entre nuestros “juristas” aun puede advertirse esta visión que ha servido, por ejemplo, para justificar la rebelión de 1936 contra el régimen constitucional republicano.

Así, Álvaro D’Ors, quien dota de fundamento jurídico a lo que el denomina Cruzada de 1936:

“el Ejército es el defensor de la Constitución del Pueblo [...] Pero hay que tener en cuenta que esa Constitución que el Ejército debe defender no es la accidental ley constitucional sino la Constitución auténtica de una Pueblo, aquélla que, en cierto modo, se integra, como algo incommovible, en el derecho natural de ese pueblo. De ahí que los criterios de pura legalidad no sirvan para determinar el concepto de Constitución que el Ejército debe defender.”¹²⁴

Para un militar y militarista antidemocrático jurista como Pellón “Constitución no es norma escrita sino más bien como los principios rectores de la forma de ser y circunstancias de cada pueblo”¹²⁵.

Me permito al respecto de esta perspectiva de la Constitución sumarme a las palabras de Juan de Mairena (Antonio Machado)¹²⁶:

“A los tradicionalistas convendría recordarles lo que tantas veces se ha dicho contra ellos:

Primero. Que si la historia es, como el tiempo, irreversible, no hay manera de restaurar el pasado.

Segundo. Que si hay algo en la historia fuera del tiempo, valores eternos, eso, que no ha pasado, tampoco puede restaurarse.

Tercero. Que si aquellos polvos trajeron estos lodos, no se puede condenar el presente y absolver el pasado.

Cuarto. Que si tornásemos a aquellos polvos, volveríamos a estos lodos.”

1. 2. LOS IDEOLOGIZADOS CONCEPTOS REALES O MATERIALES DE CONSTITUCIÓN

Desde una perspectiva política completamente contraria, pero teniendo en común los presupuestos realistas, el pensamiento socialista obrero inicial manejaría un concepto de constitución bastante semejante al de los reaccionarios. Así, el socialdemócrata Ferdinand Lasalle diría que “todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia, una Constitución real y verdadera. Lo específico de

¹²⁴ D’ORS, Álvaro, *La violencia y el orden*, Criterio, Madrid, 1998, pág. 123-124. Me permito apuntar que afortunadamente, en especial para el autor, este libro posiblemente no se hubiera permitido publicar en países como Alemania, donde se reconoce constitucionalmente la beligerancia democrática.

¹²⁵ PELLÓN, Ricardo, “La libertad de opinión en las Fuerzas Armadas”, en *Revista Española de Derecho Militar* n° 37, enero-junio de 1979, págs. 15-91, nota a pie n° 82 en pág. 65.

¹²⁶ MACHADO, Antonio, *Juan de Mairena*, (Vol. I), Cátedra, Madrid, 1999, pág. 89.

los tiempos modernos –hay que fijarse bien en esto, y no olvidarlo, pues tiene mucha importancia-, no son las Constituciones reales y efectivas sino las Constituciones escritas, las hojas de papel”¹²⁷.

De este modo Lasalle subraya la novedad de las Constituciones escritas, que no son más que hojas de papel ante las Constituciones reales y efectiva. Estas últimas son, una vez más, la “Constitución antigua” pero en este caso privada de todo componente jurídico y normativo (en el sentido de deber ser). La constitución material es simplemente el sistema de ordenación de fuerzas existente en la sociedad, pura normalidad, ser, sin consideración alguna del deber ser. La Constitución para Lasalle es, pues, el conjunto de los factores reales de poder, los cuales son la fuerza activa y eficaz que informa a todas las leyes e instituciones de un país.

Como es lo propio del pensamiento marxista¹²⁸, con el cambio por medio de la fuerza (económica) del sistema de relaciones de producción, a través del Estado, esto es, “el poder organizado de una clase para la opresión de la otra”¹²⁹ la constitución cambiará en el sentido socialista y estos cambios podrán expresarse en su Constitución, la Constitución de papel simplemente expresará por medio del instrumento del Derecho esa nueva situación. No en vano la libertad y el Derecho, como dirían Marx y Engels no son más que productos del régimen burgués de propiedad y de producción, del mismo modo que “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase elevada a la ley”.

130

En la doctrina italiana, durante mucho tiempo el concepto material de Constitución (Constitución en sentido material) fue desarrollado por Mortati¹³¹ -y compartido por De Vergottini¹³² o Martines¹³³- constituyendo un lugar común de reflexión de los constitucionalistas. No obstante, a juicio de Zagrebelsky esta corriente “se da por muerta”¹³⁴. Mortati elabora el concepto de régimen político en el que se hacen patentes las ambigüedades de un constitucionalismo que, en pleno régimen fascista, pretendía obtener certificados de neutralidad axiológica y política¹³⁵. Mortati separa

¹²⁷ LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, (con estudio introductorio de Eliseo Aja), Ariel, Barcelona, 1976, pág. 101.

¹²⁸ Sobre el pensamiento marxista del Estado y del Derecho, por todos, CERRONI, Umberto y otros, *Marx. El Derecho y el Estado*, (introducción y selección de J. R. Capella), Libros Tau, Barcelona, 1978.

¹²⁹ MARX, Carlos y ENGLER, Federico, *El manifiesto comunista*, Alba, Madrid, 2000, y “El proletariado se valdrá del Poder para ir despojando paulatinamente a la burguesía de todo el capital de todos los instrumentos de la producción, centralizándolos en manos del Estado, es decir, del proletariado organizado como clase gobernante, y procurando fomentar por todos los medios y con la mayor rapidez posible las energías productivas.” (pág. 78), la cita en el texto es de la pág. 79. En la pág. 71 se afirma que “no os dais cuenta de que esas mismas ideas [“libertad, cultura, derecho, etc.”] son otros tantos productos del régimen burgués de propiedad y de producción, del mismo modo que vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase elevada a la ley”.

¹³⁰ *Ibidem*. pág. 72.

¹³¹ MORTATI, Costantino, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milán, 1998, , págs. VII y ss. Esta obra ha sido recientemente traducida al castellano, MORTATI, Costantino, *La Constitución en sentido material*, (Almudena Bergareche Gros, trad.), CEPC, Madrid, 2001.

¹³² DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, 1983, págs. 138-143 y ss.

¹³³ MARTINES T. , *Diritto Costituzionale*, Milán, 1997, págs. 27-30, cito por varias referencias.

¹³⁴ ZAGREBELSKY, G. “Premessa” a la obra de C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè editore, Milán, ed. 1998. , pp. VII y ss.

¹³⁵ Así, DE VEGA, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, UAM-Instituto De Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales, nº 198, 1998, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=114> (12/12/2001), pág. 25. Una severa crítica de la Constitución material y, en particular de su acercamiento a

totalmente una Constitución jurídica escrita de la Constitución material, siendo que la primera no es más que la manifestación jurídica de la segunda, esto es, de toda una serie de principios organizativos y funcionales que son entendidos como un núcleo desde el cual se elabora la Constitución normativa propiamente dicha. De este modo, los aspectos jurídicos del ordenamiento constitucional sufren una importante desvalorización por ser considerados el producto que emana de estos principios organizativos y funcionales. Dichos principios encuentran su origen en las distintas fuerzas presentes en la sociedad de modo que la forma y manera en que tales fuerzas políticas operan a la hora de producir los principios organizativos y funcionales que dan vida a la Constitución jurídica, deviene el punto fundamental de la concepción *mortatiana*. Todo el eje central de la Constitución se desplaza a la realidad política, por lo que la Teoría de la Constitución se convierte en pura teoría de la organización social. El concepto abstracto de Constitución quedaría diluido en un complejo de consideraciones marginales porque lo que se convierte en el núcleo esencial del fenómeno constitucional son los fundamentos metafísicos- los fenómenos que posibilitan la existencia de las organizaciones políticas, fenómenos que, pese a su importancia, es evidente que no pueden ser confundidos con la propia Constitución a menos que se pretenda reducir el Derecho constitucional a la sociología o la Ciencia política¹³⁶. Y, cualquier intento de cimentar en los parámetros sociologistas o historicistas una teoría jurídica del Estado Constitucional está condenada al fracaso porque, en primer lugar, los que sustentan un concepto material de Constitución entienden el Derecho como reflejo de las realidades fácticas y los partidarios de una visión historicista aplican a realidades pasadas un concepto de Derecho surgido en el presente y, por consiguiente, no adecuado; en segundo lugar porque para los sociologistas cada realidad política estatal tendría su Constitución propia y sería imposible construir una Teoría general del Estado Constitucional.

Estas tesis de la Constitución en sentido material se han vinculado como se ha dicho al fascismo en cierta medida, si bien podrían ubicarse entre las que se verá a continuación que superan el formalismo y positivismo jurídico.

Y es que hay que adelantar que la noción de Constitución que trasciende a la Constitución normada y de papel se da prácticamente en todos los autores relevantes que conceptúan la Constitución, aún sin una voluntad política tan clara como los conceptos conservador y socialista de Constitución. El Derecho constitucional, como se dirá, precisa conocer la ordenación política y social (la “constitución”) que está bajo la “Constitución” jurídica (racional-normativa). Ahora bien, el jurista constitucional no debe fijar su atención central en la Constitución que trasciende lo jurídico, sino hacer de ésta la base de la interpretación jurídica de la Constitución normada. En todo caso, es preciso señalar y fijar a qué Constitución se hace referencia, a la no normada o a la normada para no establecer equívocos contrarios al rigor de la Ciencia jurídica. Ya es suficiente la polisemia del concepto de Constitución en su sentido propiamente jurídico como para inducir a una mayor confusión de la que no se puede desprender nada riguroso. La Ciencia política o la sociología recurren para hablar de la Constitución real o material ello a conceptos más claros y distintivos como “sistema político”, en el cual la

los postulados fascistas, puede verse en JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Contra la Constitución material”, en *Estudios de Derecho Público : Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, (2 vols.), Tecnos, Madrid, 1997, vol. I, págs. 42-57.

¹³⁶ Véase R. Sánchez Ferriz, *El Estado Constitucional...cit.* pág. 24.

Constitución está incluida como un componente más o el de “orden social” en Sociología, “constitución social” a la que haría referencia Tocqueville¹³⁷.

Weber, sin las connotaciones y finalidad políticas de los anteriores, diría que “el concepto de “constitución” que aquí se usa es también el empleado por Lasalle, en modo alguno se identifica con el concepto de constitución “escrita” o, en general, con el de constitución en sentido jurídico.”¹³⁸

Señalaría que los órdenes estatuidos en una “sociedad” pueden nacer por pacto libre o por otorgamiento –imposición- y sometimiento. En este segundo sentido “la “*constitución* de una asociación consiste en la probabilidad *efectiva* de que se produzca el sometimiento al poder “otorgante” del gobierno existente, según medida, modo y condiciones”. Su concepto sirve para el “problema sociológico” de “cuándo, para qué materias y dentro de qué límites y –eventualmente- bajo qué especiales condiciones (por ejemplo, consentimiento de dioses o sacerdotes o aprobación de cuerpos electorales) se someten al dirigente los miembros de la asociación y puede aquél contar con el cuadro administrativo y con la acción de la asociación, para el caso de que disponga algo y, más especialmente, para el caso en que trate de imponer sus ordenamiento.”¹³⁹ La “constitución” para Weber es, pues, la ordenación política en términos relativos de obediencia del gobernado y del cuadro administrativo al gobernante.

Frente a estos conceptos el positivismo formalista intentó reducir la Constitución a la Constitución normada, intentando con ello evitar el continuo escape de lo jurídico hacia lo histórico, sociológico y axiológico que toda Constitución había tenido hasta entonces, como a continuación se expone.

2. LA SISTEMATIZACIÓN DEL POSITIVISMO FORMALISTA DE LA ESCUELA DE DERECHO PÚBLICO: EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN EN JELLINEK, AÚN NO LIBRE DE ALGUNAS “IMPUREZAS”

El formalismo y positivismo jurídico adquiere carta de naturaleza en el siglo XIX con la Escuela de Derecho público alemán. La misma, a partir de un profesor de Derecho privado –Gerber- importó para el Derecho público los conceptos que la Escuela histórica había elaborado para el Derecho privado y la Teoría General del Derecho. Gerber y Laband se distinguen entre los juristas que hicieron del Derecho público una ciencia propiamente jurídica. El único Derecho objeto de interés científico era el Derecho positivo.

Jellinek viene a culminar en el siglo XIX esta etapa esplendorosa para el andamiaje del Derecho público que, en el lugar y contexto en el que se hizo valer, sirvió para fundamentar el Imperio alemán cuya constitucionalidad sólo podía reputarse, también, como formal. Entre otros méritos, el alemán tuvo la virtud de sistematizar buena parte de los avances logrados por la Escuela del Derecho público, que habían marchado por

¹³⁷ Así aparece el término en TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, (prólogo y notas de J. P. Mayer, trad. de Marcelo Arroita-Jáuregui), Orbis, Barcelona, 1985, pág. 12: “en materia de constitución social, el campo de lo posible es mucho más amplio que lo que se imaginan los hombres que viven en cada sociedad.”

¹³⁸ WEBER, *Economía y sociedad...*cit. pág. 41.

¹³⁹ *Idem*.

los derroteros comentaristas y, en cierto modo, Jellinek dulcificó algo su estricto formalismo, subrayando la importancia de otras ciencias del conocimiento para la Ciencia del Estado así como permite introducir elementos no sólo formales para la comprensión jurídica.

...

Por cuanto lo que ahora interesa, el concepto de Constitución, para Jellinek “la palabra Constitución se puede tomar en un sentido material o formal, y según se haga de uno u otro modo, así habrán de tratarse en el Derecho Político una multitud que, o no tienen nada que ver con la Constitución, o tienen una relación escasas.”¹⁴⁰

El concepto de Constitución para el alemán sigue fielmente la “Constitución antigua”, si bien bajo pleno componente jurídico. Con importantes diferencias, algo semejante sucederá con Kelsen y Santi Romano. Constitución es la ordenación o estatuto que una asociación permanente establece para constituir y desenvolver su voluntad, siendo principio de ordenación que fija y limita la situación de los miembros en la asociación¹⁴¹. Por cuanto a su contenido dirá que

“La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.”¹⁴²

Así pues, este concepto está alejado de la Constitución liberal, y vale para toda organización política que lo sea. Como afirma Jellinek si el Estado no tuviera Constitución sería anarquía, la necesita el Estado arbitrario y el despótico¹⁴³ y “Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del para tener el *minimum* de Constitución preciso para la existencia del propio Estado”¹⁴⁴.

3. LA CULMINACIÓN DEL FORMALISMO POSITIVISTA: EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN DE KELSEN

Hay quien ha afirmado con rotundidad que Kelsen es “el mayor jurista, sin duda, del siglo XX”¹⁴⁵. Si bien Jellinek culminó la corriente formalista y positivista del Derecho público en el siglo XIX, el austríaco Kelsen le dotaría de su máximo esplendor en el primer tercio del siglo XX. Con él, puede afirmarse, el formalismo positivista alcanzó su culminación última y, como es lo propio, tras la cumbre se iniciaría el descenso, en

¹⁴⁰ JELLINECK, Georg, *Teoría General del Estado*, cit. , pág. 13.

¹⁴¹ *Ibidem*. pág. 167, “Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desenvuelve su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con el. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama Constitución. “

¹⁴² *Ibidem*. pág. 168.

¹⁴³ *Ibidem*. pág. 167.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ DE VEGA, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, cit. pág. 13.

cierto modo vertiginoso para el Derecho constitucional en razón de la experiencia práctica de lo que el formalismo podía acarrear tras la segunda guerra mundial.

Sin el formalismo positivista el Derecho difícilmente podría nunca haberse considerado como Ciencia. Sin el ya referido andamiaje que el positivismo formalista aportó, hoy día el jurista, en especial, el de Derecho constitucional no podría afirmar que “hace” Derecho, sino mera política o sociología. La reacción antiformalista adoptó diversas caras, que pueden resumirse en cierto modo en el institucionalismo (Schmitt, Hauriou, Santi Romano), el decisionismo (Schmitt), la integración social (Smend) y el juego de la fuerza normalizadora de lo normativo, conjunto a la fuerza normativa de lo normal (Heller).

...

Otro elemento preciso para la comprensión de Kelsen y en concreto de su noción de Constitución es su concepción de la pirámide normativa¹⁴⁶. Para ello, cabe recordar que para el austríaco legislación y ejecución son etapas jerarquizadas del proceso de creación de Derecho (Derecho sólo son las normas positivas). “Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno”. “Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho.” Y la ley será creación del Derecho respecto de reglamentos, y éstos lo serán respecto de las sentencias y actos administrativos [administración y justicia son aplicación de normas superiores por distintos órganos en virtud del mero desarrollo histórico], si aquellos [Constitución, leyes y reglamentos] son normas jurídicas generales, éstos últimos [actos administrativos y sentencias] son normas jurídicas individuales¹⁴⁷. En cada nivel el grado de creación posible (de voluntad) se va limitando por el nivel superior¹⁴⁸. Para la misma consistencia de la pirámide jerárquica bajo la unidad del Estado-Derecho, surgirá la jurisdicción constitucional continental, la necesidad de garantizar la regularidad de las normas inmediatamente subordinadas y, en concreto, de establecer una garantía para la Constitución como norma jurídica¹⁴⁹. Como sabemos esta jurisdicción se articuló bajo la directa influencia del Kelsen en la Constitución austríaca de 1920 (y su reforma de 1929) estableciéndose un sistema que desde entonces no ha hecho más que generalizarse y perfeccionarse en todo el continente europeo.

Bajo esta estructura piramidal que es la que confiere la unidad del Estado-Derecho, la Constitución es la encargada de expresar dicha unidad, por arriba sólo tiene la fundamentación de la norma jurídica fundamental y del Derecho internacional, que, no obstante, no ha alcanzado la validez y eficacia.

La Constitución para Kelsen¹⁵⁰ resuelve la unidad del orden jurídico que se basa en la premisa jerárquica de la regularidad de la legislación y su acomodación a la norma superior, la Constitución. Kelsen afirma que la idea de Constitución sobre esta base jerárquica definitoria parecía ya inmanente en la Edad antigua. Para el austríaco aquella

¹⁴⁶ Se sigue, ahora, KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución (La justicia constitucional)*, (Rolando Tamayo y Salmorán, traductor), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie ensayos jurídicos, Núm. 5, México, 2001, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=31> (14/02/2002). Las citas, salvo indicación contraria pertenecen a este estudio.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit. pág. 13.

¹⁴⁸ *Ibidem*, pág. 14.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pág. 15.

¹⁵⁰ Como se ha señalado supra, se sigue ahora su estudio *La garantía jurisdiccional de la constitución*, cit.

idea de “Constitución de los antiguos” que aquí se ha analizado, implicaba una jerarquía de formas jurídicas¹⁵¹:

“A través de las múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden. Como quiera que se defina, la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del orden jurídico que pretende conocerse. Lo que se entiende siempre y ante todo por Constitución –y la noción coincide en este sentido con la forma de Estado- es que la Constitución constituye un principio donde se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en un momento determinado, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, tribunales y autoridades administrativas. Esta regla de creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, de determinación de los órganos y del procedimiento de la legislación, forma la Constitución en sentido propio, originario y estricto del término. La Constitución es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la colectividad estatal, así como de aquellas que determinan los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas y la forma como estos órganos habrían de proceder; es decir, la Constitución es, en suma, el asiento fundamental del orden estatal.”

Así, Kelsen expresa en términos jurídicos lo que había latido siempre tras la noción de Constitución. La Constitución era la forma de gobierno que expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas. Como todo poder estable es poder de creación de normas con validez y eficacia, por ello, la Constitución es la que regula la fuentes de producción normativa. Al fin y al cabo, todos los órganos estatales ejecutarán, mediadamente a través de la ley y otras normas generales inferiores, la Constitución. Para ello es preciso que la Constitución determine la generación de normas, los órganos necesarios para aplicarlas e imponerlas, así como el procedimiento.

Esta Constitución formal se distingue por dos notas: su contenido (fuentes de producción normativa, órganos y procedimientos) y, de otra parte, su forma especial de elaboración, que la distingue de las normas inferiores, “para dotarla de la mayor estabilidad posible”¹⁵². Y es que las “normas constitucionales” se distinguen de las leyes por su procedimiento especial de revisión¹⁵³.

En consecuencia, a partir del concepto más esencial y material de Constitución, la “Constitución de los antiguos”, Kelsen logra hacer nacer el concepto más formal y jurídico de la misma. Constitución es una norma que ha de ser revisada por un procedimiento especial, distinto de las leyes a fin de dotarla de estabilidad y cuyo contenido esencial es la determinación de las fuentes de producción normativa, los órganos de aplicación y el procedimiento. Éste es el concepto estricto y más formal (tiene un contenido material mínimo) de Constitución. La Constitución sigue siendo forma de gobierno, dado que el gobierno no es más que la ordenación de la producción normativa, puesto que todo el Derecho concentra el poder. A diferencia de Aristóteles, los magistrados no hacen algo distinto que Derecho, producen normas generales (leyes,

¹⁵¹ *Ibidem*, pág. 20-21.

¹⁵² *Ibidem*, pág. 22.

¹⁵³ *Idem*.

reglamentos) o individuales (actos administrativos, sentencias) según ordena la Constitución. Es por ello que la Constitución material coincide con la Constitución formal¹⁵⁴.

Ahora bien, Kelsen afirma que es posible un concepto más amplio de Constitución, que no sólo recoja las normas que regulan la creación del Derecho. Se puede aprovechar la forma especial que tienen las normas constitucionales, la Constitución, “para las normas que regulan no la creación sino el contenido de las leyes. De ahí resulta la noción de Constitución en sentido amplio. Es este sentido amplio el que está en juego cuando las Constituciones modernas contienen no solamente normas sobre los órganos y el procedimiento de legislación sino, además, un catálogo de derechos fundamentales de los individuos o libertades individuales. Es por ello que “la Constitución señala principios, direcciones y límites para el contenido de las leyes futuras.”¹⁵⁵ Con estas prácticas “la Constitución dispone, en el fondo, que las leyes no solamente deberán ser elaboradas según el procedimiento que ella prescribe, sino, además, que no podrán contener ninguna disposición que menoscabe la igualdad, la libertad, la propiedad, etc. Así, la Constitución no es sólo una regla de procedimiento, sino, además, una regla de fondo. Por consiguiente, una ley puede ser inconstitucional en razón de una irregularidad de procedimiento en su confección, o en razón de que su contenido contraviene los principios o direcciones formulados en la Constitución; es decir, cuando la ley excede los límites que la Constitución señala.” De ahí la distinción entre inconstitucionalidad formal y material, si bien, corrige Kelsen, la inconstitucionalidad material es en el fondo, inconstitucionalidad formal, puesto que “una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional.”¹⁵⁶

En resumen, Kelsen logra afirmar un concepto formal y jurídico de la Constitución que concede la unidad del orden jurídico (y, por ende del Estado) bajo los presupuestos de la pirámide normativa. El concepto esencial de Constitución es su concepto estricto, la Constitución regula las fuentes de producción normativa, puesto que ello supone ordenar todo el poder-fuerza. Esta Constitución se distingue de las leyes por sus reglas de elaboración y reforma distintas de las leyes. Esta Constitución es la Constitución material de la que se viene hablando desde Aristóteles pero expresada con complitud desde el punto de vista jurídico. Constitución material y Constitución formal coinciden. Que de verdad coincidan o no es algo que a Kelsen no importa, la premisa es que hay un poder, una fuerza que ha logrado la efectividad y validez del Derecho, su legitimidad material es absolutamente intrascendente para el Derecho. El Derecho y el Estado se fundamentan en sentido conceptual en una norma hipotética fundamental liberada de todas estas consideraciones.

En segundo término, hay un concepto amplio de Constitución. La Constitución ha de regular unos contenidos mínimos (fuentes de producción normativa), pero puede incluir otros contenidos que serán también Constitución.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pág. 22, donde Kelsen señala que habrá de diferenciar las normas constitucionales de las normas legales y revisando s normas constitucionales por un procedimiento especial respecto de las leyes; “sólo la Constitución, en sentido estricto y propio del término, se encuentra revestida de esta forma especial o –como se dice habitualmente, si no es que felizmente- la Constitución en sentido material coincide con la Constitución en sentido formal”.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pág. 23.

¹⁵⁶ *Idem*.

4. LA REACCIÓN ANTIFORMALISTA: SCHMITT, HELLER, SMEND, BURDEAU, HAURIU, SANTI ROMANO

En una época de especial tensión ideológica y política como la de entreguerras el formalismo positivista kelseniano o bien se consideraba como una más de las opciones (político ideológicas) a seguir en el debate o, por lo general se creyó que había de ceder el paso para introducir la problemática ideológica y política que el Derecho no había de desconocer. En estos tiempos difíciles Triepel se destacó con claridad a favor de la vinculación del Derecho público con la política y, por ello, por el contacto de la Ciencia del Derecho con otras ciencias¹⁵⁷.

Así, pese a que el positivismo siempre ha persistido estando presente con mayor o menor fuerza en algunos autores desde su culminación con Kelsen, por lo general hay que afirmar que ha estado en muy buena medida superado de la mano de otros autores. Girar la vista a la realidad y a las ideologías lleva a vincular al Derecho, y en especial al Derecho constitucional con otras disciplinas no jurídicas como la Sociología o la Ciencia política, entre otras, por no citar la Historia, la Antropología, la Psicología social o la Economía. De otra parte, disciplinas como la Teoría del Estado o la Filosofía política nunca habían quedado completamente alejadas del Derecho político o constitucional. En este viraje post-positivista bien es cierto que algunos autores acabaron de desprenderse de lo jurídico, si bien, por lo general cabe afirmar que lo que supuso fue la ampliación de lo jurídico hacia lo sociológico y lo político, amén de la siempre persistente filosofía política.

Autores como Schmitt, Heller y Smend liberaron al Derecho y al Estado de su aislamiento positivista para convertir sus aspectos políticos y sociales en objeto legítimo de una específica observación jurídica¹⁵⁸.

Si la palanca legitimadora del Derecho para Kelsen había sido una norma fundamental hipotética y vacía, las nuevas palancas legitimadoras se harían recaer en la fuerza jurídica de lo fáctico que Jellinek había adelantado, en la inmanencia de las cosas y su fuerza jurídica (“orden interno” de Schmitt, “instituciones” u “ordenamientos” de Hauriou o Santi Romano). Igualmente, la voluntad que siempre había estado detrás del Derecho se manifestó explosivamente en Schmitt para legitimar el Derecho. Asimismo, no sería extraña la presencia del Derecho natural o de formas sociológicas semejantes como la “idea previa del Derecho” cargada, en mayor o menor medida, de principios y valores fundamentales para la sociedad (Heller, Burdeau). Heller, con Smend, devolverían al Derecho el componente temporal que el dogmatismo positivismo había desechado. Ni el Estado ni el Derecho podrían ser contemplados sino en el marco de un proceso histórico y la dialéctica entre la normalidad y la normatividad (Heller) y la integración de los valores vigentes que cada sociedad afirma como tales (Smend).

El tiempo, el espacio, las voluntades, los valores, la historia, el poder y la sociedad y su pluralidad quedarían de nuevo fijados hasta el presente en el concepto de Constitución y, en general, en el Derecho mismo, elementos que ciertamente, nunca se habían desapegado de la Constitución a lo largo de su errático proceso conceptual desde el inicio de su aparición.

¹⁵⁷ TRIEPEL, Heinrich, *Derecho público y política*, Civitas, Madrid, 1974, pág. 42: “el Derecho público no tiene absolutamente otro objeto que lo político. El profesor de Derecho público no puede, por tanto, renunciar a analizar los fenómenos o intenciones políticas con criterios jurídico-públicos”.

¹⁵⁸ WYDUCKEL, Dieter, “La soberanía en la historia de la dogmática alemana”, cit. pág. 264.

4. 1. SCHMITT

...

De un lado, la Constitución surge mediante un acto del poder constituyente¹⁵⁹, este acto se distingue por “un único momento de decisión de la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Ese acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. No es, pues, que la unidad política surja porque se haya “dado una Constitución”¹⁶⁰, sino que la Constitución es el producto de la unidad política previa.

“La Constitución en sentido positivo contiene sólo la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se pueden introducir fundamentalmente nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese.”¹⁶¹

“La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta.”¹⁶²

La diferencia de la Constitución respecto de las leyes constitucionales es bien clara:

“Las leyes constitucionales valen, por el contrario, a base de la Constitución y presuponen una Constitución. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente. Y la unidad política vale porque existe, no por la justicia o por sus normas”¹⁶³.

“Todo ser es concreto y se encuentra dispuesto de cierta manera, a toda existencia política concreta le corresponde alguna Constitución. Pero no toda entidad con existencia política decide en un acto consciente acerca de la forma de esta existencia política, ni adopta mediante determinación propia consciente la decisión sobre su modo concreto de ser.”

...

Así, las decisiones políticas fundamentales que la Constitución es, quedan expresadas en las leyes constitucionales, donde puede descubrirse la verdadera decisión fundamental, esto es, la verdadera Constitución¹⁶⁴. Por todo ello, en el marco de su obra acaba afirmando que “la palabra Constitución se emplea en el sentido del concepto

¹⁵⁹ “Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo.” *Ibidem* pág. 93.

¹⁶⁰ *Idem*.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² *Idem*.

¹⁶³ *Ibidem* pág. 46.

¹⁶⁴ *Ibidem* pág. 53.

positivo de constitución antes desarrollado. Sobre todo, se distingue siempre con rigor entre Constitución y ley constitucional.”¹⁶⁵

En consecuencia, la Constitución de Schmitt acaba haciendo prácticamente diluirse no sólo al Derecho positivo, sino al Derecho en sí por cuanto impregnado de valores y ética. Con el Derecho positivo –las leyes constitucionales– únicamente se logrará descubrir cuál es la Constitución, esto es, la decisión –o decisiones– política fundamental. Y en todo caso, esa búsqueda para descubrir la decisión o voluntad política ha de ser consciente que ese orden y voluntad que se manifiesta en las normas es irreductible a la forma jurídica. Las leyes constitucionales, Derecho positivo, quedarán legitimadas en tanto que se reconozca la decisión última que ellas únicamente expresan, o intentan expresar¹⁶⁶.

El viaje de Schmitt para la huida del formalismo le lleva no sólo a vaciar el Derecho y la Constitución de todo lo normativo y rellenarlo únicamente de decisionsismo político. Lo peor es que en este viaje, en las *alforjas* llenas de política no dejan resquicio mínimo a cualquier fundamentación o legitimación del derecho por norma ética o jurídica alguna, sino solamente por la existencia política¹⁶⁷. En todo caso, queda su importante percepción superadora del positivismo jurídico, la explosiva idea de Schmitt obliga a concebir la Constitución de forma inseparable a la decisión política que late tras ella, y con ella, a los principios y valores que suponen el orden político que la misma intenta regular a partir de la decisión fundamental.

4. 2. HELLER

....

Concluye Heller que:

“[E]l concepto de Constitución formal es científicamente necesario porque nunca puede darse una coincidencia perfecta entre la Constitución material y la formal. Los textos constitucionales tienen, ciertamente, contenidos típicos pero no existen principios teóricos que determinen lo que hay que reservar a la ley constitucional.”¹⁶⁸

A la vista de lo expuesto, considero que la importancia esencial de Heller para el constitucionalista reside no tanto en la determinación de un concepto de Constitución, sino, en especial, en la absoluta necesidad que tiene el jurista constitucional de no dejarse llevar únicamente por el dogma que se expresa en la Constitución formal, jurídica y normada, sino que se hace preciso tener en cuenta la normalidad (realidad social) sobre la que ésta Constitución se proyecta, así como los principios y valores que laten en la decisión política fundamental y que pueden encontrarse en el mismo texto de la Constitución. Esa realidad y esos valores constituyen la material prima con la que el

¹⁶⁵ *Ibidem* pág. 65.

¹⁶⁶ Así, afirma: “una Constitución es legítima –esto es, reconocida, no sólo como situación de hecho, sino también como ordenación jurídica– cuando la fuerza y autoridad del Poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida. “ Asimismo afirma que el Poder constituyente no necesita justificarse en un a norma ética o jurídica, sino en la sola existencia política. (*Ibidem* pág. 104).

¹⁶⁷ *Ibidem* pág. 104.

¹⁶⁸ *Idem*.

jurista debe aplicar sus herramientas jurídicas a la hora de interpretar la Constitución escrita.

4. 3. SMEND

Entre los conceptos absolutos de Constitución de Schmitt –que no rechaza- se encuentra aquél en el que la Constitución es:

“el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política –“integrarse”- según la expresión de Rodolfo Smend. ”¹⁶⁹

...el Estado es un proceso de integración que se compone de una multitud de procesos que él agrupa en tres bloques con cierta identidad¹⁷⁰:

-Integración personal. Ciertas personas (Jefes del Estado o del Gobierno) o grupos (gobiernos, burocracias, etc.) corresponden a la esfera de integración personal, no son meros órganos del Estado o titulares de competencias, sino parte esencial del Estado mismo, que se hace visible en sus personas como totalidad espiritual.

-Integración funcional, a la que pertenecen todas las formas de vida colectiva, dando lugar a una síntesis social: desde un desfile militar hasta unas elecciones pasando por un procedimiento legislativo.

-Integración real. Fenómenos en los que los individuos participan en un contenido de valores estatales o encarnados en el Estado como los símbolos y ceremonias, la Historia, el territorio como encarnación de valores, etc.

Bajo esta comprensión del Estado, la Constitución será el orden jurídico de la integración, pero no será sólo norma, sino también parte esencial de la integración misma. Smend define la Constitución del Estado como un orden integrador, fruto de la eficacia integradora de sus valores materiales propios¹⁷¹. En el contexto antedicho la Constitución “es el orden jurídico de un Estado”, que se diferencia del resto del orden jurídico “por el carácter político de su objeto” y del resto de normas jurídicas en que éstas son “la normativización abstracta de una pluralidad infinita de casos”, mientras que la Constitución es “la ley individual de una única realidad vital concreta”. La Constitución no es sólo una norma más, sino que es una unidad que actúa como ley vital de algo absolutamente concreto, el Estado, cuya esencia trasciende de lo técnico jurídico.

La esencia de la Constitución está conectada al mismo proceso por el que el Estado existe, la integración. La Constitución es el orden jurídico de la integración “El sentido de este proceso es la constante renovación de la totalidad vital del Estado, y la Constitución del Estado es la normativización legal de algunos lados de este proceso”, Y

¹⁶⁹ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit. pág. 31

¹⁷⁰ *Ibidem*, pág. 70.

¹⁷¹ Las citas a continuación son de las págs. 132 y ss.

como la Constitución es orden jurídico de la integración y, por tanto, parte –importante– del proceso de integración, no es sólo norma, sino también “realidad integradora” “como derecho positivo no es sólo norma, sino también realidad; como Constitución es realidad integradora”.

La misma Constitución no puede abarcar de forma exhaustiva la vida del Estado, sino que su intención es la de regular la totalidad del Estado y su proceso de integración, no sus particularidades, de ahí la elasticidad y flexibilidad interpretativa que le es inherente. Por último, cabe significar en primer lugar, que para Smend se da una autoreferencia, la Constitución es un sistema de integración que gravita sobre sí mismo, no garantizado por un poder externo, sino que es originaria y cuenta con una garantía inmanente, de ahí que no tenga el carácter coactivo propio de otras normas jurídicas. De otra parte, es preciso encerrar en la Constitución una decisión soberana que mantenga en sus límites a las fuerzas sociales inmanentes, de modo que la garantía de la existencia y vida del Estado es el fin peculiar y la única tarea esencial de la Constitución.

4. 4. BURDEAU

....

Por cuanto al concepto de Constitución, Burdeau como punto de partida hace una diferencia entre la concepción jurídica (definición neutra) y la concepción política de la Constitución, exponiendo como sigue el concepto de la primera:

“Puesto que el Estado procede de la distinción entre el Poder y sus agentes, todo Estado tiene necesariamente, una Constitución; los gobernantes usan unas prerrogativas que le son delegadas por lo que tienen que ser investidos o designados por un Estatuto. Las reglas relativas a este modo de designación, a la organización y funcionamiento del poder político forman la Constitución del Estado. Esta (la Constitución) es el canal por el cual el Poder pasa de su titular: El Estado, a sus agentes: los Gobernantes”¹⁷²

Ésta es la “definición neutra de constitución”, puesto que, a la vez, hay que tener en cuenta la Constitución ideal de la que hablaba Schmitt, que Burdeau llama Constitución política o ideológica. La Constitución política o ideológica es la que trae origen en el liberalismo revolucionario y expresa una preferencia ideológica y política, un modo de ser valorativo, perdiendo la objetividad de la definición anterior. Se trata de una cierta forma de organización marcada básicamente por el tantas veces referido artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1789. Sin embargo, “un estado puede estar perfectamente gobernado de un modo absolutista y no por ello carecer de constitución”¹⁷³

Respecto de las “formas de las Constituciones”, afirma Burdeau que “Las normas sobre la organización política de un país pueden formarse de dos maneras. O bien resultan del uso, de las costumbres de los precedentes, sin haber sido jamás codificadas en un texto oficial: En este caso se dice que es una Constitución Consuetudinaria. O bien están expresamente insertados en un texto oficial redactadas en un documento oficial

¹⁷² *Ibidem*, pág. 79.

¹⁷³ *Ibidem*, págs. 79-80.

redactado para ponerlos al alcance de todos y entonces nos encontramos ante una Constitución escrita”¹⁷⁴. Por último, por cuanto al contenido de una Constitución, para el francés:

“El objeto de la constitución es, pues, doble: por un lado, designa las personalidades o colegios a los que corresponderá decidir por el Estado y fija sus competencias y las modalidades de su ejercicio; por otro lado, indica qué doctrina de organización social y política representan los gobernantes y, así, identifica la idea de Derecho que constituirá la idea motriz de la institución estatal.”¹⁷⁵

4. 5. EL DERECHO COMO FUERZA SOCIAL Y LA CONSTITUCIÓN: SANTI ROMANO Y HAURIOU

...

Bajo esta comprensión del Derecho, del Derecho positivo y del Estado, cabe concebir qué es la Constitución para Santi Romano. En este sentido, cabe deducir que la Constitución se identifica con el Estado mismo, en tanto que uno y otros son Derecho, institución y organización. La Constitución y el Estado para Santi Romano sería, así, la Constitución que es la vida misma del Estado para Aristóteles, organización, subrayándose ahora que es Derecho, por cuanto toda organización lo es. Así, en una ocasión diría que “Constitución significa ordenamiento constitucional” siendo que tal ordenamiento lo tiene todo Estado, que por serlo es algo constituido y ordenado jurídicamente¹⁷⁶. No obstante, si hubiéramos de pensar en la Constitución no como Derecho, sino más concretamente como Derecho positivo, habría que pensar que la Constitución para Santi Romano es la decisión positiva del poder del Estado que manifiesta y determina su estructura, organización y funciones, así como se superpone a todos los ordenamientos – instituciones que hay en la vida social. Esta superposición podrá ser la causa de la génesis de muchas instituciones antes no existentes, o simplemente el reconocimiento y modulación de instituciones y fuerzas sociales previas. Igualmente, la Constitución del Estado puede anular –o pretender anular– organizaciones o fuerzas sociales existentes, si bien no siempre tendrá la fuerza suficiente para ello. Todas las instituciones, en todo caso, habrán de adecuarse al ordenamiento constitucional.

Si bien no hay un concepto de Constitución en esta obra, sí se desprenden diversas ideas del Derecho constitucional que conducen a la obligatoriedad de tener en cuenta tanto las instituciones, organizaciones y fuerzas sociales, previas como la regulación positiva de la organización y funciones del poder del Estado que se superpondrán a éstas instituciones previas:

“el Derecho constitucional regula no sólo la estructura de tal poder [legislativo] que, incluso, es por él mismo establecido, sino también su función, por lo menos en su

¹⁷⁴ *Ibidem*, pág. 80.

¹⁷⁵ *Ibidem*, págs. 89-90.

¹⁷⁶ En su *Corso di diritto costituzionale*, 2ª ed. 1928, págs. 10-11 sostiene esta tesis e introduce esta definición. Cito por PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Escritos de Derecho político* (2. Vol), vol. 1, IEAL, Madrid, 1984, pág. 20.

aspecto procedimental y formal y, en nuestra opinión y en lo que se refiere al poder legislativo, también en su aspecto sustancial, al menos en parte.”¹⁷⁷

“El Derecho constitucional no se agota en las normas las relaciones del Estado, sino que contempla, incluso antes que nada y sobre todo, al Estado en si mismo, en sus elementos, en su estructura, en sus funciones”¹⁷⁸.

Asimismo, y a partir de estas nociones de institucionalismo, cabe acudir a aquella idea de potencia, que expresara Spinoza, Locke o Rousseau y que se advertiría también en Jellinek, por cuanto a los límites intrínsecos del Estado y su poder fáctico y jurídico. No en vano, el Estado y su Constitución no puede absorber toda la vida de los individuos y de los grupos y es una fuerza social que puede absorber o crear otras fuerzas sociales, pero en todo caso, coexiste con las fuerzas de muchas instituciones que, en su caso, pueden superar al Estado mismo.

A diferencia del institucionalismo propiamente jurídico de Santi Romano, el institucionalismo de Maurice Hauriou es básicamente ideológico¹⁷⁹ y el autor era marcadamente un demócrata. Su Constitución superará a la jurídica-normativa y estará claramente vinculada con los principios instaurados con la Revolución.

...Hauriou afirma que “Existen principios fundamentales susceptibles de constituir una legitimidad constitucional superior a la Constitución escrita y, a fortiori, superior a las leyes ordinarias”.

La Constitución, que supera lo establecido jurídicamente, integra el alma nacional, esto es, la integración espiritual creadora de la comunidad, así como las reglas relativas al gobierno y la vida de la comunidad estatal y la organización constitucional de poderes en la que resaltan las instituciones. Así, para el francés hay una Constitución política relativa a la organización del poder y los gobernados y una Constitución social que comprende el plexo de derechos humanos y las instituciones sociales. La Constitución no era mera Constitución política, mero instrumento del gobierno, sino también

¹⁷⁷ *Ibidem*, & 21, pág. 177.

¹⁷⁸ *Ibidem*, & 24, pág. 192.

¹⁷⁹ Se ha seguido HAURIUO, Maurice, “La teoría de la institución y la fundación”, en HAURIUO, Maurice, *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, no obstante, por motivos puramente materiales no se contemplan en las citas de esta exposición sus obras básicas *Principios de Derecho Público y constitucional*, Ed. Reus, Madrid, 1927 y en francés, *Precis de Droit constitutionnel*, (reimpresión en 1965 de la 10ª ed.) Recueil Sirey, París, 1929. Pese al conocimiento de dicho estudio, se da la imposibilidad de llevar a cabo las referencias puntuales a las citas de esta última obra –básica- de Hauriou, que es en la que básicamente se recoge su noción de Constitución. En este sentido me permito reproducir ahora su construcción sistemática. Hauriou parte de la crítica de los sistemas objetivistas, el positivismo jurídico de Kelsen y el positivismo sociológico de Duguit (págs. 8-12) y asienta una doctrina del poder y una construcción jurídica del poder, entrando en la legitimación y consentimiento del poder legal (págs. 22-29). Así las cosas, su institucionalismo se fundamentará a partir de la noción de “orden social”, desde presupuestos sociológicos que le llevan a afirmar la necesidad de una organización formal del orden para la estabilidad social (págs. 35-62). Es de este modo como Hauriou lleva a cabo la síntesis de lo social y lo jurídico a través de la moral y las ideologías, el orden incluye fuerzas de conservación y de cambio, y la organización formal a través del Derecho es un sistema animado con movimiento lento y uniforme”, esto son las instituciones (pág. 62-77). Bajo estos presupuestos Hauriou analiza el Estado (págs. 78-131) y la libertad política (pág. 133-215). Es en la décima parte de su tratado donde analiza el Imperio de la ley (págs. 224-240) y el fenómeno constitucional (242-293)

Constitución social, en tanto que protectora de los derechos y libertades de los hombres y las instituciones que operan en la sociedad. De este modo se da una superlegalidad constitucional más allá de lo escrito en la misma Constitución, su Constitución es una Constitución ideal o liberal democrática impuesta por la misma conformación constitucional de la sociedad.

4. 6. EL CONCEPTO MÁS NOVEDOSO TRAS LOS ANTERIORES: LA CONSTITUCIÓN CULTURAL DE HÄBERLE

Si bien tiene una escasa proyección en su país, la obra del alemán Peter Häberle ha sido especialmente bien recogida en el mundo latino. Häberle, partiendo de presupuestos de Smend, Heller y Hesse, así como la idea de “sociedad abierta” de Popper¹⁸⁰ ha elaborado una Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura¹⁸¹. La extensa cita a continuación resume el concepto y pensamiento del alemán:

“La Constitución constituye el poder y la limita. No es sólo un texto jurídico, sino también un contexto cultural. Comentarios, textos, instituciones y procedimientos simplemente jurídicos no llegan a abarcarla. La constitución no es sólo un orden jurídico para juristas, que estos deben interpretar de acuerdo con las viejas y nuevas reglas de su oficio. Actúa esencialmente también como vía para no juristas: para ciudadanos y grupos. No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de que la autorepresentación cultural de un pueblo y espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes de la constitución en la sociedad abierta, son más bien, e acuerdo con su forma y su contenido, expresión y mediación de cultura, marcos para la recepción y (re)producción cultural, así como archivo cultural para las informaciones, las experiencias, las vivencias y el saber popular recibidos. Correspondientemente, su modo -cultural- de vigencia se encuentra a mayor profundidad; que descrito del modo más bello en la imagen de Goethe, actualizada por H. Heller de que la Constitución del Estado es una ‘forma acuñada que viviendo se desarrolla’.

Desde el punto de vista jurídico, un pueblo tiene una constitución; considerado culturalmente de modo más amplios *está en* (mejor o peor) *forma* constitucional. El acatamiento de la constitución, su arraigo en el *ethos* ciudadano y en la vida de los grupos, su encadenamiento con la comunidad política; todo ello tiene ciertamente como presupuesto determinadas regulaciones jurídicas, pero en ellas no reside aún una

¹⁸⁰ POPPER, Karl R. , *La sociedad abierta y sus enemigos*, (Eduardo Loedel trad. 2 vol.), Planeta-Agostini, Madrid, 1992.

¹⁸¹ HÄBERLE, Peter, *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*, (Emilio Mikunda Franco, trad.), Tecnos, Madrid, 2000.

Éste es el título de uno de sus últimos trabajos traducidos (de 1982, actualizada en 1996), si bien su concepto constitucional cultural se abre paso en su ensayo sobre interpretación constitucional “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” de 1975.

Para el presente comentario se siguen dos de sus obras: HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, n° 47, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14> (17/1/2002). Y HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*, (prólogo de Antonio López Pina, presentación a cargo de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, “Una teoría de la constitución para el siglo XXI”), págs. 27-32, Trotta, Madrid, 1998.

garantía de que el Estado constitucional sea real *hit et nunc*. Lo jurídico de sólo un aspecto de la Constitución *como cultura*. Que aquello se haya logrado se manifiesta sólo en cuestiones como: ¿Existe un consenso constitucional como vivencia? ¿Tiene el texto jurídico de la Constitución una correspondencia la cultura política de un pueblo? ¿Han cobrado realidad las partes específicamente jurídico-constitucionales y jurídico-culturales de una constitución de tal modo que el ciudadano se puede identificar con ellas?, otras palabras: la realidad jurídica del Estado constitucional representa sólo una parte de la realidad de una constitución viva, que, en profundidad, es naturaleza cultural. Los textos constitucionales deben ser literalmente cultivados para que resulten una constitución.”¹⁸²

Así pues, Häberle propone una forma original de relación entre la norma suprema y un amplio número de agentes culturales. No sólo los agentes políticos, partidos, dirigentes, representantes, ni de los agentes sociales (medios, líderes de opinión, organizaciones), sino a todo lo que se pueda producir en un medio espacial determinado:

“en los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay números clausus de los intérpretes constitucionales!”¹⁸³.

...

Por todo ello, finalmente, “debe concebirse a la Constitución como un estadio cultural. Toda Constitución de un Estado constitucional vive en última instancia de la dimensión de lo cultural” “la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la *Constitución* no es sólo un texto jurídico o un “*mecanismo normativo*”, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.”¹⁸⁴

5. UNA CLASIFICACIÓN DEL CONCEPTO CONSTITUCIÓN ACTUAL, PRÁCTICA Y SIMPLE: GUASTINI

Recientemente, el italiano Guastini ha llevado a cabo en un capítulo de sus *Estudios de Teoría Constitucional*¹⁸⁵ una clasificación de los conceptos actualmente manejados de Constitución, que resume en cuatro más jurídicos y el de Constitución material. La Constitución será 1- Todo ordenamiento político de tipo liberal; 2- Cierta

¹⁸² HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad...*cit. págs. 46-47.

¹⁸³ Cito por el estudio introductorio a la obra de HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, cit.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 5.

¹⁸⁵ GUASTINI, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, UAM-Instituto De Investigaciones Jurídicas, México, 2001, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=22> (30/3/2002).

conjunto de normas jurídicas consideradas, *grosso* modo, fundamentales, que caracteriza e identifican todo ordenamiento; 3- un documento normativo que tiene ese nombre o nombre equivalente y 4- un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”.¹⁸⁶

En primer lugar, la Constitución es sólo aquel ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político. Así, Constitución no es cualquier organización política, sino una organización política liberal y garantista, límite al poder político. No todo Estado tiene Constitución, sólo los liberal democráticos son Estados constitucionales, el resto son despóticos. Sólo es Estado constitucional aquel en el que estén garantizados los derechos ciudadanos y los poderes divididos.¹⁸⁷

En segundo lugar, (normas “fundamentales” que caracteriza e identifican todo ordenamiento)¹⁸⁸. En este concepto el problema reside en saber qué se considera fundamental o, como es el caso, materialmente constitucional. En este sentido, desde los distintos puntos de vista, como mínimo se consideran “fundamentales” las normas que determinan la forma de Estado, la forma de gobierno y las que regulan la producción normativa. Con carácter más amplio, son fundamentales:

-las normas que regulan la organización del Estado y el ejercicio del poder estatal (al menos en sus aspectos básicos: función legislativa, función ejecutiva y la función jurisdiccional), así como la conformación de los órganos que ejercen esos poderes (por ejemplo, las normas que regulan la formación del órgano Legislativo).

-las normas que regulan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (derechos de libertad, por ejemplo)

-las normas que regulan la función de crear el derecho, esto es las normas que confieren poderes normativos, modalidades de formación de los órganos a los que estos poderes son conferidos, regulan procedimientos de ejercicio de esos poderes, etc.

-las normas que expresan los valores y principios que informan a todo el ordenamiento.

Así, todo Estado tienen necesariamente Constitución, liberal o no, escrita o no, en un documento o no. Este concepto, señala Guastini es el más habitual, y es políticamente neutro.

En tercer lugar, Constitución es un documento normativo que tiene ese nombre o equivalente en el cual se formulan y recogen la mayor parte de las normas materialmente constitucionales, fundamentales de un ordenamiento determinado¹⁸⁹. Así la Constitución es una suerte de “código” de la materia constitucional. Además estas “Constituciones” se distinguen por los destinatarios típicos, que no son ni los ciudadanos particulares ni los órganos jurisdiccionales comunes, sino los órganos constitucionales supremos. No todos los estados tienen esta Constitución pero sí la mayoría en la actualidad

En cuarto lugar, se denomina Constitución a un particular texto normativo dotado de ciertas características “formales”: por su procedimiento de formación especial respecto de las leyes, por su particularidad de la reforma.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pág. 29.

¹⁸⁷ *Ibidem*, págs. 30-31.

¹⁸⁸ *Ibidem*, págs. 31-34.

¹⁸⁹ *Ibidem*, págs. 34-37.

Por último, Guastini hace una referencia a la Constitución en sentido material¹⁹⁰, la cual tiene también diversos sentidos:

- como forma de Estado y forma de gobierno.
- conjunto de normas sobre la legislación, sobre las fuentes.
- decisión política fundamentales del titular del poder constituyente, ya sea sobre la forma de Estado o sobre los principios supremos del ordenamiento.
- régimen político de un Estado, que bien es el conjunto de los fines políticos en vista de los cuales las fuerzas dominantes inspiran la acción estatal o como real arreglo y funcionamiento de las instituciones políticas.
- como Constitución viva.

Se refleja esta clasificación conceptual de Guastini, no tanto por su profundidad¹⁹¹, sino por servir como medio recopilatorio de los variados conceptos de Constitución que se han ido viendo y, sobre todo, por su practicidad respecto de lo que se considera Constitución desde el punto de vista de la Constitución normada. Del mismo modo, esta explicación resulta útil por cuanto al contenido y objeto del Derecho constitucional que más adelante se aborda.

6. UNA BATALLA QUE SE DA POR PERDIDA: LAS POCAS APORTACIONES Y DEBATE ACTUAL SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y LOS NUEVOS RETOS DEL CONSTITUCIONALISMO

Los conceptos anteriormente expuestos siguen siendo hoy día los básicos para el constitucionalista. Tras la segunda guerra mundial no han sido muchas las aportaciones mínimamente novedosas del concepto de Constitución, salvo, en su caso y siguiendo precedentes ya comentados, las aportaciones de Hesse¹⁹² y, en particular, Häberle, antes observada. Lo que sí se aprecia en la actualidad es la clara la tendencia de reservar el concepto de Constitución para el ámbito que le es propio, el de las democracias liberales, los Estados constitucionales. Hemos visto que el artículo 16 de la Declaración francesa no tuvo excesivos efectos en las construcciones conceptuales de Constitución. Sin embargo, aunque aquel artículo ya esté superado en tanto el contenido de las constituciones que ha pasado a ser esencial se ha ampliado, parece que ha cobrado, por fin cierta virtualidad conceptual. Así, si se me permite, puede decirse que el concepto Constitución se ha reservado para las *Constituciones constitucionales*, esto es, las propias de los Estados constitucionales.

En esta línea, por ejemplo, puede seguirse el parecer de Rubio Llorente cuando afirma:

“Por Constitución entendemos y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las

¹⁹⁰ *Ibidem*, págs. 44 y ss.

¹⁹¹ En este sentido considero que la mejor clasificación es la elaborada por Schmitt, referida al comentar este autor.

¹⁹² HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, (Pedro Cruz Villalón, trad., 2ª ed.), CEC, Madrid, 1992.

generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es [...] simple despotismo de apariencia constitucional.”¹⁹³

Incluyendo las ideas de integración y dinamicidad cabe referir, también por ejemplo, la afirmación de Garrorena, para quien la Constitución:

“es la norma fundamental que *constituye* una comunidad concreta, pero sólo lo es *efectivamente* si lo hace con fidelidad a ese espíritu de libertad consolidado por la razón del hombre a través del tiempo. Esa visión fluyente del Derecho Constitucional permite, a su vez, considerar que el futuro también pertenece a nuestro objeto y, por tanto, a nuestra reflexión como juristas”.¹⁹⁴

Los conceptos de Constitución elaborados por los autores antes examinados se ha integrado en los conceptos de Constitución constitucional, pese a que por lo general aquellos conceptos valían también para Estados no constitucionales (como el de Kelsen, Schmitt, Smend, etc.). En todo caso, se mantienen conceptos de Constitución que siempre superan lo estrictamente jurídico formal.

Un elemento básico que nos ayuda a comprender el olvido de las cuestiones sobre el concepto de Constitución es la generalización en todas las democracias liberales del carácter normativo de la Constitución. Tras la segunda guerra mundial la Constitución deja de ser en el continente un mero sistema simbólico de principios ideológicos y de formulaciones políticas, para pasar a ser normas jurídicas con la misma validez y eficacia que el resto de los preceptos del ordenamiento. Este fenómeno es la causa de que, como recuerda De Vega¹⁹⁵, los debates se hayan centrado ya no en el concepto de Constitución, sino en la interpretación particular que requiere esta norma especial, distinta al resto del ordenamiento jurídico. Y es que la Constitución es norma, pero es más que norma. Es por ello por lo que las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación de las normas constitucionales cobraron una relevancia y significación sin precedentes. Para algunos, como Aragón¹⁹⁶, esta discusión sobre la interpretación es la única “discusión rigurosa” que sobre el concepto de Constitución se sostiene aún en pie. Se trata de la oposición entre los partidarios de la Constitución como norma abierta y a los partidarios de la Constitución como sistema material de valores, originalismo y

¹⁹³ RUBIO LLORENTE, Francisco, “La constitución como fuente del derecho”, en *La forma del Poder*, CEC, Madrid, 1993, pág. 87.

¹⁹⁴ GARRORENA MORALES Ángel, “Cuatro tesis y un corolario sobre el Derecho Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 57, 1997, págs. 37-74, pág. 47.

¹⁹⁵ DE VEGA, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, pág. 30.

¹⁹⁶ Así en ARAGÓN REYES, Manuel, “La Constitución como paradigma”, en *El significado actual de la constitución. Memoria del simposio internacional*, UAM-Instituto De Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales, n.º 195, 1998, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=130> (12/11/2001), pág. 22.

no originalismo, así como entre aquellos más apegados al método hermenéutico clásico –Forsthoff- y el resto de constitucionalistas¹⁹⁷.

A mi juicio, siguiendo a De Vega, esto no es exactamente así. La segunda Guerra mundial cerró el debate sobre el concepto de Constitución en falso. Quizá, dando por hecho la imposibilidad de encontrar un concepto de Constitución válido y generalizable, prefirió circunscribirse al concepto constitucional de Constitución, que procura en cierto modo menor enjundia o al menos suaviza las tensiones conceptuales entre los diversos conceptos básicos de Constitución establecidos por los más importantes autores. Pero en todo caso, falta un consenso sobre lo que se admite que está detrás de la Constitución. Y es que el mismo Aragón dice que “la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia”¹⁹⁸. Pero es que tampoco hay una teoría de la democracia válida y consensuada y trasladable al ámbito jurídico constitucional.

Así pues, el presupuesto básico de toda Constitución constitucional, la democracia, tampoco encuentra un concepto fijo y trasladable a una práctica y realidad que, además cada día es más cambiante y compleja. De este modo, el giro hacia un concepto de Constitución centrado en la democracia liberal sigue completamente abierto e irresoluble. Y es que como la Constitución, la concepción de la democracia para los sistemas demoliberales puede alcanzar puntos de consenso, pero no hay, ni mucho menos, un modelo de democracia único, sino, por el contrario, las críticas sobre la democracia liberal son cada vez más consistentes.

Son tantos los puntos comunes como las diferencias entre Kelsen¹⁹⁹ Habermas²⁰⁰, Held²⁰¹, Sartori²⁰², Bobbio²⁰³, Liphart²⁰⁴, Weber²⁰⁵, Schumpeter²⁰⁶, Dahl²⁰⁷, Macpherson²⁰⁸, por mencionar algunos de los autores más relevantes, por no citar autores anteriores que nos obligarían a revisar las doctrinas democráticas hasta Aristóteles. Y el proceso de globalización y el avance de las tecnologías no hacen más que exigir una reforma y redefinición de la democracia, como del Estado²⁰⁹, su

¹⁹⁷ Véase al respecto, entre otros, BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pág. 23.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, (Rafael Luengo Tapia y otros, trads. 2ª ed.) Labor, Barcelona, 1977.

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa* (2 vol.), Taurus, Madrid, [s. f].

²⁰¹ HELD, David, *Modelos de democracia*, (Teresa Albero, trad. , 3ª ed.), Alianza, Madrid, 1996 y recientemente, *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*, (Sebastián Mazzuca, trad.), Paidós Ibérica, 1997.

²⁰² SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, (Santiago Sánchez González, trad. , 2 vol.), Alianza, Madrid, 1988 y *La democracia después del comunismo*, (María Luz Morán Calvo-Sotelo, trad. , 2ª ed.), Alianza, Madrid, 1994.

²⁰³ BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, (Juan Moreno, trad.), Plaza & Janés, Madrid, 1985, *Liberalismo y democracia*, FCE, México, 1989.

²⁰⁴ LIJPHART, Arend, *Las democracias contemporáneas. Un estudio comparativo*, (ed. española con aportaciones de varios autores, prólogo de Juan Botella, trad. de Elena Grau), Ariel, Barcelona, 1987.

²⁰⁵ WEBER, Max, *Escritos políticos*, (Joaquín Abellán, trad.), Altaya, Barcelona, 1999.

²⁰⁶ SCHUMPETER, Joseph A. , *Capitalismo, socialismo y democracia* (Manuel Jiménez Redondo, trad.), Folio, Barcelona, 1996.

²⁰⁷ DAHL, Robert, *La poliarquía. Del autoritarismo a la democracia*, (Trad. , Julia Moreno), Gaudiana, Madrid, 1974.

²⁰⁸ MACPHERSON, Crawford B. , *La democracia liberal y su época*, (Fernando Santos Fontenla, trad. 5ª ed.), Alianza, Madrid, 1997.

²⁰⁹ Respecto de la reforma del Estado, hay que advertir que esta terminología no es propiamente jurídica sino preeminente en el ámbito de la Ciencia de la Administración, la Ciencia política y la Sociología, sobre el tema que en otros estudios he tenido ocasión de examinar, resultan básicos, OSBORNE, David y GAEBLER, Ted. *La reinención del gobierno : la influencia del espíritu empresarial*

soberanía²¹⁰ y del propio concepto de Constitución²¹¹. El abandono en falso de cuestiones capitales para la teoría de la Constitución es, como afirma De Vega, una reducción “injustificada y falaz”²¹². “Toda la historia del pensamiento constitucional del siglo XX se presenta sometida a la patética ambigüedad de, por un lado, partir de la proclamación solemne del principio democrático y, por otro, de no encontrar los medios para otorgarle una traducción política efectiva.”²¹³

La exposición que se ha llevado a cabo creo que permite al lector percibir que no puede establecerse un concepto de Constitución que no sea más que instrumental, meramente descriptivo o ecléctico, y dudosamente sería consensuable. Cuanto menos quien suscribe considera que es una frivolidad intelectual llevar a cabo una elección de uno de los conceptos expuestos. Como señala De Vega, en particular para los autores de este siglo, falta aún tiempo para valorar la indudable aportación de estos gigantes intelectuales.

Los conceptos anteriormente vistos siguen erigiéndose como los conceptos fundamentales de Constitución aún válidos; guste o no, el concepto de Constitución usualmente manejado no es sino una amalgama de éstos. Esta validez, claro está se hace depender de cada autor y de las compatibilidades e incompatibilidades de las construcciones intelectuales de unos y otros. La comprensión actual y generalizada de la Constitución en los Estados constitucionales, liberal democráticos, puede decirse que recoge elementos de todos y cada uno de los autores reseñados. Y esta recepción de doctrinas a veces heterogéneas lleva, siempre, a que el concepto de Constitución trascienda de la sola Constitución normada como norma jurídica positiva.

en el sector público, (Marco Aurelio Galmarini y Fernando Pardo Gella, trads.), Paidós Ibérica, Barcelona, 1995; ABERBARCH, J. D., y ROCKMAN, B. A. “Reinventar el Gobierno: problemas y perspectivas”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (trad. De Gemma Sánchez Rontoné), mayo/agosto 1999, nº 15, págs. 3-18; CASTELLS, Manuel, “¿Hacia el Estado red?, globalización económica e instituciones políticas en la era de la información”, *Ponencia presentada en el Seminario sobre “Sociedad y reforma del Estado”*, organizado por el Ministerio de Administracao Federal e Reforma Do Estado, Republica Federativa do Brasil. São Paulo, 26-28 marzo 1998, disponible en <http://www.tce.sc.gov.br/biblioteca/artigos/globalizacao.html> (12/10/2001); VILLORIA, Manuel, *La modernización de la administración como instrumento al servicio de la democracia*, BOE-MAP, Madrid, 1996; BRUGUÉ, Q. y SUBIRATS, J. (Comps.), *Lecturas de Gestión Pública*, INAP-BOE, 1996; OLMEDA GÓMEZ, José Antonio, *Ciencia de la Administración*, (dos vol.), (1ª ed. de 1999), UNED, Madrid, 1999 y RAMIÓ, C. y BALLART, X. (Comps.), *Lecturas de Teoría de la Organización* (dos vols.), INAP-BOE, 1993.

Desde un punto de más vista jurídico, ESTEBAN ALONSO, Jorge de, *Jaque al estado*, Libertarias-Prodhufi, Madrid, 2000, BAUZÁ MARTORELL, Felio, *La desadministración pública*, (Ramón Parada, prólogo), Marcial Pons, Madrid, 2001, PARADA VÁZQUEZ, Ramón, “Estudio preliminar sobre función pública y globalización económica” a libro de NEVADO MORENO, Pedro T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 15-32, ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economía y estado : crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Barcelona, 1993.

²¹⁰ Por todos, desde el punto de vista jurídico me remito al volumen colectivo *Fundamentos, Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*, nº 1/1998, dedicado a Soberanía y Constitución, Instituto de Estudios Parlamentarios Europeos de la Junta General del Principado de Asturias.

²¹¹ Al respecto, me han resultado particularmente interesantes JÁUREGUI, Gurutz, “Estado, soberanía y Constitución; algunos retos del Derecho constitucional ante el siglo XXI”, en *Revista de Derecho Político de la UNED*, nº 44 (1998), págs. 45-77; de este mismo autor, cabe mencionar su magnífico estudio JÁUREGUI, Gurutz, *La democracia planetaria*, (premio internacional de ensayo Jovellanos 2000, finalista), Nobel, Oviedo, 2000. Igualmente, ver VEGA, Pedro de, “Mundialización y Derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 100 (junio de 1998), págs. 13-56.

²¹² DE VEGA, Pedro, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, pág. 33.

²¹³ *Idem*.

Cuanto menos en términos generales en una democracia liberal, nadie duda que la Constitución normada pretende expresar en términos jurídicos la organización política de un Estado; nadie duda que detrás de una Constitución normada hay una decisión fundamental de la unidad política preexistente; nadie duda que tras una Constitución hay una idea previa de Derecho impregnada de toda una serie de valores y principios éticos que encierran la legitimación del poder aún expresada en términos generales; nadie duda que una Constitución normada no surge de la nada, sin una normalidad previa que permita que la decisión constitucional se haga carne social y su normatividad jurídica sea factible; nadie duda que la Constitución normada contribuye a crear normalidad, esto es, repetición de conductas por parte de los ciudadanos ajustadas a lo normado en la Constitución; nadie duda que la Constitución contiene toda una serie de aperturas al proceso interpretativo de una sociedad plural y abierta, proceso interpretativo no sólo restringido a los intérpretes “oficiales”, ni que por medio de dicha interpretación la Constitución se hace flexible e incluso puede mutar y transformarse en el tiempo integrando las voluntades sociales; nadie duda que la Constitución es un hacer diario en una dialéctica continua entre sus contenidos y la realidad que contribuyen día a día a la integración social estatal; nadie duda que la Constitución es un elemento básico de integración social y que ha contribuido a la génesis de una civilización culturalmente constitucional. En todo caso, nadie duda que, pese a que la Constitución trascienda de lo puramente jurídico normativo, en su sentido formal, la Constitución normada es hoy, ante todo, una norma jurídica que ha de ser percibida como dogma por el jurista, siendo éste su punto de partida.

Asimismo, la exposición efectuada, en particular por cuanto a los autores del siglo XX, considero que es el punto de partida elemental para la consideración sobre el método del jurista constitucional. Bien es cierto que la absoluta mayoría de los conceptos de Constitución superan con creces la Constitución normada. Pero también es cierto que el Derecho constitucional, que tiene por objeto la Constitución es Derecho, y como tal, debe situar como punto de partida la Constitución normada existente en su país y tenerla en cuenta como norma positiva y, en consecuencia, debe aplicar los métodos propios (si es que los hay) de la Ciencia jurídica. Por lo cual, el punto de partida del jurista constitucional debe ser la Constitución normada, con fuerza normativa.

No obstante, si ninguna Ciencia del Derecho puede erigirse de forma aislada a la realidad y los valores, así como distante de otras disciplinas científicas, el Derecho constitucional es la disciplina jurídica que menos puede permitirse este error. De hecho, hasta es posible partir de la Constitución normada como dogma, pero ello no debe ni puede llevar hoy día a formalismo alguno, y es que por la propia naturaleza textual y los contenidos regulados en la Constitución normada se hace imposible interpretarla sin tener en cuenta que la Constitución supera lo estrictamente jurídico-formal. Quiérase o no, todos los factores sociales, políticos y valorativos se introducen por la vía del institucionalismo en la Constitución normada y se hacen elementos ineludibles para la interpretación constitucional y de todo el ordenamiento jurídico. No en vano, el intérprete de la Constitución más allá del laconismo textual de la Constitución no puede acudir más que a elementos institucionales para su interpretación, ineludibles para descubrir el sentido de la norma positiva. Así, el jurista constitucional no podrá eludir la Constitución que hay tras la Constitución normada y normativa. De este modo, el jurista constitucional podrá seguir haciendo Derecho y no Ciencia política, Sociología o Filosofía. Por el contrario, acudir a todo lo que supera lo estrictamente jurídico del concepto de Constitución como punto de partida lleva a disolver el Derecho y dar el salto a éstas otras disciplinas.

III) La fuerza normativa de la Constitución en España y cuestiones actuales pendientes.

Jurisprudencia española normatividad constitucional:

Referencias Tribunal Supremo iniciales

Sentencia 15/1982, caso objeción conciencia (I. guerra

Yo: especial normatividad de unas y otras partes

Reglas y principios

1. FUERZA NORMATIVA EN LA HISTORIA, ALGUNOS APUNTES

1.1. COKE (1552-1634)

Político, parlamentario y juez²¹⁴, Sir Edward Coke sería pieza fundamental para el salto hacia un constitucionalismo más moderno empleando, precisamente, formas aún medievales. Gracias a él, la constitución antigua emergería en un plano más directamente jurídico-normativo, como *common law* dotando a sus intérpretes – Parlamento y jueces- de un poder de control hasta entonces desconocido.

Como Matteucci particularmente insiste, en esta primera etapa hasta 1640, no sólo se lidió una importante pugna del Rey frente al Parlamento, sino en particular del monarca frente a los tribunales. Y fue específicamente en este área donde la *victoria* para el constitucionalismo moderno fue más decisiva, victoria que se explica por la alianza judicial-parlamentaria mediada por Coke²¹⁵. No en vano, en el haber de Coke no sólo se sitúa el precedente del control de constitucionalidad de las leyes en el célebre *Bonham's Case*, sino hay que insistir en su férrea labor por la independencia judicial y la reserva del poder del Parlamento frente al Rey²¹⁶.

El carácter normativo de la constitución encontraría expresión definitiva en boca del *Chief Justice* Edward Coke con ocasión del célebre *Bonham's Case* (1610):

“Resulta de nuestros textos que en muchos casos, que el *common law* controlará las leyes del Parlamento, y algunas veces las declarará totalmente nulas; porque cuando una ley del parlamento es contraria al derecho, la razón y la equidad, o incompatible, o

²¹⁴ (sobre su muy interesante vida, en particular xxx dorado, págs. 36???)

²¹⁵ (xxxMatteucci 86)

²¹⁶ Así recuérdense sus *Writs of prohibition* y su dictamen sobre las *Proclamatios*. Precisamente recuerda matteucci 90 y ss. donde se subraya que la sentencia que ha pasado a la posteridad - *Bonham's Case*- no fue considerada inicialmente como la más importante, al lado de las otras sentencias que obligaron al rey a respetar la independencia judicial, a no hurtar el poder del parlamento, en tanto que el Rey no es fuente del Derecho inglés.

imposible de ejecutar, el *common law*, la controlará y procederá a declarar su nulidad”.²¹⁷

Así pues, el *common law* vino a ejercer la misma función de límite al poder del Estado que en continente europeo se atribuía al Derecho natural, la ley como expresión de la razón. Con esta doctrina no sólo se esbozó la independencia judicial, sino que se prefiguró la idea de un sometimiento del monarca y el Parlamento al Derecho consuetudinario a través de los jueces que desde entonces tendrían la apoyatura de la “antigua constitución” para revisar costumbres, ordenanzas y leyes. Algo radicalmente moderno a partir de antiguas ideas.

Y es que, en palabras de Fioravanti, con la expresión *ancient common laws and customs of the realm* empleada por Coke, late una nueva constitución frente al absolutismo, un “conjunto de leyes profundamente radicadas en la historia de la comunidad política de distintos componentes del reino, que en su conjunto dan como resultante la ley fundamental, la *common law*, la constitución misma en una palabra”²¹⁸. Y los jueces serían los centinelas en el corazón del sistema constitucional, con la finalidad de que la más alta expresión de ese sistema, el Parlamento mismo, no traicione su misión. Coke consiguió crear un mito de la Carta Magna frente a la Corona. Como señala Dorado²¹⁹, su gran virtud no fue inventar este mito, sino recoger toda una tradición constitucional casi olvidada en el siglo XVI adaptándola al siglo XVII. La afirmación de que la prerrogativa regia podía ser limitada por las disposiciones del gobierno representativo quedó fundamentada en el derecho natural (*brithright*) inherente del súbdito inglés²²⁰.

Coke logró “confirmar” o “restaurar”²²¹ el *common law* que en general se identificaría con un *fundamental law* general, a la par de reconocer la existencia de una *fundamental law* constitucional, “identificado con los derechos de los ingleses reconocidos por la Carta magna”²²². Su modelo sería decisivo para la construcción del modelo jurídico-político norteamericano dos siglos más tarde. También, estos presupuestos de Coke, también articulados sobre la base de la “Constitución antigua”, estarían en la base de Milton. Además, como recuerda Matteucci, la influencia de Coke en el futuro sólo aparentemente es menor que la de quienes reflejaron sus reflexiones en el ámbito doctrinal, sin embargo, no hay que obviar que con sus trabajos doctrinales y sus casos, se formaron generaciones de juristas ingleses²²³.

Asimismo, en la pugna Parlamento-Rey en esta primera etapa del siglo XVII inglés, destaca la *Petition of rights*; la sentencia del caso *Bohams*; un Parlamento soliviantado por el intento de imposición de impuestos sin su consentimiento; el *impeachment* en 1621 y destitución de Sir Francis Bacon, el eterno enemigo doctrinal y político de Coke; la importante *Petition of rights* de 1628, básicamente redactada por un ya octogenario

²¹⁷ Al respecto de este caso y su interpretación, (en especial Dorado xxx. págs.70-95)

²¹⁸ Fioravanti (p. 67xxx.)

²¹⁹ (Dorado 128 y ss. en especial 130)

²²⁰ COKE, Edward, *Preface to Reports*, pt 5, 1605, impreso en Caudrey’s Case in Edward Coke, 1826, pág. iv., citado por SALDAÑA DÍAZ, Nieves, “El Poeta de la Revolución Puritana: Teoría Política de John Milton”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, n° 2, junio de 2001, <http://hc.rediris.es/dos/articulos/html/milton1.htm> (8/4/2002)

²²¹ (xxxDorado 132)

²²² Dorado (xxx 135)

²²³ (xxxmatt 92)

diputado Coke cinco años antes de morir²²⁴; también, las duras resoluciones de los comunes contra Carlos I ante su disolución del Parlamento en 1629. El Parlamento no volvería a convocarse hasta 1640, iniciándose una nueva y conflictiva etapa.

1. 2. SENTENCIA MARBURY VS. MADISON DE 1803

La primacía del *common law* fundamentado en la Constitución encuentra en el Juez Coke en el siglo XVII uno de sus primeros baluartes, como se vio. Esta primacía de la ley se trasladaría a la primacía normativa de las constituciones escritas en la famosa sentencia Marbury vs. Madison de 24 de Febrero de 1803²²⁵. Todo hay que decir que ya se contaba con diversos precedentes: Así, en las deliberaciones de la asamblea de Virginia de 30 de mayo de 1765 es la primera vez que el término-concepto de “Constitución” es adoptado contra la ley en sentido plenamente normativo con la explícita intención de considerar esa ley inválida, no generadora de una obligación legítima, como recuerda Fiorabanti.

La argumentación, formulada con carácter general para toda Constitución sólo se haría valer más de un siglo después en el continente europeo gracias a la aportación de Kelsen y su influencia en la Constitución austríaca (de 1920 reformada en 1929). Para ello en Europa hizo falta que la burguesía atrincherada en el poder legislativo doblegara al poder monárquico, bajo un juego de poderes que no tenía nada que ver –social y políticamente- con la situación norteamericana inicial. No obstante, por lo que ahora interesa, desde el inicio práctico de la Constitución escrita y formal, este concepto incluiría su carácter normativo, algo que hoy es asumido en todos los países democrático-liberales, esto es, en todos los Estados constitucionales. Este carácter normativo es –como se verá- el punto de partida de que el Derecho constitucional sea una disciplina propiamente jurídica.

El tribunal presidido por el Juez Marshall formuló una sentencia de obligada referencia para el constitucionalismo liberal-democrático. En la misma se centro el debate en “La cuestión acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en derecho aplicable en el país” y “Para resolverla sólo parece necesario reconocer determinados principios que se supone bien arraigados”:

“Por tanto, la autoridad atribuida a la Corte Suprema, por la ley que establece los tribunales de justicia en los Estados Unidos, para dirigir mandamientos a funcionarios públicos, no parece ser reconocida por la Constitución, y se hace necesario indagar si es posible ejercer una jurisdicción así conferida.

La cuestión acerca de si una ley contraria a la Constitución puede convertirse en derecho aplicable en el país es de un gran interés para los Estados Unidos, pero, afortunadamente, su grado de complejidad no alcanza la medida de ese interés. Para resolverla sólo parece necesario reconocer determinados principios que se supone bien arraigados.

²²⁴ El texto de la misma puede verse en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/petition_eng_1628.html (12/9/2001).

²²⁵ “En el último período, en Diciembre de 1801, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe, y William Harper, a través de su abogado [...] solicitaron de la Corte que requiriera a James Madison, Secretario de Estado de los Estados Unidos, para que justificara porqué no debiera expedirse un mandamiento ordenándole que remitiera a aquéllos sus respectivos nombramientos como jueces de paz del Distrito de Columbia”. Se sigue el texto de http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/marbury_madison.html (21/12/2001).

Que el pueblo tiene un derecho originario a establecer, en aras a su futuro gobierno, aquellos principios que mejor conduzcan a su felicidad es la base sobre la que se erige el edificio americano en su totalidad. El ejercicio de este derecho originario comporta un esfuerzo muy grande, que no puede, ni debe, repetirse con frecuencia. De ahí que los principios así establecidos se reputen fundamentales. Y como la autoridad de la que proceden es suprema, y rara vez se exterioriza, están destinados a ser permanentes.

Esta voluntad originaria y suprema organiza el Gobierno, y distribuye funciones entre los diversos departamentos. Puede detenerse aquí, o bien establecer, además, ciertos límites que no pueden ser franqueados por esos departamentos.

El Gobierno de los Estados Unidos pertenece a esta segunda categoría. Las funciones del Poder legislativo están definidas y limitadas, y para que esos límites no se confundan u olviden la Constitución es escrita. ¿Qué sentido tendría limitar a los poderes, y cual que se haya hecho por escrito, si luego las limitaciones pueden ser ignoradas en cualquier momento por aquellos a quienes se pretende constreñir?... Resulta demasiado evidente como para ser cuestionado que, o bien la Constitución se impone sobre cualquier disposición legislativa que le sea contraria, o bien el legislador puede cambiar la Constitución mediante una ley ordinaria.

Entre estas alternativas no hay término medio. O la Constitución es una norma superior y suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes ordinarias, y, como cualesquiera de ellas, puede modificarse cuando al legislador le plazca.

Si la primera alternativa es verdadera, entonces una disposición legislativa contraria a la Constitución no es derecho; si lo es la segunda, entonces las Constituciones escritas son absurdos intentos por parte del pueblo de limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable.

Ciertamente, aquéllos que han elaborado constituciones escritas las consideran como el derecho fundamental y supremo de la nación, y, en consecuencia, la teoría propia de cualquier Estado de este tipo ha de ser la de que las normas del legislativo contrarias a la Constitución son nulas.

Esta teoría está esencialmente vinculada a la idea de Constitución escrita y, por ello, el tribunal ha de considerarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Y, consecuentemente, no puede perderse de vista en el ulterior tratamiento del presente caso.

Si una ley contraria a la Constitución es nula, ¿vincula a los tribunales y les obliga a darle efectos a pesar de su invalidez?. O, en otras palabras, aunque no sea derecho, ¿constituye una regla tan operativa como si fuera propiamente una ley? Esto supondría arrumbar en la práctica lo que se estableció en la teoría y parece, a primera vista, demasiado absurdo como para insistir en ello. La cuestión, sin embargo, va a ser objeto de un análisis más detenido.

No cabe duda de que es competencia y deber del Poder Judicial decir qué es derecho. Aquellos que aplican la norma a los casos concretos tienen, necesariamente, que explicar e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto, son los tribunales los que deben pronunciarse sobre la eficacia de cada una de ellas.

Así, si una ley se opone a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución son de aplicación a un determinado caso, de modo que el tribunal ha de resolver ese caso conforme a la ley, desechando la Constitución, o conforme a la Constitución,

desechando la ley, el tribunal tendrá que determinar cual de las dos normas en conflicto rige el caso. Esto forma parte de la esencia misma de la tarea de juzgar...

Por tanto, aquellos que discuten el principio de que la Constitución debe ser considerada, por los tribunales, como la norma suprema, tienen necesariamente que admitir que éstos han de cerrar sus ojos ante la Constitución y mirar sólo a la ley.

Esta doctrina subvertiría los fundamentos mismos de toda Constitución escrita. Supondría afirmar que una ley enteramente nula de acuerdo con los principios y la teoría de nuestro Gobierno, es, sin embargo, en la práctica, completamente obligatoria. Supondría afirmar que si el legislativo hace lo que está expresamente prohibido, la ley resultante de ello sería en realidad, a pesar de la expresa prohibición, eficaz. Se estaría atribuyendo al legislativo una omnipotencia real y práctica, al mismo tiempo que se profesa restringir sus competencias dentro de estrechos límites. Sería tanto como establecer los límites y declarar a la vez que se pueden saltar a placer.

El hecho de que así quedaría reducido a la nada lo que hemos considerado el mayor avance en el terreno de las instituciones políticas, una Constitución escrita, debería ser suficiente en América, donde las Constituciones escritas han sido vistas con tanta reverencia, para rechazar esta tesis. Pero, además, las propias expresiones de la Constitución de los Estados Unidos proporcionan argumentos adicionales a favor de tal rechazo.

El Poder judicial de los Estados Unidos alcanza a todos los casos que surjan al amparo de la Constitución. ¿Pudo, acaso, haber sido intención de los que confirieron tal poder la de que al ejercerlo no debería tomarse en cuenta el propio contenido de la Constitución? ¿Que un caso que surja al amparo de la Constitución debería resolverse sin que ella misma sea examinada?

Esto es demasiado extravagante para que pueda sostenerse.

En algunos casos, por tanto, los jueces deben indagar el contenido de la Constitución...

...(Por ejemplo) en ella se proclama que “no podrán gravarse con ningún impuesto o carga los artículos que se exporten desde cualquiera de los Estados”. Supongamos que se impone una tasa sobre la exportación del algodón, o del tabaco, o de la harina, y se ejerce una acción judicial para recuperar lo pagado. ¿Debe recaer un pronunciamiento judicial en tal caso? ¿Deben los jueces cerrar los ojos a la Constitución y mirar sólo a la ley?.

La Constitución proclama que “no podrá aprobarse ninguna ley penal que imponga una condena individual o que sea retroactiva”. Si, a pesar de ello, una ley como éstas se aprobase, y se procede contra alguien de conformidad con la misma, ¿debería el tribunal condenar a muerte a personas a las que la Constitución se ha propuesto proteger?.

“Nadie podrá ser condenado por traición –dice la Constitución- si no es sobre la base del testimonio prestado por al menos dos testigos en relación con el mismo hecho, o de una confesión pública realizada ante el tribunal”.

En este caso, el lenguaje de la Constitución se dirige especialmente a los órganos judiciales. Ella prescribe, directamente para éstos, una regla de prueba de la que no se pueden apartar. Si el legislador modificara la regla en cuestión, estableciendo que un solo testigo o una confesión fuera del tribunal fuesen suficientes para imponer la condena, ¿debería la norma constitucional ceder frente a la ley?.

De estos textos, y de otros muchos que se podrían seleccionar, se deduce que los redactores de la Constitución contemplaron a ésta como una norma vinculante tanto para los jueces como para el legislador...

...¿Por qué motivo juraría el juez desempeñar sus funciones de conformidad con la Constitución de los Estados Unidos si luego ella no fuese una norma llamada a disciplinar efectivamente su actividad, si hubiera de permanecer cerrada y no pudiese ser examinada por él?

Si éste fuera el estado real de las cosas sería algo peor que una solemne burla...

...Por otra parte, tampoco carece de valor el hecho de que la Constitución al declarar cual será la ley suprema del país se mencione a sí misma en primer lugar, y de que al referirse a las leyes de los Estados Unidos, no lo haga en general, sino atribuyendo sólo esa condición a las que se elaboren de acuerdo con ella.

De modo que los propios términos de la Constitución de los Estados Unidos confirman y refuerzan el principio, que se supone inherente a todas las Constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula, y de que los tribunales, como los demás poderes, están vinculados a la misma.

La petición del demandante debe ser rechazada.”

2. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA EXPRESIÓN EN CONSTITUCIÓN Y ALGUNAS LEYES

2. 1. TEXTO CONSTITUCIÓN

Artículo 9.1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

Artículo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos

DISPOSICIÓN FINAL.

Esta Constitución entrara en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado. Se publicara también en las demás lenguas de España.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA.

1. Queda derogada ...

3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.

2. 2. FUENTES EN EL CÓDIGO CIVIL

Artículo 1

1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.

3. La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.

Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.

5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

7. Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Artículo 2

1. Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa.

2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado.

3. Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

FUENTES LEGALES

2. 3. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo primero

Uno. El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica.

Dos. Es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional.

Artículo 27.2 LOTC

Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

- a) Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.
- b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número 6 del artículo 82 de la Constitución.
- c) Los Tratados Internacionales.
- d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formulada en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.
- f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

2. 4. LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

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 cap. 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.

Artículo 8

Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. 5. PRIMACÍA DERECHO COMUNITARIO SOBRE LA CONSTITUCIÓN EN EL TRATADO CONSTITUCIONAL

I-6 del Tratado, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

3. NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL, LÍNEAS BÁSICAS

(Material del Congreso de los Diputados sobre artículo 9. 1 CE)

Sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento

En primer lugar, podemos afirmar no existen precedentes en la historia constitucional española con igual o análoga redacción.

En el Derecho Comparado, encontramos dos referencias: El artículo 20.3 de la Constitución alemana que afirma que "el poder legislativo está sometido al ordenamiento constitucional; los poderes ejecutivo y judicial a la Ley y al Derecho". Y, el artículo 5 de la Constitución francesa, en virtud del cual "el Presidente de la República velará por el respeto a la Constitución y asegurará por su mediación el funcionamiento regular de los poderes públicos así como la continuidad del Estado".

...

Este precepto recoge un requisito esencial de todo Estado de Derecho que consiste en el sometimiento de los ciudadanos y, sobre todo, de los poderes públicos al Derecho y del mismo se desprende que la Constitución ocupa un lugar preferente en el ordenamiento jurídico. En palabras de García de Enterría, de este precepto "no se deduce sólo el carácter vinculante general de la Constitución sino algo más, el carácter de esta vinculación como "vinculación más fuerte", en la tradicional expresión del constitucionalismo norteamericano".

Por tanto, la Constitución es nuestra norma suprema y no una mera declaración programática, de forma que, "lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 C.E.)" -STC 16/1982, de 28 de abril-. Se trata, en suma, de una "norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundadora de todo el ordenamiento jurídico". -STC 31 de marzo de 1981-.

Por otra parte, la supremacía de la Constitución tiene las siguientes consecuencias. En primer lugar, supone que el resto de las normas jurídicas deben estar en consonancia con sus mandatos, pues, en caso contrario, serán declaradas inconstitucionales;

en segundo lugar, exige un procedimiento especial de reforma como garantía de su estabilidad jurídica; y,

por otra parte, todas las normas jurídicas deben interpretarse de conformidad con los preceptos constitucionales de tal forma que siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme a ella, debe admitirse la primera -STC 122/1983, de 22 de diciembre-.

Como señala el artículo 9.1 CE, este principio vincula tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos si bien de forma distinta. Así, ha manifestado el Tribunal Constitucional en su STC 101/1983 que mientras que los ciudadanos tienen un deber general negativo de abstenerse de cualquier actuación que vulnere la Constitución, sin perjuicio de los supuestos en que la misma establece deberes positivos (artículos 30 y 31, entre otros), los titulares de los poderes públicos tienen además un deber general positivo de realizar sus funciones de acuerdo con la Constitución.

4. EN TODO CASO, DISTINTOS TIPOS DE NORMAS EN LA CONSTITUCIÓN (REMISIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRINCIPIOS RECTORES)

La doctrina ha intentado diversas clasificaciones o tipos de las normas contenidas en la Constitución de la que citamos a título de ejemplo la de Klaus Stern, que, tras una primera gran clasificación en que divide las normas constitucionales en normas jurídico-organizativas y normas jurídico-materiales, efectúa la siguiente tipología más exhaustiva: a) normas de competencia; b) normas de creación de órganos; c) normas de procedimiento; d) normas de revisión (reforma o complemento de la Constitución); e) disposiciones normativas en el marco del principio federal (en nuestro caso, diríamos, en el marco de los principios de unidad, autonomía y solidaridad establecidos en el artículo 2. 1 CE y Título VIII CE); f) normas sobre derechos fundamentales; g) garantías institucionales; h) normas sobre la estructura del Estado y sobre los fines del Estado; i) *normas con mandatos constitucionales* dirigidos al Legislador para que regule determinadas esferas materiales; j) otras normas jurídico-materiales y jurídico-organizativas.

5. CONCRETAS EXPRESIONES EN JURISPRUDENCIA

5. 1. SENTENCIA TC 137/1987, DE 22 DE JULIO: JERARQUÍA NO ES DERECHO FUNDAMENTAL

"La recurrente mantiene que tal aplicación es contraria al principio de jerarquía normativa consagrado por el art. 9.3 de la Constitución, precepto que, con arreglo al art. 53.2 de la C.E y 41.1 de la LOTC, no es susceptible del recurso de amparo, que está limitado a los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución y a la objeción de conciencia reconocida en el art.30 de la misma" [.../...]

5. 2. SENTENCIA TC 4/1981, DE 24 DE FEBRERO: NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.En el presente epígrafe se trata de la alegación efectuada por la representación del Gobierno en orden a la inadmisibilidad del recurso por razón de la materia, ya que -

sostiene- al tratarse de una legislación anterior a la Constitución la cuestión suscitada es de derogación y no de inconstitucionalidad.

Planteada así la inadmisibilidad, es necesario determinar el ámbito de la competencia del Tribunal para conocer de las leyes anteriores a la Constitución. Y a tal efecto es preciso concretar previamente la naturaleza del problema suscitado: si se trata de un tema de derogación o de inconstitucionalidad o si comprende ambos aspectos.

A. La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental, que dice en su número 3:

«Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.»

La Lectura de esta disposición evidencia que las Leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas. El primer juicio que hay que hacer por tanto es el de disconformidad -en términos de oposición- de tales Leyes con la Constitución, única forma de determinar si se ha producido, como consecuencia, la derogación.

B. Es necesario determinar ahora si la afirmación anterior debe matizarse por el hecho de que la impugnación de los preceptos se fundamente en muy buena medida en su pretendida contradicción con un principio general de la organización del Estado plasmado en nuestra Constitución que es el de autonomía; principio que podría entenderse tiene un carácter meramente programático, en el sentido de suponer un mandato al legislador, pero sin valor aplicativo inmediato alguno.

Pues bien, entendemos que los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico -como afirma el artículo 1.º, 4, del título preliminar del Código Civil- que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos. Pero es también claro que allí donde la oposición entre las Leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no pueden ser de otro modo. El hecho de que nuestra norma fundamental prevea en su artículo 53.2, un sistema especial de tutela de las libertades y derechos reconocidos -entre otros- en el artículo 14, que se refiere al principio de igualdad, no es sino una confirmación de carácter específico del valor

aplicativo -y no meramente programático- de los principios generales plasmados en la Constitución.

En conclusión, en los supuestos en que exista una incompatibilidad entre los preceptos impugnados y los principios plasmados en la Constitución, procederá declararlos inconstitucionales y derogados, por ser opuestos a la misma.

Sin perjuicio de la afirmación anterior, conviene poner de manifiesto la especial dificultad que presenta esta valoración en el caso de un recurso de inconstitucionalidad abstracto -es decir, sin conexión con un supuesto concreto- en el que se trata de enjuiciar la conformidad de una regulación específica con un principio general cuyo alcance indubitado es difícil de precisar con exactitud, dado que -en definitiva- la autonomía es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio.

De aquí que, dadas las especiales características que presenta el recurso, sea necesario apurar las posibilidades de interpretación de los preceptos impugnados, conforme a la Constitución y declarar tan sólo la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente derogación de aquéllos cuya incompatibilidad con la misma resulte indudable, por ser imposible el llevar a cabo tal interpretación.

5. 3. SENTENCIA TC 16/1982, DE 28 DE ABRIL: EFICACIA DIRECTA CONSTITUCIÓN

Fundamento Jurídico 1º [...]

“Hay una afirmación en las alegaciones presentadas [...] que, aunque no afecta directamente al fondo del recurso, este Tribunal no puede pasar por alto. Se dice allí [...], que «los preceptos de la Constitución no son alegables ante los Tribunales porque la propia Constitución así lo ordena». Obviamente tal afirmación carece de todo fundamento y por ello su autor no cita en su apoyo ningún precepto constitucional que diga lo que él atribuye genérica y erróneamente a la Constitución. Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella (arts. 9.1 y 117.1 de la C. E.). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución (art. 53.1 de la C. E.)”

[.../...]

5. 4. SENTENCIA TC 80/1982, DE 20 DE DICIEMBRE: NO ES PROGRAMÁTICA

Fundamento Jurídico 1º

[...]

"Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su art. 9.1 donde se dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente de indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». Decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E., no puede haber duda a propósito de la vinculatoriedad inmediata (es decir, sin necesidad de mediación del legislador ordinario) de los arts. 14 a 38, componentes del capítulo segundo del título primero, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo «vinculan a todos los poderes públicos». Que el ejercicio de tales derechos haya de regularse sólo por ley y la necesidad de que ésta respete su contenido esencial, implican que esos derechos ya existen, con carácter vinculante para todos los poderes públicos entre los cuales se insertan obviamente «los Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial» (art. 117 de la C.E.), desde el momento mismo de la entrada en vigor del texto constitucional. Uno de tales derechos es el de igualdad ante la Ley que tienen todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna entre ellos por razón de nacimiento (art. 14 de la C.E.)."

5. 5. TRIBUNALES ORDINARIOS Y JERARQUÍA NORMATIVA: ELECCIÓN SISTEMA CONCENTRADO CONTROL CONSTITUCIONALIDAD

Sentencia TC 17/1981, de 1 de junio

I. FUNDAMENTOS JURIDICOS

[...]

La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al Juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la Ley con la simple inaplicación de ésta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal que en cierto sentido es así, no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley. La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los Jueces y Tribunales que han de negar validez a las normas reglamentarias que sean contrarias a

la Constitución, inaplicándolas y están facultados para inaplicar también incluso las normas legales que adolezcan del mismo defecto, cuando sean anteriores a la Constitución. La supremacía de ésta obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que en cada caso concreto hayan de apoyar sus fallos, pero en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino sólo para cuestionarlas ante este Tribunal. La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal constitucional, y sólo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que sólo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas."

5. 6. NORMATIVIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES E INTERPOSICIÓN LEGISLATIVA

sentencia 15/1982, de 23 de abril

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).

sentencia 31/1994, de 31 de enero: derechos “secundarios” y necesaria acción legislativa

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 publicatio 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 jurí dico 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 interposición legislativa 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.

Efectos declaración constitucionalidad

Sentencia TC 45/1989, de 20 de febrero

En lo que toca a los efectos, hemos de comenzar por recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica de este Tribunal (art. 39. 1), las disposiciones consideradas inconstitucionales han de ser declaradas nulas, declaración que tiene efectos generales a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 38.1

LOTIC) y que en cuanto comporta la inmediata y definitiva expulsión del ordenamiento de los preceptos afectados (STC 19/1987, fundamento jurídico 6.º) impide la aplicación de los mismos desde el momento antes indicado, pues la Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de efectividad de la nulidad.

Ni esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad es, sin embargo, siempre necesaria, ni los efectos de la nulidad en lo que toca al pasado vienen definidos por la Ley, que deja a este Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso, dado que la categoría de la nulidad no tiene el mismo contenido en los distintos sectores del ordenamiento.

La conexión entre inconstitucionalidad y nulidad quiebra, entre otros casos, en aquellos en los que la razón de la inconstitucionalidad del precepto reside, no en determinación textual alguna de éste, sino en su omisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el presente caso, con los arts. 4.2 y 24.1 b), sin que sea necesario repetir o desarrollar las razones ya dadas. Mas detalladas precisiones exige la determinación de cuál haya de ser el alcance de la nulidad de otros preceptos de la Ley.

5. 7. 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.

[.../...]

6. CONCEPTO Y NORMATIVIDAD CONSTITUCIONAL EN RAZÓN DEL DEBATE POR LA “CONSTITUCIÓN EUROPEA”

6. 1. DICTAMEN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 1/2004, DE 13 DE DICIEMBRE DE 2004

...

En virtud de lo anterior el Abogado del Estado interesa que, admitido su escrito, se tenga por formulado, en nombre del Gobierno, requerimiento a este Tribunal para que, con arreglo a los arts. 95.2 CE y 78.1 LOTC, tras la tramitación oportuna, emita una Declaración vinculante sobre los siguientes extremos:

1) La existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

II. Fundamentos jurídicos

...

3. La primera cuestión se refiere al artículo I-6 del Tratado, cuyo tenor literal es el siguiente:

“La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros”.

[contextualización con reserva identidad estatal y derechos fundamentales]

Esta estipulación del Tratado, tal y como ha hecho constar formalmente la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros por medio de Declaración anexa al Tratado (Declaración anexa al art. I-6), “refleja la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia”, y en su expresa proclamación acota la primacía del Derecho de la Unión al ámbito del ejercicio de las competencias atribuidas a las instituciones europeas. Tal primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una “exigencia existencial” de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados. Las coordenadas que así se establecen para la definición del ámbito de vigencia de ese principio son, como veremos,

determinantes para su entendimiento a la luz de las categorías constitucionales que nos son propias.

El primer aspecto a destacar, para interpretar correctamente la primacía proclamada y el marco en que se desenvuelve, es que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales básicas, y se funda en los valores que están en la base de las Constituciones de dichos Estados.

Es al respecto suficientemente explícito el art. I-5.1, cuando dice:

“La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”.

Al propio tiempo, por lo que concierne a los valores que fundamentan la Unión, es terminante el art. I-2, que dispone al respecto:

“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”.

Lo que, a su vez, tiene su continuidad normativa en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, contenida en la parte segunda del Tratado, cuyo preámbulo afirma que “está fundada sobre los valores indivisibles de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”, y ninguna de cuyas disposiciones “podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos ... por las constituciones de los Estados miembros” (art. II-113 del Tratado).

...

[La primacía está limitada por las competencias de la UE]

Así pues la primacía que se proclama en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales.

Sobre la base de esas garantías debe destacarse además que la primacía que para el Tratado y su Derecho derivado se establece en el cuestionado art. I-6 se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. **No es, por tanto, una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución (art. I-11.1 del Tratado), en cuya virtud “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución [europea] para lograr los objetivos que ésta determina” (art. I-11.2). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo I-60 del Tratado.**

... 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.

[Planteamiento conflicto primacía Derecho comunitario con soberanía nacional]

4. Definidos los elementos esenciales del marco normativo en el que se sitúa el precepto sobre el que se proyectan las dudas del Gobierno, debe destacarse que éste hace suyas las dudas expresadas por el Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de octubre de 2004 acerca de la compatibilidad de este artículo con la Constitución, identificando como posible precepto constitucional contradicho su art. 9.1, que proclamaría un principio de supremacía de la Constitución sobre el que se fundamenta el título IX de la Norma fundamental (“Del Tribunal Constitucional”) y cuya garantía se procura con las previsiones del título X (“De la reforma constitucional”). En realidad, atendidos los términos en que se plantea la cuestión, la contradicción advertida no podría dejar de extenderse al propio art. 1.2 de la Constitución, pues la supremacía pretendidamente puesta en riesgo por el Tratado se predica de una Norma que la disfruta, en tanto que expresión del ejercicio de la voluntad constituyente del Estado por el pueblo español, en quien reside la soberanía nacional.

No obstante, de inmediato veremos que tal contradicción no existe.

[La Constitución tiene supremacía frente a todo, incluidos tratados internacionales]

Que la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus arts. 1.2, 9.1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992 (FJ 1). Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución.

[Primacía y supremacía son categorías diferentes]

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. **La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior** de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. **La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas**, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en

ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. **La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto**, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. **En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el art. I-6 del Tratado.**

...

[recepción primacía Derecho comunitario en España y otros países]

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las “competencias derivadas de la Constitución”, cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el art. 93 CE.

En concreto nos hemos referido expresamente a la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad en nuestra STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, con reproducción parcial de la Sentencia *Simmenthal* del Tribunal de Justicia, de 9 de marzo de 1978, y en la posterior STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a). En nuestras posteriores SSTC 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, 120/1998, de 15 de junio, FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10, reiteramos el reconocimiento de esa primacía de las normas del Ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos, asumiendo la caracterización que de tal primacía y eficacia había efectuado el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus conocidas y ya antiguas Sentencias *Vand Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, y *Costa contra ENEL*, de 15 de julio de 1964, ya citada.

Así pues, en razón de lo dicho, ha de concluirse que, con base en lo dispuesto en el art. 93 CE, correctamente entendido, y dadas las concretas previsiones del Tratado ya señaladas en el fundamento jurídico precedente, este Tribunal no aprecia contradicción entre el art. I-6 del Tratado y el art. 9.1 CE, no dándose, en definitiva, el supuesto normativo del art. 95.1 CE.

[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.

En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

DECLARA

1º Que no existe contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

2º Que no existe contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112 de dicho Tratado.

3º Que el art. 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al Tratado referido.

4º Que no procede hacer declaración alguna en cuanto a la cuarta de las preguntas del Gobierno.

Publíquese esta Declaración en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a trece de diciembre de dos mil cuatro.

6. 2. VOTOS PARTICULARES

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.

Con el mayor respeto para la opinión de los Magistrados que con su voto han hecho posible la indicada Declaración, he de manifestar mi discrepancia respecto de su fundamentación y conclusiones en la medida en que se refieren al art. I-6 del Tratado.

1. El citado precepto no ofrece dudas en cuanto a la primacía del Derecho comunitario sobre la legalidad infraconstitucional. Así pues, las cuestiones surgen respecto de la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución. La mayoría de mis compañeros ha entendido que esta primacía deriva ya del texto actual del art. 93 CE, conclusión que aparece rodeada de una doble línea de razonamiento: por una parte, se entiende que el texto del Tratado hace “difícilmente concebible” que el Derecho comunitario pueda tener un desarrollo “inconciliable” con la Constitución española y, por otra, para el caso que se produjese ese resultado, se indica que este Tribunal resolvería los problemas “a través de los procedimientos constitucionales pertinentes”. En definitiva, se piensa que el

art. 93 ya en su redacción actual abría el cauce para que el Derecho comunitario desplazase la Constitución, y se añade una cláusula final de garantía por virtud de la cual, en su caso, este Tribunal adoptaría las medidas necesarias “en última instancia” para “la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado”. Así pues, la primacía del Derecho comunitario se reconoce con indudable cautela, pues se articula una a modo de reserva “de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución”.

En mi opinión, sin embargo, el texto actual del art. 93 CE sólo habilita la primacía del Derecho comunitario sobre la Constitución precisamente en los términos que resultan de dicho precepto: desplazamiento de las normas constitucionales que atribuyen competencias, en lo que ahora importa, normativas, para que pasen a ejercitarlas los órganos señalados en el Derecho de la Unión Europea. En este ejercicio, éstos tienen toda la amplia libertad de configuración normativa que deriva de la Constitución, pero sin margen para apartarse de ésta, salvo en el aspecto subjetivo mencionado.

Y todavía con carácter previo creo conveniente establecer ya algunas precisiones:

A) Es claro que la primacía o prevalencia del Derecho comunitario y consiguiente desplazamiento de la Constitución sólo tiene virtualidad práctica en la medida en que la norma desplazante —el Derecho comunitario— tenga un contenido diferente a la norma desplazada —la Constitución.

B) El desplazamiento de la Constitución significa que dentro del territorio español, en una materia regulada por aquélla, no se va a aplicar la Constitución. Esto es, claramente, utilizando la terminología de la DTC 1/1992, “disponer” de la Constitución.

En efecto, decíamos entonces que “en virtud del art. 93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de “competencias derivadas de la Constitución”, no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones”. Dado que comparto plenamente la doctrina sentada en dicha Declaración, mi discrepancia de la que ahora formulamos resulta inevitable. En realidad, mi Voto particular no es más que la aplicación de esa doctrina a las preguntas que se nos han formulado.

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 **SSTC 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. En definitiva, la cuestión planteada es la de si el art. 93 CE, en su actual redacción, es suficiente para habilitar ese desplazamiento de nuestra Constitución, habida cuenta de su naturaleza de norma suprema, afirmada “de modo inequívoco y general en su art. 9º.1” (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ 1).

[La supremacía constitucional]

Examinaré separadamente ambos preceptos, para llegar a la conclusión derivada de su conexión:

A) El art. 9.1 CE (“Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”) cumple una función capital en nuestra Constitución, dentro de su Título Preliminar: no sólo refleja la imperatividad, la fuerza obligatoria del Derecho —lo que es una obviedad—, que opera sobre los ciudadanos y también sobre los poderes públicos —nota instrumental del Estado de Derecho ya proclamado en el art. 1.1— sino que, y esto es lo relevante, expresa la naturaleza normativa de la Constitución que se integra en el ordenamiento jurídico, y que además es, precisamente, la norma suprema.

Ciertamente, son numerosos los preceptos de la Constitución en los que aparecen estas notas —naturaleza normativa, carácter supremo—, pero todos ellos vienen a ser manifestación, consecuencia de aquéllas; es justamente el art. 9.1 CE el que cumple el cometido de hacer expresa directamente esa condición de la Constitución, que no podía faltar dentro de su Título Preliminar, que es la quintaesencia de nuestra Norma Fundamental, en cuanto “que contiene los principios inspiradores de la misma “ (STC 101/1983, de 18 de noviembre, FJ 3).

...

[La actual Constitución no habilita a que un Tratado internacional desplace a la Constitución]

C) Sobre esta base, ¿puede entenderse el art. 93 CE, en su actual texto, habilitación suficiente para que a través de un tratado el Derecho comunitario desplace no sólo la normativa infraconstitucional —lo que no ofrece duda— sino también la propia Constitución, norma jurídica suprema, tal como declara “de modo inequívoco” el art. 9.1 CE (STC 80/1982, de 20 de diciembre, FJ1)?

De lo que es, sin duda, una base cierta —el art. 93 CE cumplía la función de establecer el cauce para la integración de España en las Comunidades Europeas— se extrae una conclusión que no lo es tanto: ¿realmente el constituyente quiso aceptar la primacía del Derecho comunitario no sólo sobre la legalidad infraconstitucional, sino también sobre la Constitución misma? y, ya en otro sentido, ¿tal designio ha dejado alguna huella en el texto del art. 93 que permita pensar que, objetivamente, ese es el resultado plasmado en la norma?

En mi opinión las respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa.

...

Más aún, **nuestro Tribunal Constitucional, intérprete supremo de la Constitución, este mismo año 2004, rechazaba esa primacía del Derecho**

comunitario sobre la Constitución. Así la STC 58/2004, de 19 de abril, FJ 11, reiterando la doctrina de la STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, a), declaraba: “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”

...

... Ciertamente, el desplazamiento no implica una derogación o reforma de la Constitución, pero el resultado práctico viene a ser, al menos temporalmente, coincidente: inaplicación de la Constitución y aplicación de un precepto de sentido normativo diferente. Con ello se habría producido una “disposición” de la Constitución que excede ampliamente de lo actualmente permitido por el art. 93 CE que, como he subrayado, apodera para una modificación puramente subjetiva del régimen constitucional de las competencias, pero en modo alguno permite que el ejercicio de éstas se desarrolle fuera de la sujeción a la Constitución. Así, la DTC 1/1992 señalaba terminantemente que dicho precepto no habilita para “disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar sus determinaciones”.

c) Y es que, en realidad, concluyendo, el desplazamiento de la Constitución por el Derecho comunitario afecta tan profundamente a la esencia misma de la Constitución como norma jurídica suprema que llega a integrar una limitación de la soberanía del pueblo español (art. 1.2 CE), que sólo puede producirse como efecto de un decisión del constituyente que ha de resultar “de modo inequívoco” de la propia Constitución. Y no acierto a ver en la actual redacción del art. 93 CE esa decisión inequívoca de habilitar el desplazamiento de la Constitución por el Tratado y el Derecho derivado más allá del aspecto subjetivo ya indicado.

Voto particular que formula el Magistrado don Roberto García-Calvo y Montiel respecto a la Declaración emitida por este Tribunal Constitucional el 13 de diciembre de 2004 bajo el número 6603-2004.

[hay que reformar la Constitución ante conflictos futuros por “real traspaso de soberanía”, hay “poder” sobre la Constitución]

7.- Todas las cautelas que destila el texto jurisdiccional mayoritariamente votado y a las que ha hecho precedente referencia, evidencian —según mi modesta opinión— los riesgos de una aceptación integral y sin reservas de la propuesta constitucional comunitaria, la cual, de seguro y, cuando menos, propiciará constantes pronunciamientos de este Tribunal ante desarrollos normativos de la Carta Magna Europea. Curémonos en salud antes de abrir la cancela de las más que seguras decisiones terapéuticas de corrección interpretativa, aplicativa o de

preservación de nuestra integridad constitucional propiciadas por una conclusión como la que aporta la declaración adoptada por este Tribunal.

Considero que las merítadas prevenciones no serían exigibles o adquirirían *per se* necesarias dosis de legitimación popular si, en lugar de un acuerdo jurisdiccional homologante de una contradicción que considero esencial —tal es la afectación del art. 9.1 CE—, se pusieran en marcha las prevenciones establecidas en el precitado art. 168 CE.

8- En definitiva, creo que estamos ante un real traspaso de soberanía con hipotética cláusula de reversión. Por ello y, aún cuando sólo se asuma esa premisa desde posiciones dubitativas, la trascendencia de la cuestión exige, a mi modesto entender, la activación del mecanismo reforzado de homologación del referido art. 168 a fin de preservar o, en su caso, rectificar, el contenido esencial que el constituyente quiso y delimitó para, entre otros, el título preliminar de nuestra Carta Magna.

[recoge palabras de Rubio Llorente]

“...Ese poder sobre la propia Constitución es el efecto real de la cláusula de supremacía. Al aceptarla, estamos transfiriendo a las instituciones europeas la potestad de reformar nuestra Constitución, siempre que, en el ejercicio de sus competencias propias, estimen necesario hacerlo. El hecho de que las reformas así producidas sean tácitas, no expresas, no cambia su naturaleza, ni permite ignorar que lo que se transfiere no es el ejercicio de algunas competencias concretas de órganos del Estado, sino el del poder soberano del pueblo español para establecer su propia Constitución. La incompatibilidad manifiesta entre el Tratado propuesto por la Convención y la Constitución española hace imposible por eso ratificar aquél sin reformar antes ésta, que es lo que en ella se prevé para casos como éste. Si la ratificación se hace sin esa reforma, los jueces españoles seguirán encontrándose ante un dilema sin solución cuando se encuentren en la necesidad de aplicar normas europeas contrarias a nuestra Constitución, y nuestro Tribunal Constitucional podrá seguir desentendiéndose, como hasta ahora, de la obligación que nuestros jueces tienen de aplicar el derecho europeo cuando las circunstancias del caso lo exijan. Sobre todo, y eso es con mucho lo peor, para hacer posible una ‘Constitución’ europea, habremos reducido definitivamente la nuestra a puro papel mojado; a un guiñapo que se puede agitar siempre que conviene, pero que no hay que tomar demasiado en serio.” (*sic*).

Por todo ello y, entendiendo que mi coincidencia con los posicionamientos doctrinales reproducidos textualmente —de ahí sus citas de autoridad— sirven para reforzar definitivamente la discrepancia contenida en este Voto particular, emito el mismo con mi anticipado respeto al resto de los componentes del Tribunal de los que disiento y con el concreto alcance que su propio contenido le otorga en relación con los reseñados fundamentos jurídicos y con los tres primeros apartados de la parte dispositiva de la Declaración.

En Madrid, a trece de diciembre de dos mil cuatro.

[antinomia clara entre Constitución española y Tratado constitucional: “grave quebranto de la seguridad jurídica”]

Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas en el requerimiento (asunto núm. 6603-2004)

La patente antinomia entre la literalidad de ambos preceptos no es posible anularla, a mi juicio, con ninguna interpretación que tienda a hacerlos compatibles apartándose del tenor de sus respectivos textos.

El art. 9.1 CE ha sido reconocido por la doctrina, la jurisprudencia y la práctica forense, como la expresión del principio de seguridad jurídica, que se asienta en el respeto a la jerarquía normativa, de manera que resulta fundamental la ausencia de dudas razonables sobre que normas tienen prevalencia sobre otras y sobre todas ha de estar la Constitución de España, como ha declarado este Tribunal.

Pues bien, esa prevalencia (que es el concepto y la palabra mas comúnmente usados) va a quedar desplazada —aunque solo sea en las cuestiones que afecten al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea— por la Constitución y el Derecho europeos, quebrando la que, de otro modo, sería absoluta e indiscutible prevalencia de la Constitución Española sobre cualquier otra norma jurídica. Situación a la que tal vez sea inevitable llegar para alcanzar plenamente la deseada unión de Europa, pero no debe discurrir por más camino que el de las propias normas jurídicas, incluidas las de nuestra Constitución.

Dejando las cosas así, es decir, declarando que no existe contradicción, los ciudadanos y los poderes públicos españoles, cuando se encuentren con una norma del derecho europeo que contradiga preceptos de nuestra Constitución, se verán en la disyuntiva de faltar al mandato constitucional interno, inaplicar la norma europea o bien —en el caso de nuestros tribunales ordinarios— plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante nosotros o la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, situación que, cualquiera que sea la probabilidad y frecuencia con que pudiera producirse, constituye un grave quebranto de la seguridad jurídica, un peligro que no puede negarse, que no es razonable correr, ni conjurar recurriendo a la posible intervención posterior del Tribunal Constitucional o a la impensable posibilidad de retirarse de la Unión Europea, conforme prevé el art. 1-60 de la que pretende ser su Constitución. Mucho mas razonable y prudente y sobre todo necesaria, es la opción de reconocer la contradicción y adoptar ya la reforma constitucional para regularla o, como mínimo, tomar en la interpretación del Tratado y del art. 93 CE precauciones que no se han incluido en la declaración, al menos de la manera expresa y contundente que serían, a mi juicio, necesarias.

[El nuevo tratado no deja las cosas como estaba, es casi una Constitución de una confederación]

En efecto, el nuevo Tratado sí altera la situación anterior, no solo en la forma —llamar Constitución y articularla como tal ya es importante— sino también en el fondo, porque constituye a la Unión Europea con una personalidad jurídica única, como sujeto político, con clara vocación confederal, sino es que ya en si misma supone dicha confederación; porque, además, se establece una “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, antes inexistente, lo que provoca que converjan derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española, en el Convenio europeo y en la Carta de la Unión; porque las competencias exclusivas de la Unión y las que se declaran compartidas (a las que no se da carácter exclusivo ni exhaustivo) tienden a la expansión, como ha venido sucediendo, sin perjuicio de algunos movimientos en sentido contrario motivados por razones económicas; porque las cautelas de la llamada “alerta temprana”, la

intervención de los Parlamentos nacionales y del Tribunal de la Unión Europea en materia de aplicación del principio de subsidiariedad, revelan la posibilidad cierta de conflictos competenciales futuros, que han llevado al Consejo Constitucional Francés a declarar que una ausencia de control nacional de decisiones obliga a reformar su Constitución.

[Sutilezas en la distinción de supremacía y primacía]

Tratando de entender, resumidamente, la argumentación empleada, cabe decir que la supremacía de la Constitución Española (entendida como el carácter superior jerárquico de una norma y fuente de validez de las inferiores) se mantiene, a pesar de que es el Derecho europeo el que ostenta la primacía (entendida como capacidad de desplazamiento de otras normas por su aplicación preferente) porque es la propia Constitución Española la que otorga esa aplicación preferente del ordenamiento europeo a través del art. 93 CE, que prevé la cesión de competencias derivadas de la Constitución.

Pues bien, aún admitiendo tan sutiles distinciones teóricas entre primacía y supremacía —que personalmente considero alejadas de la práctica en la aplicación del Derecho, en que vienen a confundirse— lo que no es asumible, reiterando una vez más el respeto a la opinión contraria, es conferir al expresado art. 93 CE un contenido de tal profundidad que por él pueda entrar y ser prevalente en su aplicación, cualquier norma de Derecho europeo derivado de un tratado internacional, aunque sea literalmente contradictoria con preceptos de la propia Constitución Española, sin más que su articulación por Ley Orgánica, obviando así la reforma constitucional en cualquier caso, tanto en el pasado (la operada en el art. 13.2.CE como consecuencia de nuestra declaración 1/1992 habría sido, en realidad, innecesaria) como en el futuro.

IV) Método e interpretación constitucional

(Elaboración propia, extractos)

...

En nuestro país, no había Constitución, y por ende Constitución normativa, objeto primero del Derecho constitucional, y el Estado de Derecho que se atisbó bajo el principio de legalidad desde los años sesenta favoreció al Derecho administrativo, mas no al Derecho político. “[M]uy pocos se ocuparon de intentar construir una dogmática a partir de las Leyes Fundamentales que, obviamente carecían de cualquier elemento que permitiera incluirlas en las categorías de Estado de Derecho”²²⁶ y es que como apunta Pérez Calvo, las Leyes Fundamentales no lograron encauzar la vida política del Estado franquista que se desarrollaba por derroteros puramente fácticos. Así, sin Constitución normativa, sólo cabía tener en cuenta la *Constitución real*, siendo la Ciencia política o la Sociología las disciplinas propias para el estudio de la misma.

En consecuencia, como dice Ramón-Fernández, los administrativistas pudieron consolidar desde la Ciencia del Derecho su disciplina, sin tener que aprender las

²²⁶ PÉREZ CALVO, Antonio, “Reflexiones generales en torno al Derecho constitucional”, en Huarte de San Juan, Pamplona, nº 1, 1994, págs. 72-73, citado por TAJADURA, Javier, *El Derecho constitucional y su enseñanza*, pág. 76.

primeras letras del Derecho público con la llegada de la Constitución, “como tuvieron que hacerlo la mayoría de nuestros colegas del Departamento vecino a los que la promulgación de la constitución sorprendió vagando por los etéreos campos de la ciencia política.”²²⁷

Así, sin tradición de una disciplina con componente esencialmente político –a diferencia de Alemania-, sin Constitución ni régimen constitucional, a lo largo del siglo XX –con la excepción del periodo republicano- se fue agudizando el fenómeno, que el “Derecho político” español durante aquella etapa se configurase como un *totum revolutum* (Alzaga)²²⁸ o, como dijo Ramiro Rico, hacia una “hidra con muchas cabezas y universal comodín”²²⁹:

“Derecho político: entre hidra de muchas cabezas y universal comodín; de todo un poco, alternativamente [...]

Nombre usual y oficialmente impuesto a una enseñanza que sus profesores interpretan de manera varia y –a veces- contradictoria.

Probablemente, en ninguna otra de las asignaturas que figuran en el plan de estudios de las Facultades de Derecho, parecen disfrutar sus docentes de una libertad tan libérrima para fijar el contenido y trazar los linderos de su materia.

En efecto, el Derecho político parece no sólo ser esto o aquello, todo en uno. Hasta se podría decir –sin miedo a lo absurdo- que el adefesio jurídico llamado Derecho político es un vertebrado gaseoso.”

Quizá, el único criterio seguro para saber lo que era el “Derecho político” fue el de que es éste es el que hacen los profesores de Derecho político. Tras la guerra y con unos vencedores con una clara ideología institucional el Derecho político en esta etapa tuvo tres recursos básicos: mirar a un pasado constitucional escasamente constitucional; mirar a otros países y/o evadirse en el campo de la Ciencia política y la Sociología para observar la Constitución real, no jurídica, que es la única que había en España, a falta de Constitución normada y leyes políticas normativas y, sobre todo, a falta de régimen constitucional.

...

El Derecho constitucional es, en principio, el Derecho relativo a la Constitución. Ahora bien, por ser Derecho es relativo a la Constitución por cuanto ésta es norma jurídica y puede ser estudiada e investigada como tal. Que la Constitución, como se ha visto a lo largo de estas páginas, supere con mucho ser únicamente norma jurídica, tiene

²²⁷ Así lo afirma Tomás Ramón, pág. 81 en NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998, con relación a la actuación de los administrativistas al final del periodo de Franco, defendiéndolos por lo que dice:

“de no haber sido por ellos, tú y yo -y otros muchos- no estaríamos aquí o, de estarlo, hubiéramos tenido que ponernos a aprender las primeras letras del derecho público a los treinta y muchos años, como tuvieron que hacerlo la mayoría de nuestros colegas del Departamento vecino a los que la promulgación de la constitución sorprendió vagando por los etéreos campos de la ciencia política.”

²²⁸ ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, “En torno a un posible nuevo enfoque de la asignatura denominada Derecho político”, en *Revista del Departamento de Derecho Político*, nº 4, otoño de 1979, págs. 7-26.

²²⁹ RAMIRO RICO, Nicolás, “Breves apuntes críticos para un futuro programa moderadamente heterodoxo del Derecho político, y de su muy azorante enseñanza”, en *Revista Española de Opinión Pública*, nº 37, 1974, pág. 180, citado por el anterior, pág. 7.

relevancia a la hora de articular el estudio sobre la Constitución normada. Que la Constitución sea más que la Constitución normada confiere una especificidad a la hora de interpretar la norma constitucional, que ha de ser de modo distinto a como se interpreta el resto del ordenamiento jurídico, pero el objeto del Derecho constitucional sigue siendo el de la Constitución normada en tanto que ésta es norma jurídica.

Ninguna ciencia²³⁰ puede definirse por el método²³¹ que emplea, y lo mismo sucede con el Derecho constitucional. Ahora bien, dada la convergencia de la disciplina con otras afines como, básicamente, la Ciencia política o la Sociología, la atención al método se hace no sólo particularmente interesante por cuanto a la herramienta con la que el jurista constitucional ha de trabajar, sino para desmarcarse de los posibles equívocos con disciplinas que incluyen en su objeto el objeto de lo constitucional, pero no como Derecho. De este modo, resulta preciso acercarnos a la médula de la distinción del Derecho constitucional con aquéllas u otras disciplinas, que no es otro que el hecho de ser Derecho.

El Derecho constitucional es el Derecho más próximo a la política, como dice Pérez Royo el punto de intersección entre la Política y el Derecho²³², con todo lo que ello conlleva y que el conflictivo concepto de “Constitución” no hace sino reflejar. Ello conduce a que se trate de un “Derecho” muy particular. En la Constitución como norma esta particularidad se refleja básicamente en que, de un lado, la Constitución se ha de interpretar sin el apoyo de otras normas inferiores y, de otro lado y agravando lo anterior, la Constitución cuenta con una cantidad de conceptos jurídicos

²³⁰ Cabe señalar que puede denominarse “ciencia” a “Un conjunto de conocimientos racionales, ciertos o probables, que obtenidos de una manera metódica y verificados en su contrastación con la realidad se sistematizan orgánicamente haciendo referencia a objetos de una misma naturaleza, cuyos contenidos son susceptibles de ser transmitidos”.

²³¹ De igual modo, se conceptúa de forma genérica “método” como “el camino a seguir mediante una serie de operaciones, reglas y procedimientos fijados de antemano de manera voluntaria y reflexiva, para alcanzar un determinado fin que puede ser material o conceptual”.

²³² El Derecho constitucional “es el punto de intersección entre la Política y el Derecho, por lo que se refiere a su posición en el ordenamiento jurídico. El Derecho constitucional arranca de la Política y acaba en la Política (. . .) esto es lo que singulariza la posición del Derecho constitucional como Derecho y lo diferencia esencialmente de todas las restantes ramas del Derecho. El Derecho constitucional es un Derecho Político en el sentido de que es un Derecho para la Política, un derecho para la ordenación de un proceso a través del cual la sociedad se autodirige políticamente; esto es, adopta las medidas necesarias para adaptarse al cambio y, si puede, para anticiparlo y promoverlo. Aquí es donde radican todas las diferencias que separan al Derecho constitucional de las demás ramas del Derecho, tanto en su naturaleza como en su forma de manifestación externa”. Continúa diciendo: “ el Derecho Constitucional se diferencia de las demás ramas del derecho en que es un *Derecho de mínimos*, mientras que las demás son *Derechos de máximos*. (...) Y en esto consiste el Derecho constitucional: en la fijación de los límites para el enfrentamiento electoral y parlamentario. Hay unos mínimos indisponibles para los agentes políticos. En el enfrentamiento no vale todo. Hay que respetar unas reglas mínimas en el juego político. Tales reglas mínimas son el Derecho Constitucional. Tales reglas mínimas son de tres clases:

1. Las que fijan los valores esenciales de la cultura política y jurídica del mundo civilizado, los derechos individuales y las libertades públicas, intocables para los agentes políticos en el proceso electoral o parlamentario.

2. Las que fijan las reglas de procedimiento a través de las cuales se debe impedir la falsificación o manipulación de la manifestación de voluntad del Cuerpo Electoral, y se debe imponer a los órganos constitucionales el procedimiento para que su manifestación de voluntad sea externamente reconocible como manifestación de la voluntad del Estado.

3. Las que fijan las garantías de las dos primeras, esto es, las garantías constitucionales: Reforma de la Constitución y Justicia Constitucional, mediante las cuales el Tribunal constitucional controla si en la ejecución de la sentencia dictada en su día por el Cuerpo Electoral el Parlamento se ha mantenido o no dentro de los límites constitucionales: materiales o procedimentales.

A esto se reduce en esencia el Derecho Constitucional. “ PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 58-61.

indeterminados muy superior a la de otras normas. Si lo anterior suena frío y juricista, puede verse de otro modo, impregnado de valores e ideología: el jurista constitucional ha de manejar, articular, integrar y descubrir el sentido y alcance jurídico de conceptos tan cargados de valores e ideología como “libertad”, “dignidad”, “democracia” “igualdad”, “pluralismo”, “justicia”, derechos no definidos previamente, “soberanía del pueblo”, “nación”, “seguridad”, “orden público”, y un largo etc.

Sentado lo anterior, hay que insistir en la idea de que los constitucionalistas no son los únicos que han de enfrentarse a las dificultades del contraste del Derecho con la realidad y los problemas metodológicos. Y es que con todas estas particularidades –bien importantes- los problemas del Derecho constitucional por cuanto al método y la conexión con la realidad no son tan distintos a los del Derecho en general. Detrás de toda norma hay una voluntad política, detrás de toda norma hay una realidad social, política, económica, axiológica etc. que la ha conformado, y del lado inverso, toda norma intenta conformar la realidad (la normalidad en términos de Heller). Y es esa misma realidad la que orienta a todo jurista a ejercitar su Ciencia. Asimismo, todas las disciplinas jurídicas han de lidiar con una multiplicidad de conceptos jurídicos indeterminados, si bien, contando con el apoyo de otras normas para intentar llevar a cabo la concretización.

1. LA FUNCIÓN DEL JURISTA ANTE UN DERECHO QUE NO ES UN FIN EN SÍ MISMO

Diría Weber que:

“La tarea de la ciencia jurídica (de un modo más preciso, la jurídico-dogmática) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres, demarcado de alguna manera; es decir, en investigar las situaciones de hecho subsumidas en esos preceptos y el modo de su subsunción.” “determinar el sentido lógico de los preceptos singulares de todas clases, para ordenarlos en un sistema lógico sin contradicción. Este sistema constituye el “orden jurídico” en el sentido jurídico de la palabra.”²³³

Creo que en líneas generales puede coincidir en lo anterior. Al jurista corresponde determinar el sentido de los preceptos, y en general a la Sociología del Derecho analizar los efectos que la aplicación del Derecho produce en la realidad social. Pero la realidad y su estudio científico a través de la Ciencia política, la Sociología (por citar dos disciplinas básicas singularmente afines al Derecho constitucional) es un elemento del que se ha de valer el jurista para determinar el “recto” sentido de los preceptos que es su tarea, puesto que esta labor en modo alguno consiste en una ecuación matemática. Más tarde se volverá sobre la necesidad de acudir a estas ciencias para desempeñar la buena labor como juristas.

Interesa ahora aproximarse someramente a lo que es el Derecho y su método. En este sentido afirmaré Nieto que:

²³³ WEBER, *Economía y sociedad*...cit. pág. 251.

“[después de] 47 años dedicado al derecho, viviendo en él y para él (y, por supuesto, de él). Desde el primer día he estado preocupado por esta cuestión y, sin embargo, no sé lo que es el Derecho. ¿Cabe mayor paradoja? Oficiar cada mañana en las aulas una ceremonia cuasi religiosa sin un dios conocido; invocar en los Tribunales un espíritu superior no identificado; caminar por los pasillos de la Administración con un cirio apagado en la mano. ” “¿Qué hay detrás de esa palabra que todos tienen en los labios y muy pocos en el corazón? ¿Cómo es posible que nadie haya acertado hasta ahora con lo que constituye el nervio de una cultura, la latina, varias veces milenaria?”²³⁴

Ramón-Fernández, en esta misma línea le confesaría que:

“Yo tampoco sé muy bien lo que es el Derecho y el afán de averiguarlo es, justamente, lo que me motiva todavía y me hace persistir, después de tantos años, en el empeño de seguir reflexionando sobre ello, más allá del trabajo cotidiano, que es sólo eso, puro trabajo. Alguien ha dicho que el Derecho es para los juristas como la electricidad para los técnicos. Sabemos manejarlo con soltura y obtener de él –para nosotros, p. 20 por supuesto, pero también para los demás- una innegable utilidad, pero no sabemos a ciencia cierta en qué consiste. ”²³⁵

Si estos dos gigantes del Derecho público español confiesan que no saben lo que es el Derecho no será en esta memoria donde se halle una respuesta, pero sí –se pretende una reflexión útil sobre el particular. Y se coincide con el espíritu de estos dos autores por cuanto no se observa al Derecho como un *becerro dorado* al que adorar y al jurista como custodio de este Derecho como Dios. El Derecho es esa electricidad que, sin saber bien qué es, podemos coincidir que *sirve* para ordenar la sociedad y articular la paz social²³⁶. Y ello lo hará en nombre de una Justicia que se corresponderá con la idea prevalente de la misma en una sociedad concreta, completamente nutrida de valores e ideología, pero articulada de un modo particular, por medio de normas que arrastran siglos de racionalización de conceptos y categorías y una forma, el Derecho mismo, que repudia la arbitrariedad. Y al jurista, lejos de buscar verdades últimas *imposibles* para las ciencias sociales, le corresponde manejar correctamente esta electricidad que es el Derecho.

Se sigue pues, una perspectiva particular, bastante próxima a Hume por su escepticismo o a Heller, considerando que bien vale lo que dice de la Teoría del Estado para todo el Derecho:

“Es de gran importancia que nos percatemos de la absoluta imposibilidad radical e incluso del contrasentido que supone un sistema racional de la Teoría del Estado. Tal sistema es, únicamente, aplicable en las Matemáticas y en la Lógica formal porque estas ciencias del pensar podrán, tan solo con formas conceptuales “puras”²³⁷

²³⁴ Así, Alejandro Nieto en *El Derecho y el revés*, cit. pág. 10.

²³⁵ *Ibidem*, pág. 19.

²³⁶ Sobre el tema me remito al apartado de mi Tesis Doctoral, Libro I, Cap. I, III. Poder, paz y fuerza en el Derecho, aptdo. A) Derecho y paz: la paz y la convivencia implícitas en el Derecho.

²³⁷ HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, cit. , pág. 45.

Todo ello lleva a desdramatizar a quien suscribe muchas de las cuestiones que pueden enfrentarse como irresolubles. El Derecho no es una verdad revelada que corresponde expresar a los juristas, el Derecho –sobre todo en una sociedad democrática- se *logra* en un proceso de interacción constante, de diálogo en el cual, sin perjuicio de la mayor importancia de unos sujetos sobre otros, participamos todos²³⁸. Y a los juristas desde la Universidad les corresponde un papel muy importante en este diálogo y cuentan con la suerte de no tener la responsabilidad de decidir oficialmente lo que es el Derecho.

2. LA HERRAMIENTA DEL JURISTA ES LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ANTE UN DERECHO QUE NO ADMITE BLANCOS Y NEGROS

La herramienta básica para llevar a cabo el antedicho diálogo jurídico no es otra que la razón, la argumentación, y en concreto la argumentación jurídica. El Derecho positivo dista mucho de ser la “recta razón” como tradicionalmente se ha considerado al Derecho, en el sentido de que es posible apoderarse o erigirse en razón, pero al jurista sí que debe exigirse la razón en su argumentación. En la caja de herramientas de este electricista que es el jurista, éste será el único elemento imprescindible. En esta línea, me sumo a las palabras de Ramón-Fernández cuando afirma:

“el Derecho no dejará de ser un esfuerzo, individual y colectivo, permanente de razonamiento y de argumentación para justificar conductas, para buscar soluciones capaces de asegurar la convivencia en paz, soluciones que sólo podrán encontrarse persuadiendo al “otro” y, en general, a “los demás”, a la mayoría, argumentando convincentemente sobre los problemas y los conflictos cotidianos, participando en un diálogo continuo que no admite desmayo ni abandono cualesquiera que sean los obstáculos y las dificultades que puedan encontrarse en el camino, porque la vida sigue y en su constante discurrir plantea y planteará siempre retos nuevos que dejarán atrás las soluciones ya encontradas, que ni tienen ni tendrán nunca respuesta satisfactoria en ninguna de las teorías abstractas disponibles. ”

“Mi fe en el Derecho no es una fe ciega en un nuevo dogma, en un nuevo ídolo, en un “santo de palo cubierto de pintura dorada”...Es la fe en la capacidad del ser humano de buscar y encontrar razones y de exigencias a los demás, la fe en la superioridad de la confrontación de razones con razones sobre cualquier otra forma posible o pensable de convivencia. ”²³⁹

El jurista para “descubrir” el sentido de las normas cuenta con una ventaja que quizá lo distancia de todas las demás ciencias sociales y humanas, cuenta con una historia de muchos siglos que le ha permitido asentar todo un acerbo conceptual y

²³⁸ Tomás Ramón-Fernández, en *El Derecho y el revés*, cit. pág. 26.

“El Derecho no es una verdad revelada; no se descubre de pronto en virtud de iluminación alguna, se *logra* con esfuerzo y con esfuerzo colectivo, a partir de una interacción constante de todos los individuos que componen el cuerpo social, que, por lo demás, cambia cada día, porque cada día desaparecen muchos de sus miembros y se incorporan a él otros distintos. “

En este sentido, especialmente insiste, como se vio, Häberle.

²³⁹ Así, *ibidem*, pág. 58 y pág. 262, respectivamente. .

racional que, sin pueda ni deba alcanzar la precisión de las ciencias exactas, le permite afrontar la realidad con una clara superioridad respecto de las ciencias sociales. No se cuenta con reglas de cálculo ni con reglas matemáticas, sino con argumentos que extraemos de las fuentes normativas y de categorías intelectuales elaboradas por los juristas a lo largo del tiempo, que nos permiten circular por los laberintos de la realidad social y vehicular los fines del Derecho²⁴⁰. Considero que es deber de todo jurista aprender y conocer las categorías jurídicas básicas propias a su especialidad para saber manejarlas. Ahora bien, este deber comprende también en el de esforzarse por captar cuál es su sentido y el papel que han desempeñado en la historia referidas categorías. Así, por ejemplo en nuestra disciplina, resulta esencial el manejo de categorías como las de institución, garantía institucional, derecho fundamental-libertad pública, proporcionalidad, necesidad, razonabilidad, bien y valor constitucional, contenido esencial, limitación-delimitación de un derecho o libertad, y un largo etcétera. Sin el conocimiento de éstas y otras categorías será más que difícil el acometido de interpretar las normas constitucionales.

Por cuanto a éstas, las normas –y en especial las constitucionales- antes que considerarlas como “dogma” en el sentido ya superado del positivismo formalista, considero que cabe entenderlas como directrices impuestas, la materia prima con la que el jurista puede ponerse a trabajar, a “hacer Derecho”. Y este trabajo será flexible y variado como lo somos los mismos seres humanos, más tendrá una condición que viene impuesta a todo jurista, la vehiculación por medio de la razón²⁴¹. Creo que puede valer el siguiente ejemplo que nos brinda, de nuevo, Ramón-Fernández:

“Las leyes están en el Boletín Oficial del Estado como los alimentos en un supermercado. El juez [todo operador jurídico] va recogiendo de los estantes y escoge los productos enlatados empaquetados, que con su abstracción pueden valer para muchas cosas. Luego, en la cocina de su casa, se prepara el plato concreto y de las múltiples posibilidades que ofrece el arroz termina obteniendo una paella o un arroz negro o un arroz a la cubana. Eso es lo que se come -lo ya aderezado- y no los duros granos del paquete. Vistas así las cosas, ni que decir tiene que las colecciones de jurisprudencia sirven como libros recetarios para uso de jueces de poca imaginación o demasiado cómodos e insensibles para crear sus propias fórmulas.”²⁴²

Es bien posible que al final de este trabajo, de este “hacer Derecho” el texto normativo resulte irrecognoscible, pero al menos resultará manejable²⁴³.

Ciertamente no he tenido la ocasión –y ciertamente el deseo- de leer alguno de los comentarios legislativos de la pandectística alemana del siglo XIX. No obstante, no logro imaginar cómo podía descubrirse el sentido de las normas (“dogmas”) a partir del examen semántico y jurídico de los textos y de ello resultase algo completamente ajeno a

²⁴⁰ *Ibidem*, pág. 23:

“los abogados no trabajamos con regla de cálculo, ni con fórmulas matemáticas, sino con argumentos. Argumentos legales, es decir extraídos de las leyes, de algunas de las muchas leyes de diverso origen, diferente objeto, distinta época, etc. etc. , que forman parte de eso que tú llamas los “montones de derechos”...argumentos técnicos, extraídos de categorías intelectuales elaboradas por los juristas a lo largo del tiempo justamente para poner un cierto orden en aquellos “montones” y encontrar un hilo conductor que les permita circular por el “laberinto” del que hablas y salir de él”.

²⁴¹ *Ibidem*, págs. 126-127.

²⁴² *Ibidem*, pág. 161.

²⁴³ *Idem*.

la realidad y valores sociales. Pese a la precisión del lenguaje jurídico, la “textura abierta” que caracteriza al lenguaje y en especial el jurídico, que necesita de conceptos indeterminados para subsistir, las normas exigen de la interpretación y la interpretación es una actividad por definición subjetiva, sin perjuicio que deba llevarse a cabo con ánimo de objetividad. Y es que como dice Nieto, “Las leyes son como los alimentos y las medicinas, que sólo alcanzan valor cuando han entrado en el cuerpo.”²⁴⁴

El lenguaje y el Derecho son “borrosos”, la estructura de las normas clásica y positivista de carácter binario (A/ no A, blanco/negro) es sólo una ficción que nos debe obligar, o recordar, la necesidad de llevar a cabo la subjetiva labor jurídica con objetividad. Quizá sea más recurrente seguir *creyendo* en esta lógica, o, quizá, como en nuestra disciplina Bastida ha defendido resulta mejor concebir directamente el ordenamiento jurídico como “sistema borroso” formado por conjuntos de “reglas borrosas”²⁴⁵, bajo “una lógica que se basa en la idea de que todo cuestión de grado, incluso la verdad”²⁴⁶. Así, “La Constitución es un conjunto de grises que tras una interpretación sistemática se le “reconoce” un valor blanco de cara a las normas inferiores (y a la propia reforma de la Constitución), pero la pertenencia de éstas al ordenamiento no se mide por su blancura extrema, sino más bien por su no alejamiento irrecuperable del blanco constitucional.”²⁴⁷

²⁴⁴ Así Alejandro Nieto, en esta obra, pág. 246.

²⁴⁵ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. , “La soberanía borrosa: la democracia”, cit. págs. 381 y ss. Recuerda este autor que “en la tesis que aquí se va a mantener subyace una concepción general del derecho que se aparta de un positivismo basado en la clásica lógica aristotélica de raíz binaria (A/no A), para fundamentarse en una lógica “borrosa” de la teoría de conjuntos, de acuerdo con la cual los conjuntos son borrosos y la adscripción a los mismos es una cuestión de grado. El ordenamiento jurídico se entendería así, como un sistema “borroso”, formado por conjuntos de reglas borrosas. “ Las reglas borrosas, con conjuntos de reglas borrosas no en la dualidad de afirmativo/negativo, sino que es asunto de, mayor o menor correspondencia o afinidad (págs. 382-383). La respuesta del sistema se traduce en un “promedio ponderado borroso”, que consiste en el punto de equilibrio resultante de relacionar las intensidades manifestada, respectivamente, por cada una de las reglas activadas. De esta forma se elimina (se reduce al máximo, para ser más exactos) la borrosidad”. En la teoría clásica el derecho se rige por binarias validez/no validez, aplicable/no aplicable, blanco y negro, pero en teoría borrosa se trataría de negro y blanco como extremos de una línea gris, conjunto borroso, así sitúa como ejemplos de conjuntos jurídicos borrosos conceptos jurídicos de eficacia, igualdad, intimidad, información, domicilio, bases, desarrollo legislativo, etc. “ Entre la declaración de inconstitucionalidad y la de constitucionalidad hay la gama de grises de “la constitucionalidad por ausencia de una manifiesta infidelidad jurídica a la norma fundamental”. Además, donde hoy no se aprecia infidelidad, mañana puede que sí. “ (pág. 384).

Respecto de la utilidad de la teoría borrosa, Bastida señala “que no es preciso un lenguaje matemático para explicar el funcionamiento de un sistema, ya que el instrumento de computación son palabras, no números. Las palabras encierran una borrosidad susceptible de matiz y gradación y las reglas que surgen de relacionar un conjunto borroso con otros no son fruto de una lógica matemática, sino del sentido común, y el sentido común es vago y borroso, o sea, opera con una lógica borrosa. “ (pág. 385).

Por cuanto a la jurisprudencia afirma que “La necesidad de motivar las sentencias obliga a reducir la borrosidad a base de elaborar muchas reglas borrosas, muchos pedazos de ese sentido común, de manera que cuantas más haya y se activen, el resultado (promedio ponderado borroso) será más preciso y más ajustado. “ (*idem*). Igualmente recuerda que la borrosidad no sólo afecta a la jurisprudencia, sino a lo que es o no constitucional, y también a lo que es o no ordenamiento jurídico, “es decir, a saber *en virtud de qué y cuándo* un ordenamiento es ordenamiento” “¿Cuándo un ordenamiento jurídico deja de estar vigente por falta de eficacia) o cuando las normas tienen la eficacia suficientes para tener carácter jurídico, estas reglas se han de expresar en términos de borrosidad” (págs. 386-387).

Sobre el tema, Bastida remite en general a B. Kosko, *El pensamiento borroso*, Grijalbo, Barcelona, 1995.

²⁴⁶ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. , “La soberanía borrosa: la democracia”, cit. pág. 382.

²⁴⁷ *Ibidem*, pág. 383.

Así concebido el Derecho, no puede imputarse tan ajeno al mismo formalismo kelseniano cuando consideraba que los actos particulares como las sentencias o los actos administrativos no eran más que normas concretizadas por medio de la fijación del sentido del Derecho a través de la larga cadena jerárquica que la Constitución preside.

No seré yo quien defienda que las normas constitucionales son normas con carácter de principios, a diferencia de las reglas²⁴⁸, lo cual podría llevar a una relativización del carácter normativo de la Constitución. Pero es que esta escisión ya clásica entre principios y reglas no es sino una forma de expresar la borrosidad de las prescripciones jurídicas que se da con mayor intensidad en las normas constitucionales²⁴⁹.

Los informes de “especialistas” o las demandas de los abogados son contradictorias, todo informe se pide para fundamentar una posición preconcebida como todo cliente va a su abogado a defender su interés, pero unos y otros pueden encerrar un buen ejercicio del Derecho. Incluso no debe extrañarnos –amén de los errores, siempre humanos- actos administrativos o sentencias contradictorias sin contener errores de aplicación normativa o argumentativa. No es extraño al buen hacer del Derecho, partiendo del texto de las normas y bajo la herramienta básica de la argumentación, encontrar resoluciones o pareceres contrarios. Es precisamente esta borrosidad la que permite hacerlo, es esta borrosidad la que hace del Derecho un continuo diálogo. Si los juristas fuesen fotógrafos que con las normas hubiesen de retratar objetos, es muy posible que no hubieran dos fotos iguales del mismo objeto, pero también es posible que superponiendo todas las fotografías obtenidas, lográramos descubrir el objeto aunque éste mostrara sus perfiles borrosos.

3. SER JURISTA NO IMPLICA SER UN “FORMALISTA” PERO TAMPOCO UN “CHARLATÁN”. LA APUESTA POR UN INSTITUCIONALISMO POSITIVIZADO Y LA CONEXIÓN JURÍDICA DEL DERECHO CON LA REALIDAD

La labor del jurista consiste, según lo expuesto, no en una tarea taumatúrgica que conduzca ineludiblemente al hallazgo de la solución perfecta en términos de certeza del Derecho, pero sí de una actitud científica que propenda a alcanzar siempre la solución

²⁴⁸ Al respecto del diferente alcance de una norma ya como regla ya como principio ver, ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993, en general todo el Capítulo tercero (“La estructura de las normas de derecho fundamental”, págs. 81-170) y en particular ver las págs. 82-87, las afirmaciones concretas se contienen en las págs. 85-86.

Se sigue también la distinción entre reglas y principios efectuada por ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, (2ª ed. 1997), págs. 109 y ss. No obstante, ello no supone admitir la desnaturalización que, a mi juicio, efectúa este autor del carácter normativo de la Constitución.

²⁴⁹ En un reciente estudio RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, págs. 39-47 nos ha recordado que siguiendo esta construcción (reglas-principios) se llega a que “hay principios, hay reglas, hay normas que son predominantemente principios y normas que son predominantemente reglas, etc. En una palabra, no hay una diferencia cualitativa entre principios y reglas. “, pág. 47. (Ver el epígrafe “Una construcción dogmática sobre la estructura de las normas que sirve de soporte a la ponderación: principios y reglas, programas finales y programas condicionales, ponderación y subsunción.”

más correcta con objeto de mantener una línea de seguridad jurídica que tienda constantemente a una corrección análoga²⁵⁰.

La técnica jurídica, por lo demás variable, establece una malla por la que puede pasar el subjetivismo, pero cuanto más tupida y consistente, menos brinda esta oportunidad, “la única objetividad posible en Derecho es la objetividad de la técnica jurídica. Fuera de ella o al margen de ella, todo es puro decisionismo, gratificante cuando coincide con los propios intereses, pero insoportable de caso contrario.”²⁵¹

Y esta técnica es bien difícil determinarla, pues la pluralidad hace imposible, e incluso poco aconsejable optar por las diversas corrientes metodológicas que en no pocos casos no hacen más que esconder tras de sí una ideología o interés, pero en todo caso, deben llevar por baluarte la razón, “se hace camino al andar y Derecho al razonar”²⁵². Más allá de la razón y las categorías que el acerbo histórico ha deparado y el texto de las normas y la jurisprudencia, el jurista tiene que resignarse a la incertidumbre de que nunca va a encontrar la verdad, ni es su oficio hacerlo. El jurista que no domine la técnica, el razonamiento jurídico, como dice Nieto, es un “charlatán”²⁵³.

²⁵⁰ CALVO GARCIA, M. : *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 11: “Se ha dicho que el ideal de seguridad jurídica y el mito de la certeza del derecho han estado siempre presentes en el desarrollo de la ciencia jurídica moderna y que este anhelo de seguridad jurídica conduce a la suposición básica de que sólo puede haber *una única solución correcta* para cualquier caso sobre el que se haya de decidir jurídicamente. Sin embargo, la certeza del derecho es una hipótesis teórica de difícil demostración. El ideal de seguridad parece responder más a una cierta pretensión ideológica que a posibilidades hermenéuticas reales. Lo mismo ocurre con el formalismo jurídico”.

²⁵¹ Tomás Ramón-Fernández, en *El derecho y el revés...*cit. pág. 134.

²⁵² Así intitula Tomás Ramón-Fernández la Carta nº 17, pág. 253 y ss. “Se hace camino al andar y derecho al razonar”.

²⁵³ Nieto en la ardua discusión en la que él es mucho más escéptico sobre el alcance de la técnica jurídica, me permito resumir mi pensamiento en las siguientes afirmaciones 188 me permito resumir mi pensamiento en las siguientes afirmaciones

“1º. La técnica jurídica es una herramienta imprescindible para todo jurista; pero no hay que sobrevalorar su importancia.

2ª. Al “juez justo” tradicional ha venido a sustituir hoy, como ideal, el “juez técnico”, es decir, el que sabe buscar soluciones y fundamentarlas en Derecho; pero esto no autoriza a desconocer la segunda, y no menos importante, calidad del juez –la intuición o percepción de la justicia del caso–, ya que de la misma manera que la justicia sin técnica legal se convierte en arbitrariedad, la técnica sin intuición y sin justicia es un fraude formal.

3ª. El abogado que no domine la técnica de su oficio es un charlatán; pero a sus conocimientos técnicos ha de añadir inexcusablemente una enorme dosis de habilidad y de experiencia, tan importantes como aquéllos.

4ª. No hay modo de “hacer” Derecho –de crearlo, de comprenderlo, de enseñarlo o de practicarlo– sin una técnica adecuada. El Derecho entendido, no ya como ordenamiento normativo, sino como una institución social, se expresa a través de una técnica.

5ª. La técnica jurídica no es neutral y abstracta sino servicial o instrumental y concreta. La afirmación de su neutralidad es ideología.

6ª. La buena técnica es el mejor medio de resolver los conflictos y de hacer que progrese la justicia; pero también puede ponerse al servicio de la involución y de la injusticia. “

Así, considera que él y Tomás Ramón están de acuerdo en tales puntos, si bien, cree discrepar en los siguientes:

“7ª. Mientras que tú crees que hay siempre una técnica correcta (o la mejor entre varias posibles), yo sostengo que (casi) siempre caben varias soluciones y que, en el supuesto de que sólo existiera una, no hay medio de demostrarlo al no tratarse de una realidad objetiva.

8ª. Salvo en los supuesto de extraordinaria torpeza, las técnicas (o, más propiamente, su aplicación) no deben evaluarse con criterios de corrección sino de utilidad. Y, en fin, aunque probablemente esto no sea lo más importante:

No es momento ahora de señalar las técnicas jurídicas que la comunidad jurídica y en concreto la constitucional ha ido perfilando, me remito para ello a las obras que he tenido la ocasión de manejar²⁵⁴. Considero, en todo caso, que los estudios citados u otros del mismo relieve son siempre necesarios para que el jurista descubra en qué estriba el razonamiento jurídico y más en concreto las bases para toda interpretación constitucional. El conocimiento de las categorías y técnicas empleadas no obliga en modo alguno al jurista, pero sin la captación de las mismas considero que no se puede hacer Derecho y menos en nuestra particular disciplina. El jurista que quiera entrar en el diálogo, por ser jurista habrá de *jugar* con estas técnicas y categorías y por ello no debe, a mi juicio, ser nunca tachado de “formalismo”.

El manejo de las mismas para hacer Ciencia del Derecho, esto es, descubrir el recto sentido de los preceptos normativos en la palabras de Weber, no supone caer en formalismo alguno. Ya se ha dedicado buena atención a la superación del formalismo en particular respecto del Derecho constitucional. Sobre ello, únicamente me cabe reiterar que en otros estudios he tenido la ocasión de abordar con profundidad la necesidad de adoptar una posición intermedia entre el formalismo estructuralista y un institucionalismo radical que amenaza con disolver el Derecho²⁵⁵.

9ª. Tú crees que con una buena técnica se pueden resolver (casi) todos los conflictos y aclararse (casi) todas las confusiones, mientras que yo sostengo que tan felices resultados son más bien escasos. “

²⁵⁴ Me permito referir a continuación los estudios que me han resultado particularmente útiles:

En general, sobre la interpretación jurídica, por todos, BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*. Fernando Torres Editor, Valencia, 1980 y *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991; BETTI, Emilio, *La interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Ed. Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1963 y LARENZ, Karl, *Metodología en la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1978. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, “El indeterminado concepto de los “conceptos indeterminados”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 56, 2000, págs. 145-162.

De particular interés para el Derecho constitucional: ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993; FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y Derechos Fundamentales. I- Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992; FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Una aproximación al método de interpretación constitucional”, en Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 4, 1993, págs. 37-50; ALVAREZ GARCÍA, Vicente, *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996; AA. VV. *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, nº 5, diciembre de 1998, monográfico dedicado al principio de proporcionalidad; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2000; PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, (2ª ed.), Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 127-147.

Por cuanto al ámbito de los derechos fundamentales me han resultado particularmente útiles las obras siguientes: SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; DE OTTO Y PARDO, Ignacio, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53. 1 de la Constitución”, en MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, págs. 95-170; PRIETO SANCHIS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate, Madrid, 1990; MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996; FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, nº 11-12, págs. 97-115.

El repertorio bibliográfico más extenso sobre metodología jurídica y conceptos jurídicos indeterminados que conozco lo elaboró el INAP en septiembre de 2001 con motivo del VII Congreso Internacional de Metodología Jurídica, 20-21 de septiembre, al cual tuve la ocasión de asistir.

²⁵⁵ El mayor esfuerzo se debe a BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, cit. , págs. 22 y ss. Dicho autor viene a *conciliar* a la institución con el Derecho, pues afirma que *es preciso que el Derecho determine previamente los fines de la organización y, cuanto menos, los principios para lograr aquéllos*.

A mi juicio, y esta es la perspectiva que he intentado aplicar a mis estudios, la realidad política y social es un elemento del todo valioso para el jurista. De hecho, he tenido la ocasión de enfocar mi formación con cierta interdisciplinariedad con la licenciatura de Ciencia política así como con numerosas lecturas relativas a ámbitos tradicionalmente abordados desde la Sociología y la Ciencia política, como lo es lo relativo a las Fuerzas Armadas y lo que suele denominarse como cultura política; últimamente algo semejante sucede con lo relativo a la denominada reforma del Estado o reinvencción del Gobierno, así como todo el proceso de la “electronificación” de la Administración.

El jurista debe conocer la realidad sobre la que el Derecho pretende desplegar su fuerza normativa, de este modo conocerá la fuerza u organización social que conforma el Derecho en términos de Santi Romano, la normalidad en términos de Heller. Asimismo, el conocimiento de la realidad sirve para fijar el objetivo de la atención jurídica allí donde radican particulares problemas que el Derecho puede resolver o intentar resolver desde la parcela que le es propia. En este sentido, la realidad, y en Derecho constitucional particularmente la realidad política y social descrita y analizada por la Ciencia política y la Sociología figuran como elementos básicos previos a la atención jurídica.

Igualmente, el descubrimiento del sentido de la norma jurídica no permanece aislado de la realidad. La normalidad y la normatividad no pueden permanecer absolutamente distanciadas, puesto que de ser así, el Derecho no puede desplegar su fuerza normativa. En este sentido las disciplinas de la Ciencia política o la Sociología (repito, por ser las más próximas del objeto del Derecho constitucional, pero no únicas) pueden servir de medios adecuados para descubrir a dónde conducen las corrientes de la normalidad, de la práctica y las propuestas que se formulan desde perspectivas más amplias no vinculadas a lo jurídico. A partir de ahí, cabe recordar que la teleología no es en modo alguno extraña a la interpretación jurídica, como tampoco la adecuación al contexto social.

Igualmente, la apertura propia al lenguaje normativo y agravada en el caso del Derecho constitucional lleva a que a través de los conceptos jurídicos indeterminados se introduzcan buenas dosis de realidad que deben ser valoradas bajo la argumentación jurídica. Baste por ejemplo citar la necesidad y la proporcionalidad a la que parecen reducirse al fin y al cabo muchas de las cuestiones constitucionales, en particular en lo relativo a los derechos fundamentales. Bajo parámetros racionales establecidos por el acervo jurídico, la decisión última sobre el sentido de la norma se nutre de toda una serie de elementos de la realidad y bajo el influjo del conocimiento de disciplinas afines como las indicadas, la decisión puede alcanzar mayores visos de objetividad.

Estas determinaciones, a decir de Bobbio, sólo pueden realizarse a través de reglas; *la dotación de estas reglas se realiza previa o conjuntamente con el proceso de institucionalización*. Como consecuencia de estas consideraciones, la teoría normativa sale reforzada con la institución, “pues es siempre la producción de reglas el fenómeno originario, aunque no exclusivo, para la constitución de una institución. “ (cfr. pág. 23.). El estudio al que hago referencia es el ya citado, COTINO HUESO, Lorenzo, “La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución... cit.

4. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Nuestro Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que “el respeto de la Constitución que el art. 9 de la misma impone a todos los Poderes Públicos hace necesario que una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sólo sea pensable cuando existe ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales” (SSTC 72/1984, de 14 de junio, FJ 6, y 215/2000, de 18 de septiembre, FJ 6). Y también reiteradamente ha declarado que “la importancia de la interpretación sistemática, consecuencia del principio de unidad de la Constitución —STC 179/1994, de 16 de junio, FJ 5—, pues ésta es un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3)” (STC 16/2003, de 30 de enero, FJ 5).

SEGUNDO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

I) Aproximación al Tribunal Constitucional español

1. BREVE REFERENCIA GENÉRICA AL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA

El Poder Judicial

La Constitución española de 1978 regula el Poder Judicial en su Título VI (arts. 117-127) bajo los principios de independencia, sometimiento a la ley y unidad jurisdiccional lo que implica la existencia de una única jurisdicción estatal (ordinaria) aunque funcionalmente dividida en órdenes jurisdiccionales (penal, civil, social, contencioso-administrativo), siendo esta unidad jurisdiccional compatible con las jurisdicciones especiales creadas por las leyes (militar, constitucional, contable) pero no con los Tribunales de excepción, de tal manera que la potestad jurisdiccional corresponde a los tribunales previamente determinados por las leyes según sus normas de competencia y procedimiento.

El Tribunal Supremo (art. 123) es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo, social y militar), salvo en materia de garantías constitucionales (que son competencia del Tribunal Constitucional) existiendo órganos jurisdiccionales colegiados de ámbito nacional, autonómico y provincial y órganos unipersonales de ámbito nacional, provincial y local.

La independencia del Poder Judicial se garantiza desde el punto de vista funcional mediante el estatuto de los jueces y magistrados (inamovilidad, incompatibilidades y prohibiciones, arts. 117.2 y 127 CE) y desde el punto de vista orgánico por la atribución de las facultades de gobierno del Poder Judicial a un órgano constitucional, el Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE), formado por el Presidente del Tribunal Supremo y 20 miembros elegidos por mayoría de 3/5 por las Cortes Generales (12 entre jueces y magistrados por un sistema de triple lista a propuesta de las asociaciones de jueces y 8 entre abogados y juristas de reconocida competencia) y al que corresponde el gobierno del Poder Judicial (inspección, selección, nombramientos, ascensos y régimen disciplinario de los jueces y presentación de una memoria anual a las Cortes) y los nombramientos de otros altos cargos (propone 2 magistrados del Tribunal Constitucional y debe ser oído para nombrar el Fiscal General del Estado)

El Tribunal Constitucional

El carácter normativo de la Constitución española exige la existencia de un mecanismo de control de constitucionalidad, habiéndose optado en el Título IX CE (arts. 159-165)

por un Tribunal Constitucional como órgano jurisdiccional especial con jurisdicción en todo el territorio español (sistema de jurisdicción concentrada).

El Tribunal Constitucional español se compone de 12 miembros nombrados por el Rey entre juristas de reconocida competencia, a propuesta del Congreso de los Diputados y del Senado por mayoría de 3/5, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, con un mandato de 9 años renovables por terceras partes cada tres

Como intérprete supremo de la Constitución, su interpretación se impone con carácter vinculante y tiene competencias de control de constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley (mediante el recurso directo de inconstitucionalidad, la cuestión indirecta de inconstitucionalidad que pueden plantear los jueces ordinarios y la declaración previa de constitucionalidad de los tratados internacionales), de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas (mediante el recurso de amparo) y de resolución de los conflictos constitucionales de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las Comunidades Autónomas entre si, los órganos constitucionales del Estado y la autonomía local de municipios y provincias y el Estado o las Comunidades Autónomas.

El Tribunal se organiza en el Pleno, dos Salas y cuatro Secciones y sus sentencias se publican en el Boletín Oficial del Estado y tienen valor de cosa juzgada y plenos efectos frente a todos. Para resolver los procedimientos de control de constitucionalidad, el Tribunal tiene que aplicar el denominado bloque de la constitucionalidad que forma el parámetro o canon de la constitucionalidad (esto es, el conjunto de normas que, junto con la CE, deben ser tomadas en consideración por el Tribunal para apreciar la conformidad o disconformidad con la CE de una ley) estando integrado por las leyes que delimitan las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas que regulan o armonizan el ejercicio de las competencias de éstas (Estatutos de Autonomía, leyes del art. 150) y también las normas sobre procedimiento legislativo de los Reglamentos parlamentarios.

2. COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El sistema de competencias atribuidas en la actualidad al Tribunal Constitucional es el siguiente:

a) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley, sean del Estado o de las Comunidades autónomas. Este control se realiza a través del recurso de inconstitucionalidad y de la cuestión de inconstitucionalidad. El primero es un recurso directo y abstracto, promovido por el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados o Senadores y los Gobiernos y Parlamentos autonómicos. De todos ellos conoce el Pleno del Tribunal.

b) Conflictos constitucionales. Bien entre el Estado y una o más Comunidades Autónomas o de dos o más Comunidades Autónomas entre sí; bien entre órganos constitucionales del Estado. Los primeros pueden ser positivos o negativos; aquéllos tienen por objeto normas sin rango de ley que son expresión de una controversia entre el Gobierno de la Nación y los Ejecutivos autonómicos sobre la distribución constitucional y estatutaria de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas; pueden plantearlos los Ejecutivos estatal y autonómicos. Con los conflictos

negativos se trata de resolver la titularidad de una competencia respecto de la que ninguno de los órganos requeridos se estima competente, y puede ser promovido por particulares y por el Gobierno de la Nación. Los conflictos entre órganos constitucionales pueden enfrentar al Gobierno de la Nación, al Congreso de los Diputados, al Senado y al Consejo General del Poder Judicial entre sí, y tienen por objeto la definición de sus respectivas atribuciones competenciales.

c) Conflicto en defensa de la autonomía local, promovido por municipios y provincias con ocasión de leyes o normas con rango de ley, estatales o autonómicas, que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

d) Control previo de constitucionalidad de Tratados internacionales, a requerimiento de Gobierno, del Congreso o del Senado. Se trata de un procedimiento en el que se pretende evitar la integración en el Derecho español de normas internacionales contrarias a la Constitución. Se han dado dos casos en los que se hizo uso de ésta vía de control del Tribunal. El primero concluyó que España sólo podía integrar el Tratado de Maastricht si previamente se reformaba el art. 13.2 de la Constitución, como así se hizo (agosto de 1992). Y el segundo fue la declaración 1/2004 en la que se dijo que no hacía falta modificar la Constitución para incorporar la llamada Constitución Europea.

e) Recurso de amparo, del que conocen las Salas, que puede ser interpuesto por cualquier persona, nacional o extranjera, física o jurídica, en defensa de los derechos reconocidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución.

II) Tribunal Constitucional y derechos fundamentales

1. DATOS GENERALES CARGA DE TRABAJO ÚLTIMOS AÑOS Y DERECHOS ALEGADOS

Asuntos ingresados	2001	2002	2003	2004	2005
Recursos de inconstitucionalidad	26	61	36	45	16
Cuestiones de inconstitucionalidad	105	99	96	70	206
Recursos de amparo	6786	7285	7721	7814	9476
Conflictos positivos de competencia	13	10	22	17	8
TOTAL	6934	7456	7878	7951	9708

Datos de estimación de un año (2005):

Durante el año, las dos Salas del Tribunal han pronunciado 300 Sentencias, que resuelven 309 recursos de amparo (ya que nueve habían sido acumulados en virtud del art. 83 LOTC).

No todas otorgan el amparo: así lo hacen 214, frente a 86 que desestiman o inadmiten el recurso (las Sentencias de amparo dictadas por el Pleno estimaron un recurso y desestimaron dos).

Inadmisión superior al 95%

Sólo por providencia, se admiten 314 y se inadmiten 5293

Derecho fundamental invocado	Total	Porcentaje de invocación
Igualdad (art. 14 CE)	1579	16,66
Tutela judicial (art. 24 CE)	8283	87,41
Otros derechos y libertades:	1972	20,31
- Legalidad penal (art. 25 CE)	704	
- Libertad y seguridad (art. 17 CE)	319	
- Honor, intimidad e imagen (art. 18 CE)	278	
- Vida e integridad (art. 15 CE)	172	
- Participación en los asuntos públicos (art. 23 CE)	163	
- Libertad de residencia y circulación (art. 19 CE)	84	
- Libertades de expresión (art. 20 CE)	62	
- Asociación (art. 22 CE)	33	
- Libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE)	26	
- Educación (art. 27 CE)	16	
- Petición (art. 29 CE)	11	
- Reunión (art. 21 CE)	6	
- Objeción de conciencia (art. 30.2 CE)	-	

Recursos de amparo: frecuencia de la invocación de los derechos fundamentales del art. 24 CE

Derechos invocados	Procedencia jurisdiccional						Total
	Civil	Penal	Penitenciario	Social	Contencioso -		
					administrativo	Militar	
					o		
ART. 24.1							
Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión	1211	2085	327	435	3420	21	7499
ART. 24.2							
Derecho a la presunción de inocencia	8	1112	17	3	102	8	1250
Derecho a un proceso con todas las garantías	75	446	7	6	50	2	586
Derecho a la prueba pertinente para la defensa	48	173	4	4	49	2	280
Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	15	67	0	1	12	0	95
Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley	7	32	0	0	11	0	50
Derecho a la defensa y a la asistencia letrada	4	32	1	0	12	0	49
Derecho a ser informado de la acusación	1	39	0	0	2	0	42
Derecho a un proceso público	1	1	0	0	0	0	2
Derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable	0	2	0	0	0	0	2
TOTAL	1370	3989	356	449	3658	33	9855

2. BREVE EXPLICACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO

Nuestra Constitución declara en su art. 53.2 que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección Primera del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 30”.

La garantía de las libertades y derechos fundamentales de las personas está encomendada, en primer lugar, a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial, a través de las vías y remedios que ofrecen las leyes procesales. Subsidiariamente, la Constitución ha establecido un sistema específico y último de tutela de varios de tales derechos, mediante el recurso de amparo constitucional, que ha residenciado en el Tribunal Constitucional. De esta manera, el Tribunal se configura como órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales y, por ende, último garante de los derechos y libertades fundamentales reconocidas en la Constitución.

Únicamente cabe interponer el recurso de amparo frente a vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los arts. 14 al 29 CE, más el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, que se contiene en el art. 30 CE. Este recurso no es, por tanto, un medio impugnatorio en defensa de cuestiones de simple legalidad.

Las vulneraciones alegadas han de tener su origen en disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas y demás entes públicos, así como de sus funcionarios y agentes. Pueden impugnarse tanto actuaciones administrativas (art. 43 LOTC) como judiciales (art. 44 LOTC), así como aquellos actos parlamentarios que no tengan “valor de ley” (art. 42 LOTC).

La legitimación para recurrir en amparo es muy amplia, ya que esta vía queda abierta a toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo. Igualmente están legitimados para interponer este recurso el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal. Este último, además, interviene en todos los procesos de amparo para defender la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la Ley.

La tramitación del recurso de amparo constitucional está recogida, en lo fundamental, en los arts. 48 a 58 LOTC.

El proceso se inicia mediante demanda del interesado, el cual ha de acudir al Tribunal representado por Procurador y asistido por Abogado. La demanda ha de exponer con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, con cita de los derechos fundamentales que se estimen infringidos y fijará con precisión el amparo que se solicita [asimismo, hay que argumentar sobre la relevancia constitucional del supuesto para que el Tribunal lo admita]. El art. 49 LOTC enumera la documentación que se precisa aportar con la demanda.

El demandante de amparo cuenta con un plazo de veinte días hábiles para presentar su queja. Este plazo corre a partir de la notificación de la última resolución judicial recaída. Los recursos de amparo contra actos parlamentarios sin valor de ley deben interponerse dentro de los tres meses siguientes a su firmeza.

Cabe destacar, por su trascendencia, lo que dispone el art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal con respecto a la posible inadmisión del recurso (más del 95% de los recursos son inadmitidos]. Frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma de 2007 introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación pretende agilizar el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso. Así, se da un 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.”

Si el recurso de amparo es admitido a trámite, se asigna a un Magistrado Ponente. La Sala requerirá con carácter urgente, en su caso, al Juez o Tribunal que conoció del procedimiento previo para que, en plazo de diez días, remita las actuaciones, emplazando a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente.

Una vez recibidas las actuaciones se dará vista de las mismas al promotor del amparo, a los personados en el proceso, al Ministerio Fiscal y, si estuviera interesada la Administración pública, al Abogado del Estado. Cumplido este trámite, el proceso queda pendiente de señalamiento para Sentencia.

Desde la reforma de 2007 el recurso de amparo puede ser resuelto por sentencia por las Secciones, las Salas o en su caso por el Pleno.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional se notifican a las partes del correspondiente procedimiento y se publican en el “Boletín Oficial del Estado” dentro de los treinta días siguientes a la fecha del fallo. Contra dichas sentencias no cabe recurso alguno.

El procedimiento ante el Tribunal Constitucional es gratuito. No obstante, el Tribunal podrá imponer el pago de las costas o sanciones pecuniarias si apreciare temeridad, mala fe o abuso de derecho en la formulación de los recursos.

3. LA RECIENTE REGULACIÓN (EXTRACTOS)

1. Recuerde respecto de qué derechos procede un recurso de amparo.

- 2. A la vista de qué puede ser objeto de recurso, ¿qué sucede respecto de las vulneraciones de derechos por parte de sujetos privados?**
- 3. ¿Cuál es el plazo general de un recurso de amparo, desde cuándo?**
- 4. Siga los requisitos para el recurso de amparo a decisiones judiciales.**
- 5. Respecto del requisito del artículo 44. 1º c), tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 241 de la LOPJ.**
- 6. Fije la atención en los criterios de admisión de demandas y, en especial, lo relativo a la “especial trascendencia constitucional”**
- 7. A la vista de la regulación, tenga en cuenta qué se puede solicitar al Tribunal y cuáles son los márgenes de actuación del tribunal (arts. 41 y ss., 54 y 55).**

Ley Orgánica 2/1979, Del Tribunal Constitucional (recurso de amparo, actualizada a reforma de 2007)

Artículo cuarenta y uno

Uno. Los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30 de la Constitución.

Dos. El recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por las disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes.

Tres. En el amparo constitucional no pueden hacerse valer otras pretensiones que las dirigidas a restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales se formuló el recurso.

Artículo cuarenta y dos

Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes.

Artículo cuarenta y tres

Uno. Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente.

Dos. El plazo para interponer el recurso de amparo constitucional será el de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

Tres. El recurso sólo podrá fundarse en la infracción por una resolución firme de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos o libertades susceptibles de amparo.

Artículo cuarenta y cuatro

1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

2. El plazo para interponer el recurso de amparo **será de 30 días**, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

Artículo cuarenta y nueve

Uno. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

Dos. Con la demanda se acompañarán:

a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.

b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.

Tres. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal.

Cuatro. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso

Artículo cincuenta.

1. El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite. La Sección, por unanimidad de sus miembros, acordará mediante providencia la admisión, en todo o en parte, del recurso solamente cuando concurren todos los siguientes requisitos:

a) Que la demanda cumpla con lo dispuesto en los artículos 41 a 46 y 49.

b) Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que 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.

Artículo cincuenta y cuatro

Cuando la Sala o, en su caso, la Sección conozca del recurso de amparo respecto de decisiones de jueces y tribunales, limitará su función a concretar si se han violado derechos o libertades del demandante y a preservar o restablecer estos derechos o libertades, y se abstendrá de cualquier otra consideración sobre la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Artículo cincuenta y cinco

Uno. La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Dos. En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

Datos generales carga de trabajo últimos años

Asuntos ingresados	2001	2002	2003	2004	2005
Recursos de inconstitucionalidad	26	61	36	45	16
Cuestiones de inconstitucionalidad	105	99	96	70	206
Recursos de amparo	6786	7285	7721	7814	9476
Conflictos positivos de competencia	13	10	22	17	8
TOTAL	6934	7456	7878	7951	9708

Datos de estimación de un año (2005):

Durante el año, las dos Salas del Tribunal han pronunciado 300 Sentencias, que resuelven 309 recursos de amparo (ya que nueve habían sido acumulados en virtud del art. 83 LOTC).

No todas otorgan el amparo: así lo hacen 214, frente a 86 que desestiman o inadmiten el recurso (las Sentencias de amparo dictadas por el Pleno estimaron un recurso y desestimaron dos).

Inadmisión superior al 95%

Sólo por providencia, se admiten 314 y se inadmiten 5293

Derecho fundamental invocado	Total	Porcentaje de invocación
Igualdad (art. 14 CE)	1579	16,66
Tutela judicial (art. 24 CE)	8283	87,41
Otros derechos y libertades:	1972	20,31
- Vida e integridad (art. 15 CE)	172	
- Libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE)	26	
- Libertad y seguridad (art. 17 CE)	319	
- Honor, intimidad e imagen (art. 18 CE)	278	
- Libertad de residencia y circulación (art. 19 CE)	84	
- Libertades de expresión (art. 20 CE)	62	
- Reunión (art. 21 CE)	6	
- Asociación (art. 22 CE)	33	
- Participación en los asuntos públicos (art. 23 CE)	163	
- Legalidad penal (art. 25 CE)	704	
- Educación (art. 27 CE)	16	
- Petición (art. 29 CE)	11	
- Objeción de conciencia (art. 30.2 CE)	-	

Recursos de amparo: frecuencia de la invocación de los derechos fundamentales del art. 24 CE							
Derechos invocados	Procedencia jurisdiccional						Total
	Civil	Penal	Penitenciario	Social	Contencioso -		
					administrativ	Militar	
							o
ART. 24.1							
Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión	1211	2085	327	435	3420	21	7499
ART. 24.2							
Derecho al juez ordinario predeterminado por la ley	7	32	0	0	11	0	50
Derecho a la defensa y a la asistencia letrada	4	32	1	0	12	0	49
Derecho a ser informado de la acusación	1	39	0	0	2	0	42
Derecho a un proceso público	1	1	0	0	0	0	2
Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas	15	67	0	1	12	0	95
Derecho a un proceso con todas las garantías	75	446	7	6	50	2	586
Derecho a la prueba pertinente para la defensa	48	173	4	4	49	2	280
Derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable	0	2	0	0	0	0	2
Derecho a la presunción de inocencia	8	1112	17	3	102	8	1250
TOTAL	1370	3989	356	449	3658	33	9855

III) Conceptos y categorías generales en materia de derechos fundamentales según el Tribunal Constitucional

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.

2. ALGUNOS CONCEPTOS PREVIOS Y REQUISITOS FRENTE A LA ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR DE DERECHOS FUNDAMENTALES

2. 1. SENTENCIA 11/1981, DE 11 DE ABRIL, CONCEPTO DE “CONTENIDO ESENCIAL”

Observa 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.

2. 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 aplase 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 publicatio 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 publicatio 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.

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

1. 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 objetiva²⁵⁶.

²⁵⁶ 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

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 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 misma²⁵⁷- una dimensión, axiológica, institucional y, a veces, también prestacional de los derechos fundamentales²⁵⁸. 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 subjetivo²⁵⁹. Si, en general, el derecho subjetivo cabe concebirlo como regla, esta dimensión objetiva puede

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.).

²⁵⁷ 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.)

²⁵⁸ 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.

²⁵⁹ En este sentido, BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, cit. pág. 51.

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.

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 fundamental²⁶⁰. 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).²⁶¹ Este

²⁶⁰ 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.”

²⁶¹ 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

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 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.

2. 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

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).”

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.”

2. 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).”

2. 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

ciudadanas) 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.

2. 7. . 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).”

2. 8. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, STC 55/1996, DE 28 DE MARZO

Dada la creciente importancia del principio de proporcionalidad, 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” (FJ 3º). Eso sí, “El ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales” (FJ 3º). En efecto, se trata del siguiente requisito que debe cumplir todo límite a un derecho. Si, en general, toda limitación de derechos de forma obligada ha de expresar el juicio de proporcionalidad, se requiere con mayor intensidad en algunos terrenos. Así por ejemplo, si el límite a enjuiciar concurre con el ámbito penal y sancionador, se superpone la proporcionalidad general de toda medida limitadora con la exigencia particular de proporcionalidad penal y sancionadora (ínsita en el artículo 25 CE). Asimismo, si la limitación del derecho procede de una resolución administrativas o judicial, la obligación de expresar el juicio de proporcionalidad es más intenso, así como respecto de determinados derechos la exigencia 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). Asimismo, en general, conforme mayor es la relevancia de la restricción al derecho, mayor será la necesidad de justificación del límite y su proporcionalidad.

- No es un cánón de constitucionalidad general
- Derechos fundamentales
- Derivado de otros principios:
- Necesaria conexión con preceptos

- Ámbito de decisión del legislador es amplio (ámbito penal)
- Límites del Tribunal Constitucional ante el legislador

No es un cánón de constitucionalidad general

Fj 3 Esta apelación genérica al principio de proporcionalidad exige alguna precisión en orden a fijar el objeto exacto y los términos precisos en los que debe desarrollarse el presente proceso constitucional. **En primer lugar debe advertirse 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.** Es, si quiere decirse así, **un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales -y en particular de los aquí invocados- y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales.** Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, **no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabr declarar la inconstitucionalidad.**

Derechos fundamentales

El mbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad es el de los **derechos fundamentales**. Así ha venido reconociéndolo este Tribunal en numerosas Sentencias en las que se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (SSTC 62/1982, fundamento jurídico 5.; 66/1985, fundamento jurídico 1.; 19/1988, fundamento jurídico 8.; 85/1992, fundamento jurídico 5.; 50/1995, fundamento jurídico 7.).

Derivado de otros principios:

Incluso en las Sentencias en las que hemos hecho referencia al principio de proporcionalidad como principio derivado **del valor justicia** (SSTC 160/1987, fundamento jurídico 6.; 50/1995, fundamento jurídico 7.; 173/1995, fundamento jurídico 2.), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, fundamento jurídico 6.), **del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos** (SSTC 6/1988, fundamento jurídico 3.; 50/1995, fundamento jurídico 7.) **o de la dignidad de la persona** (STC 160/1987, fundamento jurídico 6., se ha aludido a este principio en el contexto de la incidencia de la actuación de los poderes públicos en el mbito de concretos y determinados derechos constitucionales de los ciudadanos.

Necesaria conexión con preceptos

Esta constatación no significa que en algún supuesto concreto no pueda argumentarse a partir del principio de proporcionalidad para concluir en la infracción

de otro tipo de preceptos constitucionales. Pero, en todo caso, como queda dicho, siempre deber indagarse, no la sola existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción.

Ámbito de decisión del legislador es amplio (ámbito penal)

“La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la **potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo....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.** No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. **De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna ser el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca.**

Límites de control de la proporcionalidad del Tribunal Constitucional ante el legislador

La reflexión anterior anticipa ya los límites que en esta materia tiene la jurisdicción de este Tribunal frente al legislador. Como afirmamos en la STC **11/1981**, **"en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas"** (fundamento jurídico 7.).

...

Control de proporcionalidad del legislador muy débil

La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos 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.**

...

3. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

3. 1. INMIGRANTES IRREGULARES SENTENCIA TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 236/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE

Derechos de los extranjeros irregulares, el parámetro de la dignidad de la persona

FJ 2º “nuestra jurisprudencia ha reiterado que existen derechos del Título I que “corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles” (STC 107/1984, FJ 3) puesto que gozan de ellos “en condiciones plenamente equiparables [a los españoles]” (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). Estos derechos son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). También nos hemos referido a ellos como derechos “inherentes a la dignidad de la persona humana” (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7). En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva.

La aplicación del criterio fijado en su día por este Tribunal para determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana. Pero como se dirá seguidamente, la dignidad de la persona, como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador. Ello no implica cerrar el paso a las diversas opciones o variantes políticas que caben dentro de la Constitución, entendida como “marco de coincidencias” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7) que permite distintas legislaciones en materia de extranjería. Ahora bien, el juicio de constitucionalidad que debemos realizar en el presente proceso no consiste en examinar si en el marco constitucional cabrían otras opciones en materia de extranjería distintas a la adoptada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sino en determinar si los preceptos de esa Ley sometidos a nuestro enjuiciamiento han excedido o no los límites impuestos por la Constitución.

A tales efectos, resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”.

Dada su trascendencia para el presente recurso, debemos detenernos en estos derechos, pues el Parlamento de Navarra alega que algunos de los regulados en los preceptos impugnados derivan directamente de la garantía de la dignidad humana, fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). En este punto cabe recordar lo declarado en la ya citada STC 91/2000: “proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto 'valor espiritual y moral inherente a la persona' (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre ... constituyendo, en consecuencia un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”. [STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 A)]. De modo que la Constitución española salvaguarda absolutamente aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos ‘que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquéllos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana’ (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4; en el mismo sentido, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 2 y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2).” (FJ 7).

En esa misma resolución, el Tribunal indicó algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución “proyecta universalmente”, señalando que “hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos.” (FJ 7).

Y precisando aún más, el Tribunal declaró que en este proceso de determinación de tales derechos revisten especial relevancia “la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado.” (STC 91/2000, FJ 7).

De lo expuesto hasta aquí se concluye que la dignidad de la persona, que encabeza el Título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE.”

3. 2. TITULARIDAD DERECHOS FUNDAMENTALES PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS (SENTENCIA 139/1995)

2. Fija la atención en la construcción argumental para afirmar el derecho al honor de las personas jurídicas

SENTENCIA: 139/1995 Ponente: don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera TEXTO DEL DICTAMEN Extracto:

1. Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el Texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, solo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. Así se ha venido interpretando por este Tribunal, y es ejemplo reciente de esta construcción la sentencia 52/1995 por la que se reconoce a una empresa dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, consagrado en el art. 20.1 a) C.E.

2. Si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan -como decíamos- su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas.

3. Puede sostenerse en consecuencia que, desde un punto de vista constitucional, existe un reconocimiento, en ocasiones expreso y en ocasiones implícito, de la titularidad de las personas jurídicas a determinados derechos fundamentales. Ahora bien, esta capacidad, reconocida en abstracto, necesita evidentemente ser delimitada y concretada a la vista de cada derecho fundamental. Es decir, no solo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la naturaleza concreta del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta. En el presente caso, el derecho del que se discute esta posibilidad es el derecho al honor, con lo cual el examen se reconduce a dilucidar la naturaleza de tal derecho fundamental.

4. De forma paralela a un concepto objetivista de «honor», este Tribunal ha acuñado un concepto personalista del mismo, por lo que a la titularidad de este derecho se refiere. En la sentencia 107/1988 se afirmó que «el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública». Aunque el honor «es un valor referible a personas individualmente consideradas», el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas. Recuérdese, en este sentido, la sentencia 214/1991, en la que expresamente se ha extendido la protección del derecho al honor a colectivos más amplios, en este caso los integrantes del pueblo judío que sufrieron los horrores del nacionalsocialismo. Por tanto, según dijimos en la misma, «el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados “ad personam”, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa». En consecuencia, dada la propia sistemática constitucional, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas. Bien es cierto que este derecho fundamental se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E.

Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines, como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (art. 7.7 L.O. 1/1982).

5. Los límites que la Constitución impone al ejercicio de determinados derechos fundamentales sólo actúan si, al mismo tiempo, estos derechos se están ejerciendo dentro del ámbito que la Constitución les reconoce, pero no cuando éstos se ejercen fuera del mismo. En el presente amparo, es indiferente que el derecho al honor de la mencionada mercantil se constituya en límite externo al ejercicio de la libertad de información de los recurrentes, porque éstos han ejercido el derecho a la libertad de información veraz más allá de su ámbito de protección constitucional.

6. Este Tribunal ha repetido en numerosas ocasiones que el contenido constitucional del art. 20.1 d) C.E. consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz (entre muchas otras, Sentencias 6/1988,

20/1990, 105/1990). Por ello, determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de protección del mismo. A este respecto, el Tribunal ha precisado que lo que el requisito constitucional de veracidad supone es que «el informador tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte errónea, lo que obviamente no puede excluirse totalmente» (sentencia 105/1990). Pero, como señaló la sentencia 6/1988, «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse la “verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio». Información veraz en el sentido del art. 20. 1 d), significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias. La aplicación de esta doctrina al recurso que examinamos nos lleva a proclamar que el artículo periodístico de autos no constituye una manifestación constitucionalmente protegida por el derecho a la libertad de información veraz alegado por los recurrentes.

IV) Tribunal Constitucional y Derechos fundamentales sociales y principios rectores de la política social y económica

1. IGUALDAD MATERIAL (ART. 9.2)

Materiales Congreso de los Diputados

“Libertad, igualdad y participación”

Como precedentes en el constitucionalismo histórico español, encontramos los artículos 46, 47 y 48 Constitución de 1931. Y en el Derecho comparado, el artículo 3.2 de la Constitución italiana tiene una redacción casi idéntica al artículo 9.2 CE estableciendo que "es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la personalidad humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

...

Si bien el artículo 9.2 tiene un contenido más amplio, vamos a referirnos a uno de sus aspectos esenciales: el reconocimiento de la igualdad material.

En efecto, la configuración del Estado como social exige la intervención de los poderes públicos para que la igualdad de los individuos sea real y efectiva. De esta forma, el Estado social de Derecho reinterpreta la igualdad formal propia del Estado liberal de Derecho e incorpora el principio de igualdad material con la finalidad de conseguir una equiparación real y efectiva de los derechos sociales de los ciudadanos.

Pues bien, junto con el principio de igualdad formal proclamado en el artículo 14, la Constitución española recoge esta concepción del principio de igualdad material en el artículo 9.2.

Ésta es, sintéticamente expuesta, la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad material contenido en el artículo 9.2.

- El artículo 9.2 de la Constitución española es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social. (STC 39/1986, de 31 de marzo).

- El artículo 9.2 puede imponer, como consideración de principio, la adopción de normas especiales que tiendan a corregir los efectos dispares que, en orden al disfrute

de bienes garantizados por la Constitución, se sigan de la aplicación de disposiciones generales en una sociedad cuyas desigualdades radicales han sido negativamente valoradas por la propia Norma Fundamental. (STC 19/1988, de 16 de febrero).

- La incidencia del mandato contenido en el artículo 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el artículo 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden 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. (STC 216/1991, de 14 de noviembre).

2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA (CAPÍTULO III)

Materiales del Congreso de los Diputados

Bajo esta rúbrica tienen cabida preceptos de muy variada naturaleza, desde auténticos derechos sociales -como el derecho a la protección de la salud o la vivienda- a fines de interés general -la distribución equitativa de la renta, el progreso social y económico- o verdaderos mandatos al legislador -por ejemplo, las sanciones contra atentados al patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España-.

De todos ellos, sin distinción, predica el artículo 53 que "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que "sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

A la vista de la redacción del precepto constitucional, resulta claro que el Capítulo Tercero no recoge auténticos derechos; se trata, en dicción constitucional que obvia tal mención, de "principios" que cumplen más bien una función orientadora de la actuación de los poderes públicos (especialmente del Legislativo y el Ejecutivo, aunque expresamente se cita también la práctica judicial). No son tampoco normas de aplicación inmediata o cuyos "derechos" tienen su origen inmediato en la Constitución, porque requieren de un desarrollo legislativo para poder ser alegados ante los Tribunales ordinarios. No pueden tener, por sí mismos, acceso al Tribunal Constitucional, aunque se encuentran, eso sí, protegidos por el principio general de rigidez constitucional y por la correlativa posibilidad de cuestionar la inconstitucionalidad de una norma con rango legal que los vulnere.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar (STC 80/1982, de 20 de diciembre) que "el valor normativo inmediato de los artículos 39 a 52

de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental", precepto que "impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes" (SSTC 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero, entre otras).

En definitiva, a tenor de lo dispuesto en el artículo 53 que se comenta, la protección reforzada que la Constitución contempla para los derechos y libertades fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I queda rebajada en cuanto a los derechos y deberes de la Sección 2ª del mismo Capítulo y aún mucho más difuminada por lo que se refiere los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III.

3. IRREVERSIBILIDAD DE LAS CONQUISTAS SOCIALES ALCANZADAS (SENTENCIA 81/1982, DE 21 DE DICIEMBRE)

Tenga en cuenta que esta afirmación es casi anecdótica a lo largo de la jurisprudencia constitucional.

Asimismo, medite lo siguiente: si se detecta una discriminación por que "A" ha sido tratado desfavorablemente respecto de "B". Por qué motivo dicha situación ha de resolverse considerando que procede tratar a "A" como a "B" y no lo contrario, siendo que es posible que lo procedente constitucional y legalmente sea la situación de "A".

FJ 3º

...

"Dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9.2 y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón del sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas. De esta manera, en el presente caso, no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubiera adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajos y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores."

4. CONEXIÓN DEL MEDIO AMBIENTE CON DERECHOS FUNDAMENTALES (SENTENCIA 16/2004)

1. Fija los hechos por los que se suscita la demanda de amparo.

- 2. Qué dice el tribunal sobre la dimensión positiva de los derechos de la personalidad (FJ 3º).**
- 3. Cómo fundamenta el Tribunal Constitucional la incidencia del ruido en la integridad física. (FJ 3º).**
- 4. Observa, una vez más, cómo se fundamenta la importancia de la jurisprudencia del TEDH (FJ 3º). Observa, en todo caso, lo que se dice también en el párrafo “Dicha doctrina...”.**
- 5. ¿En la delimitación de derechos en juego, se trata del artículo 15 o del artículo 18? (FJ 4º).**
- 6. Ya sobre el principio de legalidad, se aplica en el ámbito disciplinario**

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 16/2004 Sala Primera, de 23 febrero

Recurso de Amparo núm. 1784/1999.

Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El ahora quejoso en amparo fue sancionado por Resolución de 29 de octubre de 1998, de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, con una multa de 50.001 pesetas porque un local de su propiedad el «Pub Belfast» sobrepasó los niveles sonoros permitidos por la Ordenanza Municipal sobre Protección contra la Contaminación Acústica de 10 de julio de 1992. La infracción cometida estaba tipificada como muy grave por el art. 28 de la citada norma municipal, previendo el art. 30 de la misma la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta.

La validez de la resolución sancionatoria fue confirmada por la Sentencia de 18 de marzo de 1999, del Juzgado Provincial de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Asturias. En esta resolución judicial se indica que la sanción impugnada tiene cobertura tanto en el Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas Reglamento de actividades molestas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, 1923 y RCL 1962, 418, como en los arts. 1.2 y 12 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico.

2. El escrito de interposición del recurso identifica como resolución recurrida la Sentencia judicial; cita al efecto los arts. 41 y 44.2 LOTC, y, en el «suplico» solicita la anulación de la Sentencia y la retroacción del proceso judicial para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental a la legalidad sancionadora. Ahora bien, si existe infracción del principio de legalidad sancionadora, la misma es atribuible directamente al acto administrativo que impuso la sanción, no a la Sentencia que, a estos efectos, al no restaurar el derecho fundamental alegado, supone exclusivamente el agotamiento de la vía judicial procedente, ya que contra dicha Sentencia –al haber optado el recurrente por la vía ordinaria del llamado procedimiento abreviado, y no por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales– no cabía recurso de apelación, según se desprende del art. 81.1 a de la vigente Ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así identificada la resolución realmente recurrida, resulta evidente que

el alcance del amparo, caso de dictarse Sentencia estimatoria, no puede quedar restringido a lo solicitado por el recurrente, sino que deberá anular, con carácter definitivo, tanto el acto administrativo como la Sentencia; lo que no constituye incongruencia *extra petitum* sino que es consecuencia de lo previsto en el art. 55.1 a LOTC. Así pues, de modo similar a lo que se decidió en las Sentencias 240/1999, de 20 de diciembre, F. 1 y 50/2003, de 17 de marzo, F. 1, *in fine*, entre otras, ha de entenderse que el recurso se interpone frente a la resolución administrativa que impuso la sanción.

3. Partiendo de la doctrina expuesta en la sentencia 119/2001, de 24 de mayo, debemos señalar que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. Habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos sentencia 12/1994, de 17 de enero, F. 6, se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias tradicionales, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la reciente Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. En la Exposición de Motivos se reconoce que «el ruido en su vertiente ambiental... no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente. Tratamos del ruido en un sentido amplio, y éste es el alcance de la Ley». Luego se explica que «en la legislación española, el mandato constitucional de proteger la salud artículo 43 de la Constitución y el medio ambiente artículo 45 de la Constitución engloban en su alcance la protección contra la contaminación acústica. Además, la protección constitucional frente a esta forma de contaminación también encuentra apoyo en algunos derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, entre otros, el derecho a la intimidad personal y familiar, consagrado en el artículo 18.1».

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hizo cargo de la apremiante exigencia, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*; de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra Reino de España*; de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros contra Italia* y de 8 de julio de 2003, caso *Hatton y otros contra Reino Unido*.

El ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia, así como sobre su conducta social en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas.

Consecuentemente, conviene considerar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

Este Tribunal ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales por todas, sentencia 35/1995, de 6 de febrero, F. 3. En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las citadas SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra Reino de España*, y de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros contra Italia*, algo matizada en la de 8 de julio de 2003, caso *Hatton y otros contra Reino Unido*. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del art. 8.1 del Convenio de Roma, 1572 SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60.

Dicha doctrina, de la que este Tribunal se hizo eco en la sentencia 199/1996, de 3 de diciembre, F. 2, y en la sentencia 119/2001, de 8 de junio, FF. 5 y 6, debe servir, conforme proclama el ya mencionado art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales sentencia 303/1993, de 25 de octubre, F. 8. En el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la antes apuntada necesidad de acotar el ámbito del recurso de amparo a sus estrictos términos, en garantía de la operatividad y eficacia de este medio excepcional de protección de los derechos fundamentales.

4. Desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, debemos comenzar nuestro análisis recordando la posible afección al derecho a la integridad física y moral. A este respecto, habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral art. 15 CE. En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE.

Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona «al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar art. 18.1 y a la inviolabilidad del domicilio art. 18.2. Respecto del primero de estos derechos fundamentales insistimos en que este Tribunal ha precisado que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, y que la delimitación de este ámbito ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima Sentencias 22/1984, de 17 de febrero, F. 5; 137/1985, de 17 de octubre, F. 2, y 94/1999, de 31 de mayo, F. 5.

Teniendo esto presente, debemos advertir que, como ya se dijo en la sentencia 119/2001, de 24 de mayo, F. 6, una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de

merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

5. EXTRACTOS SENTENCIA TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ESTRASBURGO (GRAN SALA), DE 8 JULIO 2003 CASO HATTON Y OTROS CONTRA REINO UNIDO.

- 1. De dónde deriva el TEDH la posible responsabilidad del Estado?**
- 2.Cuál es la pregunta concreta a la que el TEDH dice que ha de dar respuesta?**
- 3. Observa el resumen que hace el Tribunal de supuestos anteriores y qué diferencia hay con el presente caso.**
- 4.Cuál es el conflicto de derechos e intereses en el presente caso.**
- 5. Dónde se ubica jurídicamente el interés en los vuelos nocturnos?**
- 6.Cuál es la resolución definitiva y sobre qué tipo de argumentación se sustenta?**

4. Apreciación del Tribunal

116. El asunto se refiere a las consecuencias que ha tenido para los demandantes el establecimiento del Plan del 1993 regulando los vuelos nocturnos en Heathrow. Última de una serie de medidas de restricción de los vuelos nocturnos en Heathrow de las que las primeras se remontan a 1962, dicho Plan reemplazaba al precedente, que había sido aprobado en 1988 por una duración de cinco años. Según el Documento de Consulta de 1993 (apartado 36 supra), tenía por objetivo proteger a la población local de las molestias sonoras excesivas durante la noche y tener en cuenta las incidencias más amplias sobre la economía. El compromiso del Gobierno en 1988 de «no permitir un aumento de los niveles de ruido durante la noche y, en una situación ideal, reducirlos» había sido mantenido (apartados 41 y 43 supra). En concreto, el Plan de 1993 sustituía al sistema anterior de limitación de los movimientos por un régimen que permitía a las compañías aéreas elegir, en el marco de un sistema de cifras de cupos, qué aviones –silenciosos o ruidosos– hacer volar (apartados 44-46 supra). Aunque algunos aspectos del Plan hayan sido modificados como consecuencia de numerosos procedimientos de revisión judicial (apartados 47-50 y 80-1983 supra) y de estudios y consultas complementarios (apartados 51-69 supra), el sistema de cifras de cupo introducido en 1993 sigue hoy en vigor y las autoridades continúan siguiendo la situación para proceder a posibles mejoras (apartados 70-75 supra).

...

119. Parece evidente en este caso que las molestias sonoras denunciadas no fueron causadas por el Estado o entidades con él relacionadas, sino que son el resultado de la actividad de compañías aéreas privadas. Se puede considerar que las modificaciones

introducidas por el Plan de 1993 deben considerarse una injerencia directa del Estado en el ejercicio de las personas afectadas de los derechos que les garantiza el artículo 8. Por otro lado, **en materia de medio ambiente, la responsabilidad del Estado puede igualmente derivarse del hecho de que no haya regulado la actividad de la industria privada de manera capaz de garantizar el respeto de los derechos que consagra el artículo 8 del Convenio. El Tribunal ya ha indicado (apartado 98 supra) que, bien se aborde el asunto desde el punto de vista de una obligación positiva por parte del Estado, o desde el de una injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de los derechos protegidos por el artículo 8, que haya que justificar desde el punto de vista del apartado 2, los principios aplicables son bastante parecidos.** Por lo tanto, el Tribunal no tiene que pronunciarse sobre si el presente asunto pertenece a una categoría o a otra. **La cuestión que debe resolver es si el establecimiento de la política de 1993 en materia de vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow estableció un equilibrio justo entre los intereses de las personas que sufren por el ruido nocturno y los intereses, encontrados, de la sociedad en su conjunto.**

...

123. El Tribunal constata que la introducción del Plan de 1993 relativo a los vuelos nocturnos era una medida general que no iba dirigida a los demandantes en concreto, incluso aunque claramente tuviera consecuencias para ellos y para otras personas que se encontraban en una situación análoga. Sin embargo, las alteraciones del sueño que alegan los demandantes no atentaron contra un aspecto de la vida privada de la misma forma que las medidas penales que el Tribunal consideró en el asunto *Dudgeon* que justificaban dejar al Estado únicamente un margen de apreciación especialmente restringido (Sentencia *Dudgeon* contra el Reino Unido [TEDH 1981\4] anteriormente citada, pg. 21, ap. 52, y apartado 102 supra). De hecho, es más bien la regla normal aplicable a las decisiones de política general (apartado 97 supra) la que parece ser apropiada en este caso, tanto más cuanto que puede ser invocada incluso en lo que respecta a medidas de carácter individual tomadas en el marco de una política general, como en el asunto *Buckley* (TEDH 1996\42) anteriormente citado (apartado 101 supra). **Si el Estado está obligado a tener debidamente en cuenta los intereses particulares cuyo respeto tiene la obligación de garantizar en virtud del artículo 8, también hay que permitirle, en principio, la elección de los medios a emplear para cumplir con esta obligación. Visto el carácter subsidiario de su función de control, el Tribunal se limitará a examinar si tal o cual solución adoptada puede considerarse que mantiene o no un equilibrio justo.**

...

125. La respuesta a la cuestión de si la fijación de este régimen estableció, en este caso, un equilibrio justo entre los derechos consagrados por el artículo 8 contra los que atenta, y ciertos intereses en competencia de la comunidad, depende del peso relativo concedido a unos y otros. Teniendo en cuenta el carácter general de las medidas en cuestión, el Tribunal admite que, en el contexto de este caso, las autoridades tenían derecho a apoyarse en datos estadísticos basados en la percepción media de las molestias sonoras. Llega a esta conclusión partiendo del Documento de Consulta de 1993 según el cual el número de perturbaciones del sueño causadas por el ruido de los aviones era tan mínimo que podía considerarse despreciable en relación con la cantidad normal total de perturbaciones (apartado 40 supra). Eso no quiere decir que se hayan

ignorado totalmente las preocupaciones de las personas afectadas. El objetivo mismo de la aplicación de un régimen de restricciones de los vuelos nocturnos es el de mantener las molestias sonoras a un nivel aceptable para la población que vive en las proximidades del aeropuerto. Además, las autoridades parecen haberse dado cuenta de que, visto el carácter evolutivo de la situación (aumento del transporte aéreo, progresos tecnológicos en el campo de la lucha contra el ruido, evolución de los comportamientos sociales, etc.), la adecuación de las medidas en esta materia debía ser objeto de un control permanente.

126. En cuanto a los intereses económicos que se contraponen a la oportunidad de restringir o de suprimir los vuelos nocturnos para alcanzar los objetivos anteriormente mencionados, el Tribunal considera razonable presumir que esos vuelos contribuyen, por lo menos en cierta medida, a la economía general. El Gobierno ha presentado al Tribunal informes que exponen los resultados de una serie de investigaciones relativas al interés económico de los vuelos nocturnos que han sido realizadas tanto antes como después de la introducción del Plan de 1993. Aunque estos documentos no incluyen ninguna indicación precisa del coste económico de la supresión de vuelos nocturnos específicos, se puede deducir de ellos que existe una relación entre las conexiones aéreas en general y los vuelos nocturnos. El Gobierno afirma, principalmente, que ciertos vuelos procedentes del lejano oriente únicamente pueden llegar a Londres durante el día despegando muy tarde por la noche, lo que conlleva importantes molestias para los pasajeros y, como consecuencia, una pérdida de competitividad. Se puede admitir sin problema el interés económico que supone mantener un servicio total entre Londres y países lejanos; además, es difícil, o imposible, separar los intereses de la industria aérea y los intereses económicos del país en su conjunto. Dicho esto, las compañías aéreas no están autorizadas a operar como les plazca, siendo su libertad de explotación objeto de importantes limitaciones, como las relativas a los vuelos nocturnos de Heathrow. El Tribunal señala a este respecto, que el Plan de 1993 establecido finalmente es más estricto que el que se había considerado en el Documento de Consulta de 1993, ya que incluso los aviones más silenciosos están sujetos al sistema de cifras de cupo. Además, las autoridades nacionales se negaron a las solicitudes tendentes a una reducción del período sometido a los cupos nocturnos o a levantar las restricciones nocturnas. Señala también el Tribunal que el sistema ha sido posteriormente objeto de modificaciones, siendo algunas nuevas restricciones para las compañías, como la instauración de un número total máximo de movimientos (apartado 50 supra) y la disminución de los puntos de cupo disponibles (apartado 66 supra).

127. Para apreciar si el Estado ha establecido o no un equilibrio justo en este caso, el Tribunal considera que debe tener también en cuenta las medidas implantadas para atenuar los efectos del ruido generado por los aviones de manera general, incluso durante la noche. Cierta número de esas medidas han sido ya mencionadas (apartado 74 supra). El Tribunal señala además que los demandantes no discuten realmente la afirmación del Gobierno de que el ruido nocturno no tiene incidencia negativa en el precio de las viviendas en los lugares en los que ellos residen. Considera también razonable tener en cuenta, para determinar las repercusiones de una política general sobre las personas que viven en un lugar concreto, la medida en la que los interesados tienen la posibilidad de abandonar ese lugar. Cuando un número restringido de personas en un lugar (2 a 3% de la población afectada, según el estudio de 1992 sobre el sueño) sufren especialmente por una medida general, el hecho de que puedan trasladarse, si así lo desean, sin sufrir una pérdida económica, es un elemento de peso en la apreciación del carácter razonable en conjunto de la medida en cuestión.

128. En cuanto a los aspectos procedimentales del asunto, el Tribunal señala que cuando el Estado debe tratar, como en este caso, cuestiones complejas de política medioambiental y económica, el proceso decisorio debe necesariamente incluir la realización de investigaciones y de estudios apropiados, de manera que se permita el establecimiento de un equilibrio justo entre los diversos intereses en juego. Eso no quiere decir que únicamente se puedan tomar decisiones en presencia de datos exhaustivos y verificables sobre todos los aspectos de la cuestión que haya que resolver. A este respecto, conviene señalar en este caso que las autoridades británicas controlan permanentemente la adecuación de las medidas litigiosas y que el Plan de 1993 no es sino la última de una serie de medidas de restricciones de los vuelos nocturnos de las que las primeras se remontan a 1962. El estado de la investigación en lo que respecta a los trastornos del sueño y los vuelos nocturnos está lejos de ser estático, y es la razón por la que el Gobierno había decidido que en adelante, las restricciones de los vuelos nocturnos serían cada vez anunciadas para un período máximo de cinco años, debiendo cada nuevo plan estar inspirado por los resultados de los trabajos de investigación y otros elementos nuevos obtenidos en el curso del período anterior. Así, el Plan de 1993 estuvo precedido de una serie de investigaciones y de estudios llevados a cabo durante un largo período. Las medidas concretas introducidas por este plan fueron hechas públicas por medio de un Documento de Consulta que exponía los resultados de un estudio realizado por cuenta de la Secretaria de Estado de Transportes y que incluía un estudio relativo al ruido ocasionado por los aviones y las alteraciones del sueño. El Documento precisaba que el cupo debía fijarse de manera que no permitiera un aumento de los niveles de ruido durante la noche y, en una situación ideal, reducirlos. Fue publicado en enero de 1993 y enviado a organismos representantes de la industria aérea y de los vecinos de los aeropuertos. Los demandantes y las personas que se encontraban en una situación análoga a la suya tuvieron pues acceso al Documento de Consulta y pudieron formular todas las observaciones que consideraran oportunas. Si sus objeciones no hubieran sido tenidas en cuenta, habrían podido impugnar las decisiones posteriores, o el mismo Plan, ante los tribunales. Además, como miembros o ex-miembros de la Asociación de Lucha contra el Ruido de los Aviones de Heathrow (HACAN, apartado 1 supra), los demandantes estaban especialmente bien situados para formular alegaciones.

129. En estas condiciones, el Tribunal considera que en definitiva, las autoridades no sobrepasaron su margen de apreciación en la búsqueda de un equilibrio justo entre, por un lado, el derecho de las personas afectadas por la reglamentación en litigio a ver respetar su vida privada y su domicilio y, por otro, los intereses en concurrencia de la sociedad en conjunto. Además, no observa ningún vicio fundamental en el procedimiento que llevó a la adopción de la reglamentación de 1993 relativa a las restricciones de los vuelos nocturnos.

130. Por lo tanto, no ha habido violación del artículo 8 del Convenio.

6. UNA “EXCEPCIÓN”, EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Sentencia Tribunal Constitucional 236/2007

De acuerdo con la legislación educativa vigente (Ley Orgánica 2/2006, de de mayo, de Educación), existe una coincidencia entre la enseñanza básica y la enseñanza obligatoria, pues la primera, que comprende la educación primaria y la educación

secundaria obligatoria (art. 3.1), “es obligatoria y gratuita para todas las personas” (art. 4.1), mientras el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de las artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio “constituyen la educación secundaria postobligatoria” (art. 3.4). Según esta legislación, la enseñanza básica se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad, si bien los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad (art. 4.2). Dentro de la enseñanza básica, la etapa de educación secundaria obligatoria comprende cuatro cursos que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad (art. 22.1). La obtención del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria permitirá acceder a la educación secundaria postobligatoria (art. 31.2), en concreto, al bachillerato, a la formación profesional de grado medio, a los ciclos de grado medio de artes plásticas y diseño, a las enseñanzas deportivas de grado medio y al mundo laboral (art. 31.2).

Por otra parte, la expresión “extranjeros residentes” equivale a la obtención de “la autorización de [estancia o] residencia en España”, que figura en los anteriores preceptos examinados. Así se deduce de los arts. 30 bis, 31 y 32 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, que definen legalmente las situaciones de residencia temporal y residencia permanente, ambas reservadas a quienes “se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”.

Aclarados estos extremos, el enjuiciamiento del precepto recurrido debe comenzar examinando el contenido del derecho a la educación constitucionalmente garantizado, específicamente en su dimensión prestacional, y después comprobar si es constitucionalmente legítima la exclusión de la educación no obligatoria de aquéllos que no ostentan la condición de residentes en España.

El art. 27 CE dispone que “Todos tienen derecho a la educación” (apartado 1), el cual “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (apartado 2), correspondiendo a los poderes públicos garantizar “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (apartado 5), que cuando es “básica es obligatoria y gratuita” (apartado 4).

Como ha señalado este Tribunal, la estrecha conexión de todos los preceptos incluidos en el art. 27 CE “autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar” (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3).

El art. 27 CE presenta una similitud significativa con el art. 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo primer apartado dispone: “Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.” El segundo apartado establece que “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.”

El PIDCP sólo se refiere al compromiso de los Estados de “respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 18.4). El derecho a la educación, como tal, se recoge en el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En su primer apartado dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación” (...), mientras en el segundo establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por implantación de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular, con la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse e intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones del Cuerpo docente.”

Finalmente, el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 20 de marzo de 1952 (Instrumento de Ratificación de 2 de noviembre de 1990, BOE de 12 de enero de 1991), establece: “A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.”

De las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución.

DIMENSIÓN PRESATACIONAL Y becas y ayudas

En este sentido, al enjuiciar las disposiciones relativas a las “becas y ayudas al estudio” contenidas en la citada Ley Orgánica 10/2002, declaramos que “De la legislación orgánica aludida se desprende que el sistema de becas constituye un instrumento esencial para hacer realidad el modelo de ‘Estado social y democrático de derecho’ que nuestra Constitución impone (art. 1.1), determinando en consecuencia que los poderes públicos aseguren que la igualdad de los individuos sea real y efectiva (art. 9.2 CE). De este modo se garantizan también la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que suponen la base de nuestro sistema de derechos fundamentales.” (STC 212/2005, de 21 de julio FJ 4).

Ya en relación con su contenido, en la STC 86/1985, de 10 de julio afirmamos que: “El derecho de todos a la educación, sobre el que en buena parte giran las consideraciones de la resolución judicial recurrida y las de quienes hoy la impugnan, incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una

dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este art. 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9.º de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.” (FJ 3).

Nuestra jurisprudencia, no limita, por tanto, la dimensión prestacional del derecho consagrado en el art. 27.1 CE a la educación básica, que debe ser obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE), sino que esa dimensión prestacional deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE).

Por su parte, al interpretar el art. 2 del Protocolo Adicional al CEDH, el TEDH ha puesto de manifiesto que los trabajos preparatorios del Convenio confirman que las Partes Contratantes “no reconocen un derecho a la instrucción que les obligaría a organizar a su cargo, o a subvencionar, una enseñanza de una forma o a un nivel determinados.” Pero el Tribunal aclara que de ello no se deduce que en ese artículo no se consagre un “derecho”, y que el Estado no tenga una obligación positiva de asegurar, en virtud del art. 1 CEDH, el respeto de tal derecho “a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante” (Caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, 23 de julio de 1968, § 3). En esa misma resolución, el Tribunal precisa, sin embargo, que el Protocolo no obliga a los Estados a crear un sistema de enseñanza, sino únicamente a “garantizar a las personas bajo la jurisdicción de las Partes Contratantes el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado”.

Según ha declarado el TEDH, el art. 2 del Protocolo forma un todo ya que el primer párrafo reconoce un “derecho fundamental” de todos a la educación, sobre el cual se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas, consagrado en el segundo párrafo. A pesar de afirmar su carácter negativo, el Tribunal reconoce que el derecho a la educación tiene dos manifestaciones prestacionales, puesto que al prohibir [el Protocolo Adicional] “negar el derecho a la instrucción”, los Estados contratantes garantizan a cualquiera que dependa de su jurisdicción “un derecho de acceso a los establecimientos escolares que existan en un momento dado” y “la posibilidad de obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados” (Caso Kjeldsen, de 7 de abril de 1976, § 52).

De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones “toda persona tiene...”, o “a nadie se le puede negar...” el derecho a la educación. Según se ha visto, el acceso a los establecimientos escolares y el

derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado, debe garantizarse, de acuerdo con el art. 1 CEHD, “a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante”. Esta expresión contenida en el art. 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 238; Caso Príncipe Hans-Adams II de Lichtenstein, de 12 de julio de 2001, § 46), debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal.

La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquéllos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador.

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso “residentes” del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

TERCERO. LOS “PASOS” A SEGUIR PARA EL TRATAMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

I) Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales a partir de la metodología del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(Lorenzo Cotino, elaboración propia)

1. INTRODUCCIÓN A LOS PASOS

1. 1. 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 inmersión²⁶² del alumno en este particular saber hacer. Esta especialidad se da por muchos factores, entre los que destacar tanto la especial integración supranacional e internacional (facilitada por el artículo 10. 2º CE) cuanto por la singularidad de las fuentes (así, la particular eficacia directa de los derechos y la relativización de la posición del legislador) y relevancia de la interpretación constitucional de los derechos y la necesidad de integrar y maximizar tanto los diversos derechos cuanto los diferentes bienes constitucionales. Todo ello lleva a una metodología especial, con una casi única forma de razonar y argumentar.

A esta forma de operar jurídicamente con los derechos fundamentales según los dictados del Tribunal Constitucional y el TEDH se le ha denominado “pasos” (“Propuesta de resolución de supuestos de derechos fundamentales: “pasos” a seguir”). Estos “pasos” a los que se hace continua referencia a lo largo de todo el curso, encabezan los materiales, y son un punto de referencia constante a lo largo de todo el curso en su dimensión tanto práctica como teórica. De hecho, el alumno va a tener que descubrirlos continuamente a lo largo del curso. Se tiene la seguridad de que esta inmersión en los

²⁶² 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.).

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)²⁶³ 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. 2. 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.

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

²⁶³ NIETO, Alejandro y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona, 1998.

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. 3 .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. 4. 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. 5. 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 descompone el análisis y sus posibilidades de acierto. Si en un mismo caso se localizan varias injerencias, es posible que en todas ellas esté afectado un derecho, como también es posible que en unas sí que se vulnere y en otras no. (Ej.: a una asociación se le retiran sus carteles para una manifestación y las subvenciones que tenía concedidas). Descomponga el análisis en las injerencias que se desprendan de los hechos, si luego coinciden argumentos y tratamiento jurídico, remítase a lo expuesto en cada caso.

c. 1. Relevancia del supuesto respecto del derecho afectado

Cabe tener en cuenta el *criterio de relevancia*. Al momento de determinar las intervenciones en derechos (dificultades, prohibiciones o reacciones o castigos), hay que descartar aquellas que sean nimias, insignificancias o minucias que no tengan la entidad suficiente con relación al derecho o derechos fundamentales afectados. Esto es, se trata de relevancia respecto al derecho fundamental, no respecto de cualesquiera intereses legítimos de la persona u otros derechos no fundamentales. Éste es un juicio de lo razonable para excluir lo que no son verdaderas incisiones en el contenido de un derecho del sujeto. Los criterios pueden ser de todo tipo sin ninguna regla fija: intensidad del daño inflingido, desde cualquier perspectiva, incluso económica o desde una percepción social, cantidad de afectados real o potencial, lesión en las finalidades que tiene el reconocimiento de un derecho, importancia por constituir un posible precedente o puerta abierta hacia el futuro, etc. Este juicio de relevancia no es el recientemente instaurado para la admisión de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional²⁶⁴, sin perjuicio, claro está, de que lo que si tenga “trascendencia” a estos

²⁶⁴ 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,

efectos, tendrá en todo caso relevancia para el análisis constitucional de la restricción objeto de estudio.

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

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

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

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

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

También puede proceder la mención de la jurisprudencia nacional, la jurisprudencia constitucional puede ser determinante para afirmar si una facultad de hacer o no hacer forma parte o no de un derecho fundamental de la Constitución (también las sentencias pueden ser objeto de interpretación). Incluso téngase en cuenta que los tribunales ordinarios precisan para cada caso concreto el contenido de los derechos fundamentales, determinación ésta que resulta necesaria no sólo cuando la ley

para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.”

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 caber 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 términos²⁶⁵, 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.”

²⁶⁵ 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 nacional²⁶⁶. 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.

²⁶⁶ 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)²⁶⁷.

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

²⁶⁷ “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”.

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

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

“para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).”²⁶⁸

Puede incluso seguirse expresamente en qué consiste la proporcionalidad en alguna ley reguladoras de derechos fundamentales²⁶⁹.

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

²⁶⁸ 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).

²⁶⁹ La Ley orgánica 4/1997, videocámaras en lugares públicos ofrece un ejemplo paradigmático de “regulación” de la proporcionalidad:

“Artículo 6. Principios de utilización de las videocámaras.

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

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

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

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

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

d. 2. Adecuación, idoneidad o congruencia

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

d. 3. Necesidad o indispensabilidad (alternatividad)

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

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

d. 4. Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

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

Nótese que *sólo en este último parámetro entra en juego la confrontación y balance entre el derecho fundamental afectado y la finalidad constitucional*

perseguida. Ello es así, puesto que el análisis de la idoneidad y la alternatividad lo son de la medida discutida con relación a la finalidad constitucional perseguida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El caso de supuestos de conflicto entre sujetos privados, la cuestión se hace singularmente compleja y relativa. En todo caso, se exige la motivación razonable y razonada más o menos intensa al acto del poder público que finalmente derive del conflicto entre los particulares (la resolución judicial).

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

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

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

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

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

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

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

En principio, bastaría con incumplir cualquiera de los parámetros de la proporcionalidad para considerar inconstitucional la medida. No obstante, no es

extraño observar en la argumentación jurídica que se aplican de modo acumulativo para reforzar el juicio de inconstitucionalidad.

E) El requisito final, límite de los límites: ¿se respeta el contenido esencial?

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

Siguiendo la sentencia 11/1981, de 11 de abril (FJ 8º), hay que preguntarse si tras el sometimiento a la restricción practicada, el derecho en cuestión sigue manteniendo “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que [...] sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así.” Al mismo tiempo, teniendo en mente “los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho”, hay que observar si “resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Por ello, la cuestión última es si tras la restricción analizada “el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

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

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

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

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

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

- De igual modo, las libertades públicas, y especialmente las libertades informativas, cobran una “posición preferente” en el balance, quedan protegidas por

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

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

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

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

Cuando se trata de la resolución de conflictos en los que quedan entrometidas las libertades informativas con otros derechos fundamentales (siendo lo más habitual el conflicto con los derechos del artículo 18 CE), no procede aplicar los “pasos” señalados. Sin perjuicio de muchas variables que requerirían un análisis más profundo, pueden apuntarse algunas líneas concretas en la resolución de estos casos. 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 “vejeciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona”, ni “expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido”. Ahora bien, del reverso, sí que puede quedar amparado por la libre expresión lo

“especialmente molesto o hiriente de una opinión o una información”, así como lo que pueda “inquietar, molestar o disgustar”, o “la crítica evaluación de la conducta personal o profesional”. A ello hay que añadir que el juicio de la libre expresión “Tampoco tiene como misión velar por la pureza de los silogismos ni por la elegancia estilística o el buen gusto.” En consecuencia, la distinción entre lo uno y lo otro no es clara, esta distinción puede determinar la solución del caso. El juicio de ante qué tipo de expresión o información se trate, para ver si es o no ejercicio de estas libertades acaba convirtiéndose en un camuflado juicio de proporcionalidad, sobre la base de la intensidad y gravedad de lo afirmado en su contexto, el medio, la intencionalidad de quien lo profiere, etc. (Ejemplo: “imbécil” es sin duda un insulto, en principio nunca amparado por la libre expresión. No obstante, si se profiere de un político muy importante por un militante en el calor de un mitin es muy posible que considere en el ámbito de la libre expresión).

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

c) La protección constitucional a la información, lo es a la “información veraz”. No es menester que lo informado sea verdad o totalmente exacto, se admiten errores circunstanciales o 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.º. 1ª CE vienen a reconocer el carácter estatal de la igualdad en el marco de la descentralización autonómica y local.

3) Terrenos intermedios

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

El factor económico suele ser importante para la mayor intensidad en la exigencia de no discriminación. Así, por ejemplo, hay mayor requerimiento de no discriminación cuando se trata de 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 14º):

“es doctrina reiterada y constante de este Tribunal que el derecho a la igualdad del art. 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato (sentencia 114/1995, de 6 de julio, FJ 4), ni ampara la falta de distinción entre supuestos

desiguales, por lo que no existe «ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual» (sentencia 16/1994, de 20 de enero, FJ 5), siendo ajena al ámbito de este precepto constitucional la llamada «discriminación por indiferenciación» (sentencia 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5). En definitiva, «el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación» (sentencia 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 7”.

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

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

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

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

- En el caso de las discriminaciones indirectas, como más adelante se observa, se cuestiona como discriminatorio un trato aparentemente neutro, que no hace referencia alguna al colectivo específico que se siente discriminado. Este trato aparentemente neutro será discriminatorio si de su aplicación derivaría una desventaja para dicho colectivo específico. Pues bien, visto de otra manera, la discriminación indirecta lo es por indiferenciación, puesto que el tratamiento neutro es discriminatorio por no distinguir al colectivo discriminado y prever los efectos perniciosos que generará su aplicación en la práctica. Así visto, tampoco se cumpliría que la igualdad no implique un derecho al trato desigual.

5. 3. ANÁLISIS DE SI EL TRATO DIFERENCIADO ES DISCRIMINATORIO: EL JUICIO DE IGUALDAD

Procede recordar lo afirmado por el Tribunal Constitucional siguiendo doctrina del TEDH²⁷⁰:

“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

²⁷⁰ Establecida desde sus primeras sentencias, como en la sentencia de 23 de julio de 1968 (caso régimen lingüístico belga) “La igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable [primero]. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas [segundo]. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 [que consagra el principio de igualdad] se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida [tercero]”.

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”²⁷¹.

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 Constitución²⁷².

- 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 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.

²⁷¹ 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.

²⁷² 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.

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”²⁷³. El concepto se ha trasladado a algunas leyes²⁷⁴, más allá del sexo²⁷⁵ y en el ámbito de discriminación racial se funde con la idea de discriminación “encubierta”²⁷⁶.

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).

- 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.

²⁷³ Sentencia 198/1996, FJ 2º). Con especial importancia, la jurisprudencia del TJCE, por todas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz; de 4 de junio de 1992, asunto Bötél o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez).

²⁷⁴ 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.”

²⁷⁵ 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.

²⁷⁶ 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.”

- 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).

II) Algunas sentencias para observar el seguimiento de los “pasos”

1. PASOS GENERALES: SENTENCIA 37/1998, DE 17 DE FEBRERO, FILMACIÓN DE MANIFESTANTES (CONCURRENCIA DE DERECHOS EN JUEGO, CLARO EJEMPLO DE SEGUIMIENTO DE TODOS LOS “PASOS”)

3. Sigue los hechos del caso.

4. ¿Se te ocurre cómo se inició la vía judicial ante un caso como el presente?

5. Sobre los hechos relatados, qué derechos consideras que están afectados? Qué derechos se analizan en el presente recurso de amparo? ¿Por qué no se analizan todos los derechos que podrían estar afectados?

6. ¿Existe alguna forma de concurrencia o conexión entre derechos fundamentales? En ese caso, ¿cómo la enfoca el Tribunal? Sobre qué bases el Tribunal conecta uno y otro derechos. Observa que se trata de delimitación de derechos (fj 3º).

7. ¿En qué consiste la intervención sobre el-los derecho-s? (inicio del fj 5º, con detalles en inicio fj 6º) Fija la atención en cómo el tribunal

subraya más tarde el efecto psicológico que produce el hecho para fundamentar su relevancia (fj 6 fine).

8. Observa cómo plantea el Tribunal Constitucional los “pasos” que ha de seguir para analizar y enjuiciar el caso (inicio del fj 5º).

9. Observa lo que se señala sobre la previsión legal de la restricción. La posible trascendencia que tiene que sólo se cuente con una genérica previsión legal para la filmación.

10. Qué finalidad legítima analiza el tribunal como potencial restrictor de los derechos en juego (fj 7º)? Observa cómo el tribunal “fija” en el texto constitucional el “bien constitucional” que se afirma por el Gobierno vasco y anteriores resoluciones judiciales.

11. Observa cómo el tribunal examina si la teórica finalidad legítima de la intervención se dio o no en la realidad fáctica del caso. Considera el tribunal en el caso presente que concurrían la existencia de un bien constitucional en juego?

12. ¿Si el tribunal considerase que no había necesidad vinculada a este bien constitucional, haría falta seguir examinando la proporcionalidad de la intervención en el derecho?

13. Observa en el fj 8º cómo el tribunal resume el requisito de la proporcionalidad, ten muy presente tales afirmaciones. Fija tu atención en la proyección de la teoría y los parámetros de la proporcionalidad en este caso concreto.

14. Finalmente, considera la importancia que dota el tribunal al principio de la intervención menos gravosa en los ffj 8 y 9.

Hechos

En la mañana del día 27 de enero de 1993, fecha en la que había sido convocada una huelga general en toda España por diversos Sindicatos, varios militantes de éstos participaron en un piquete informativo que desarrolló su actividad en el polígono industrial del barrio Martutene de Donostia-San Sebastián (al parecer, miembros todos del Sindicato Langile Abertzaleen Batzardeak (L.A.B.).

Dicho piquete, integrado por más de cincuenta personas y que desplegaba su actividad en la vía pública del citado polígono, «informaba a viandantes y otros trabajadores que acudían a sus centros de trabajo en coche», sin que existiera ninguna alteración del orden público, desarrollándose en todo momento su labor «dentro de la más absoluta normalidad» y sin que se produjera ningún hecho que se pudiese considerar delictivo.

Durante el tiempo en que duró la acción del piquete fueron llegando varios coches patrulla de la Ertzaintza y, a una distancia de entre seis y diez metros, varios policías tomaron fotografías y filmaron aquella acción, sin que se atendiera la solicitud de algunos miembros del piquete de que cesara la filmación y la toma de fotografías ni sus intentos de identificarse ante la Ertzaintza.

Fundamentos:

II. Fundamentos jurídicos

1....

En consecuencia, la cuestión fundamental que debe resolver el presente recurso de amparo consiste en determinar si aquella filmación, y las Sentencias que la convalidaron por entenderla no lesiva de los derechos fundamentales invocados, han vulnerado o no dichos derechos.

Según se describe con mayor detalle en el apartado segundo de los antecedentes, con motivo de un día de huelga general convocada en toda España por diversos Sindicatos, varios militantes y simpatizantes sindicales participaron en un piquete informativo en el polígono industrial del barrio de Martutene de San Sebastián.

...

3. Los derechos fundamentales que se invocan y se consideran vulnerados en la demanda de amparo son los de libertad sindical (art. 28.1 C.E.) y huelga (28.2 C.E.). A estas supuestas lesiones a las que debe contraerse nuestro examen, sin que proceda analizar aquí otros derechos fundamentales, como los de intimidad personal y propia imagen (art. 18.1 C.E.) o de reunión y manifestación (art. 21 C.E.). Aunque estos últimos derechos son considerados por la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, lo cierto es que tales derechos no se han invocado ni alegado en momento alguno en la vía previa ni, en todo caso, su vulneración se ha alegado en este proceso constitucional, por lo que deben quedar fuera de nuestro análisis.

Ciñendo, pues, el examen a los derechos de libertad sindical y de huelga, hay que comenzar por recordar, de un lado, la íntima conexión existente entre ambos y, de otro, que el derecho de huelga reconocido en el art. 28.2 C.E. «implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin» (sentencia 254/1988, fundamento jurídico 5.; y, AATC 71/1992 y 17/1995), o, en otros términos, encaminadas a «recabar la solidaridad de terceros» (sentencia 123/1983, fundamento jurídico 4.). En definitiva, el derecho de huelga incluye «el derecho de difusión e información sobre la misma» (sentencia 332/1994, fundamento jurídico 6., reiterada por las Sentencias 333/1994 y 40/1995), integrándose en el contenido esencial de dicho derecho de huelga el derecho a «difundirla y a hacer publicidad de la misma» (ATC 158/1994). Como dice este último Auto, con cita del ya mencionado art. 6.6 del Real Decreto-ley 17/1977, el «requerimiento pacífico a seguir la huelga» forma parte del derecho que proclama el art. 28.2 C.E.

Ciertamente, y como no puede ser de otro modo, se trata de una publicidad «pacífica» (art. 6.6 citado), sin que en modo alguno pueda incurrirse en coacciones, intimidaciones, amenazas ni actos de violencia de ninguna clase (por todas, Sentencias 332/1994, fundamento jurídico 6. y 137/1997, fundamento jurídico 3.), por lo que resulta obligado respetar la libertad de los trabajadores que optan por no ejercer el derecho de huelga (ATC 158/1994), libertad que les reconoce expresamente el art. 6.4 del Real Decreto-ley 17/1977. Es patente que quien ejerce la coacción psicológica o presión moral para extender la huelga se sitúa extramuros del ámbito constitucionalmente protegido y del ejercicio legítimo del derecho reconocido en el art.

28.2 C.E. De un lado, porque limita la libertad de los demás a continuar trabajando y, por otro, porque afecta a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos como son la dignidad de las personas y su derecho a la integridad física y moral -arts. 10.1 y 15 C.E.-, como tuvo ocasión de señalar la sentencia 2/1982, fundamento jurídico 5., respecto a los límites del derecho fundamental de reunión y manifestación, y cuya doctrina se ha aplicado a los límites del derecho de huelga por, entre otras resoluciones, las Sentencias 332/1994, fundamento jurídico 6. y 137/1997, fundamento jurídico 3.; y, los AATC 71/1992 y 158/1994.

Además de estar obligado a partir de los hechos declarados probados por los órganos judiciales [art. 44.1 b) LOTC], a la hora de determinar si se han producido inaceptables extralimitaciones en la difusión y publicidad de la huelga este Tribunal tiene igualmente que respetar el margen de apreciación de aquellos órganos en el ejercicio de sus competencias (art. 117.3 C.E.) (sentencia 332/1994, fundamento jurídico 6., con cita de la sentencia 120/1983, fundamento jurídico 3.; y ATC 158/1994), si bien hay que precisar que, estando en juego un derecho material, como aquí ocurre (derechos de libertad sindical y de huelga), y no el derecho reconocido en el art. 24.1 C.E., el control por parte del Tribunal de las resoluciones judiciales no puede limitarse a verificar el carácter motivado, razonable y no arbitrario de las resoluciones judiciales impugnadas (Sentencias 94/1995, fundamento jurídico 4.; y 188/1995, fundamento jurídico 5.). En este sentido, por ejemplo, no es aceptable presumir que el derecho a hacer publicidad de la huelga reconocido en el art. 6.6 del Real Decreto-ley 17/1977 se va a ejercer de forma antijurídica (ATC 17/1995).

4. En el presente caso, sin embargo, los órganos judiciales declaran expresamente probado que la acción del piquete informativo «se desarrolló dentro del marco legal» y de la más «absoluta normalidad», sin que existiera ninguna alteración del orden público y sin que se produjera ningún hecho que se pudiese considerar delictivo. Tampoco los órganos judiciales han puesto en duda, en momento alguno, la legalidad de la huelga general convocada el 27 de enero de 1993, a la que sin duda es aplicable lo dicho en la sentencia 36/1993 (fundamento jurídico 3.), respecto de la huelga general convocada el 14 de diciembre de 1988. Y, en fin, tampoco ha cuestionado nadie la vía procesal seguida por el Sindicato demandante, el cual recurrió a la modalidad procesal regulada en Capítulo Undécimo del Título II de la L.P.L. (tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas; arts. 175 a 182).

5. Partiendo, pues, de la legalidad de la actuación del piquete que fue fotografiado y filmado, lo que debemos examinar es si esa toma de fotografías y filmación en vídeo lesionó o no los derechos fundamentales invocados.

Es verdad que la actuación policial no impidió ni imposibilitó por completo la actividad del piquete. Así lo afirman los órganos judiciales y así lo reconoce expresamente el Sindicato demandante. Pero lo que hay que dilucidar es, en primer lugar, si la filmación restringió o limitó, aunque fuese levemente, el ejercicio de los derechos fundamentales alegados, singularmente, del derecho de huelga; en segundo lugar, si, en caso afirmativo, existía un derecho, un bien, o un interés jurídico constitucionalmente relevante que autorizase esa restricción; y, por fin, si dicha medida restrictiva resultaba justificada o proporcionada en este caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la existencia o no de medidas alternativas igualmente eficaces y a «la proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental» (sentencia 52/1995, fundamento jurídico 5.).

6. Consta en los hechos declarados probados que algunos miembros del piquete -en la demanda se afirma que debidamente acreditados y de diversos Sindicatos mayoritarios, circunstancia esta última que efectivamente se comprueba a la vista de las actuaciones judiciales- trataron de identificarse y solicitaron de la Ertainzta la cesación de la toma de fotografías y de las filmaciones, alegando que no había razón alguna para ello. Sin dar mayores explicaciones, la policía no atendió sus intentos de identificarse ni tampoco su petición de cese de la filmación, actividad que se prosiguió de forma constante e ininterrumpida.

A lo anterior hay que añadir un dato de relieve muy notable para la resolución del presente caso: en el momento de producirse los hechos ahora enjuiciados no existía ninguna disposición legal que regulase el uso, la conservación y el destino de lo filmado. En efecto, aunque la filmación no estuviese ayuna de una genérica habilitación legal [art. 11.1 e), f) y h) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad], lo cierto es que en ninguna disposición se preveían con detalle suficiente los supuestos y requisitos de su utilización ni la custodia de lo filmado, su uso, sus controles posteriores y los derechos de los posibles interesados; en definitiva, no existía una disposición legal que estableciese un régimen de garantías de los derechos y libertades fundamentales susceptibles de ser afectados por el uso de esa medida.

Todas estas circunstancias permiten avanzar ya en este momento que, efectivamente, la filmación entrañó una disuasión u obstaculización del libre ejercicio del derecho de huelga, reduciendo su efectividad, pues, no cabe minusvalorar los efectos disuasorios que puede producir en el ánimo de quienes pacíficamente forman parte de un piquete informativo el hecho de ser ininterrumpidamente filmados, sin mediar explicación alguna de este proceder -es decir, sin que los afectados puedan conocer los motivos de la medida adoptada-, sin que se acepte su ofrecimiento de identificación y, sobre todo, sin saber qué uso van a hacer de la filmación las fuerzas de seguridad y qué tipo de controles van a existir sobre la misma. Es más, esos efectos disuasorios pueden producirse también sobre los ciudadanos a los que se dirige la información de los piquetes, con la consiguiente enervación, cuando menos parcial, de los efectos de extensión y publicidad de la huelga perseguidos por quienes ejercen ese derecho constitucional.

En suma, las circunstancias concurrentes permiten afirmar que la filmación incidió en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho de huelga, configurándose como un obstáculo, objetivamente constatable, al modo de lo dicho en la sentencia 52/1995 (fundamento jurídico 2.), para la plena efectividad del derecho de huelga.

7. Establecido que la grabación de imágenes restringió el libre ejercicio del derecho de huelga, hay que examinar, seguidamente, si esta restricción respondía a un interés o a un bien constitucionalmente protegido.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco justifica la grabación en las competencias generales de policía que tiene la Administración Pública consistentes en proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. A las citadas competencias hace igualmente referencia el escrito de alegaciones de la representación del Gobierno Vasco, insistiendo en la labor de prevención de desórdenes y de preservación de aquellos derechos y libertades que llevó a cabo la policía en el presente supuesto. Estos son, efectivamente, bienes constitucionalmente relevantes, que, como hemos afirmado en múltiples resoluciones (por todas sentencia 91/1983, fundamento jurídico 3.), pueden

dentro de ciertos límites restringir el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y cuya preservación está constitucionalmente atribuida a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ex art. 104.1 C.E. que explícitamente establece que «tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana».

Ciertamente, como hemos reiterado, consta en los hechos declarados probados que en el supuesto aquí enjuiciado la actuación de los piquetes se produjo «dentro de la más absoluta normalidad», sin que existiera ninguna alteración de la seguridad ciudadana. Es cierto también que la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social aprecia que no existía razón alguna justificativa de la actuación policial, llegando a la conclusión de que la misma revela «una clara desconfianza» hacia los piquetes, desconociendo «su razón de ser (...) y (...) sus límites», actuando la policía «con excesivo celo y rigor (...), presumiendo la posibilidad de altercados u otros incidentes por la acción de un piquete, en ejercicio de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente». El órgano judicial parece reprochar a la actuación judicial que partiera de la presunción de que el derecho a hacer publicidad de la huelga se iba a ejercer de forma antijurídica, contrariamente a lo establecido por el ATC 17/1995.

Sin embargo, no es menos cierto que, en principio, no puede negarse a radice la posibilidad de que, en determinadas circunstancias y con las debidas garantías, puedan emplearse medidas de control como la aquí enjuiciada en orden a la prevención de alternaciones de la seguridad ciudadana y a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades. En el presente caso, la representación del Gobierno Vasco trata de justificar la toma de fotografías y la filmación por la habitualidad de los desórdenes públicos que acompañan a las convocatorias de huelga general, añadiendo que tales desórdenes eran de público conocimiento en el día de la huelga realizada el 27 de enero de 1993, puesto que, según alega -aunque, como destaca la Sentencia del Juzgado de lo Social, el Gobierno Vasco no desplegó actividad probatoria alguna tendente a acreditar este extremo- ese día ya se habían producido en varios puntos de Donostia-San Sebastián.

En suma, a la vista de estos datos, puede concluirse que en el presente caso concurría la existencia de un bien constitucionalmente legítimo como es la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos y la preservación de la seguridad ciudadana que, en principio, podía justificar la adopción de una medida de control preventivo. No obstante, lo que debemos indagar para concluir nuestro enjuiciamiento es si, como acabamos de apuntar, la medida concreta restrictiva del derecho de huelga resulta constitucionalmente proporcionada, dadas las circunstancias específicas del caso y las garantías concretas adoptadas en su aplicación.

8. En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. No procede, sin embargo, reproducir aquí en detalle la doctrina de este Tribunal sobre aquel citado principio (por todas, Sentencias 66/1995, 55/1996 y 207/1996 y las por ellas citadas; también, y entre otras, Sentencias 37/1989, mencionada en el escrito de alegaciones del Gobierno Vasco, y 66/1991).

A los efectos que aquí importan, basta con recordar que, como sintetizan las Sentencias 66/1995, fundamento jurídico 5.; 55/1996, fundamentos jurídicos 6., 7., 8. y 9.; y 207/1996, fundamento jurídico 4. e), 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).

No hay inconveniente para aceptar que, en principio, la grabación de imágenes puede ser una medida susceptible de conseguir el objetivo de prevenir desórdenes capaces de comprometer el ejercicio de otros derechos y libertades de los ciudadanos, como igualmente es capaz de captar la comisión de hechos que pueden ser constitutivos de ilícitos penales, pudiendo considerarse aquella grabación, con las debidas cautelas (por ejemplo, sentencia 190/1992, fundamento jurídico 3., respecto de las grabaciones magnetofónicas), como medio de prueba por los órganos judiciales.

Pero, si cabe aceptar lo anterior, por el contrario no puede apreciarse que, en el presente caso y atendidas las circunstancias concurrentes, la grabación de la actividad de quienes trataban de extender y hacer publicidad de la huelga fuera una medida imprescindible y justificada desde la perspectiva de la proporcionalidad, no ya en el sentido genérico de la proporcionalidad que, según el art. 5.2 c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debe presidir toda actuación policial, sino en el sentido específico propio del juicio de constitucionalidad relativo a la que hemos denominado proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental (por todas, sentencia 28/1983).

En efecto, debe partirse una vez más de la constatación de que las actividades de propagación y publicidad de la huelga se desarrollaron en todo momento de forma pacífica, dentro del marco legal, con la más absoluta normalidad y sin que se produjera ningún hecho que pudiera considerarse delictivo. El dato de que la huelga convocada fuese una huelga general -sobre cuya licitud constitucional ya se ha pronunciado este Tribunal (sentencia 36/1993, fundamento jurídico 3.)- no modifica la constatación precedente, máxime si se tiene en cuenta que las alegadas alteraciones del orden en otros puntos de la ciudad no han sido probadas. En estas circunstancias, la decisión de filmar la actividad del piquete informativo como medida preventiva, aunque constitucionalmente posible en principio, debe resultar especialmente justificada, sobre todo atendiendo a las garantías concretas aplicadas para evitar efectos no estrictamente necesarios o desproporcionados.

Pues bien, estas garantías, hemos reiterado, no se dieron de modo suficiente en el presente supuesto: en primer lugar, porque, a pesar de la solicitud de los miembros del piquete, no se justificó la medida, siendo así que, según tiene declarado este Tribunal, «la restricción del ejercicio de los derechos fundamentales necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó» (sentencia 52/1995, fundamento jurídico 5.). En segundo lugar, no se aceptó como posible medida alternativa la identificación personal ofrecida por los participantes en la acción de dar publicidad a la huelga. Por otro lado, no se aportan datos que permitan concluir que dada la ausencia de peligro claro, actual o inminente de producción de violencia o coacción, y, más en general, de desórdenes que arriesgaran el ejercicio de derechos y libertades, fuese insuficiente la presencia de importantes efectivos de las fuerzas de

orden público (los órganos judiciales declaran probado que estaban presentes varios coches patrulla de la Ertzaintza frente a algo más de cincuenta miembros del piquete) y, por el contrario, que resultara imprescindible para conseguir la anterior finalidad la filmación ininterrumpida y constante de toda la actividad pacífica de extensión y publicidad de la huelga. Finalmente, y de modo muy especial, hay que insistir en que se constata la desproporción de la medida si se tiene en cuenta su especial incidencia disuasora y, en consecuencia, limitadora del derecho de huelga, derivada de la inexistencia en aquel momento de específicas previsiones legales sobre los supuestos y procedimientos para llevar a cabo filmaciones, singularmente importantes en materia de conservación, puesta a disposición judicial y derechos de acceso y cancelación de las grabaciones, al margen de las previsiones generales contenidas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (referencia a esta Ley Orgánica pueden encontrarse en las Sentencias 254/1993, fundamento jurídico 9. y 143/1994, fundamento jurídico 7.).

9. Ciertamente, la filmación no produjo una ablación total del derecho de huelga, sino una simple restricción de su ejercicio. No obstante, atendiendo a las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que en estos supuestos, en los que un derecho fundamental cuyo ejercicio no está constitucionalmente supeditado a ninguna comunicación previa se ve limitado por una actuación policial preventiva, rige el criterio interpretativo de favor libertatis (sentencia 66/1995, fundamento jurídico 3.), debe concluirse que la captación ininterrumpida de imágenes fue una medida desproporcionada para conseguir la finalidad que se pretendía con la misma. Así parece aceptarlo la Sentencia del Juzgado de lo Social cuando habla del «excesivo celo y rigor» y de la «clara desconfianza» hacia los piquetes que manifiesta la adopción de esta medida, que desconoce «su razón de ser (...) y (...) sus límites». Pero ni esta Sentencia, ni tampoco la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, realizaron una adecuada ponderación entre el derecho de huelga y la necesidad de prevenir situaciones de desorden y contrarias a otros derechos y libertades, toda vez que, como se viene razonando, existían medidas menos restrictivas para el derecho fundamental de huelga y a la vez idóneas para asegurar la evitación de desordenes y el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Todo lo anteriormente expuesto conduce al otorgamiento del amparo.

Fallo:

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por el Sindicato Langile Abertzaleen Batzordeak (L.A.B.) y, en consecuencia:

1. Reconocer que se han lesionado los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga (art. 28.1 y 2 C.E.) del Sindicato recurrente.

2. Restablecer en su derecho, y, a este fin, declarar la nulidad de las Sentencias del Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián, de 14 de marzo de 1994, y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 20 de octubre de 1994, en la medida en que no han reparado aquella lesión.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

2. PASOS ESPECIAL ESPECIAL DE LA COLISIÓN ENTRE LIBERTADES INFORMATIVAS Y DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: SENTENCIA 49/2001, CASO J. M^a. GARCÍA- R. MENDOZA. CONCEPTO Y GENERALIDADES DERECHO HONOR, REGLAS DE PONDERACIÓN CON LIBERTADES INFORMATIVAS

- 1. Fije los hechos y expresiones enjuiciadas**
- 2. Tenga en cuenta que se trata de dos sujetos particulares y sobre esta base observe:**
- 3. · el objeto del amparo y su conexión con el artículo 24 CE.**
- 4. · Observe cómo el tribunal fija cómo debe realizarse la ponderación entre los derechos fundamentales en juego. (FJ 3º)**
- 5. · Hasta dónde llega la revisión de la ponderación de derechos que corresponde al Tribunal constitucional. (FJ 4º).**
- 6. Qué dice el Tribunal del concepto del derecho al honor (FJ 5º).**
- 7. Qué concepto da del honor el Tribunal Constitucional (FJ 5º).**
- 8. Qué dice el Tribunal de las afirmaciones molestas e hirientes. ¿Son de suyo intromisiones ilegítimas en el honor? (FJ 5º).**
- 9. Qué dice el tribunal sobre el insulto, puede en algún caso quedar en el marco del artículo 20 (FJ 5º).**
- 10. Cuáles son las reglas que fija el tribunal para la ponderación de los derechos invocados (FJ 6º) Tenga estas reglas bien presentes.**
- 11. ¿Tiene relevancia el hecho de que las expresiones empleadas fuesen innecesarias para su exposición? (FJ 6º).**
- 12. ¿Es importante considerar el interés público del tema tratado, y en este caso? (FJ 6 y 7) ¿y que el presuntamente lesionado en su honor sea una persona pública, y en este caso?**
- 13. ¿Qué relevancia tiene el contexto, y en este caso? (FJ 7) Importa el hecho de que el periodista hubiera atacado en anteriores ocasiones al ahora atacante (FJ 7)**

...

II. Fundamentos jurídicos

J. M^a García contra R. Mendoza

Como ha quedado registrado en los antecedentes de la Sentencia, las expresiones aquí enjuiciadas fueron pronunciadas durante el discurso que el señor Mendoza Fontela dirigió, como Presidente, a la Asamblea del Real Madrid, en el contexto de una fuerte polémica pública iniciada por el demandante de amparo, profesional de los medios de comunicación, y que tenía como objetivo desprestigiar al Presidente y a algunos miembros del club. Ha quedado asimismo acreditado que en el curso de esta controversia se llegaron a entablar otros procesos judiciales, al margen del que ha dado origen al presente recurso de amparo, en el que el demandante admitió haber calificado al señor Mendoza Fontela de «embustero», «mentiroso», «zafio», «histórico», «tonto», «descarado», «perjuro», «soberbio», «cobarde», «desvergonzado», «hortera» y «cantamañanas», y a uno de sus directivos de «choricero soriano».

1. El presente recurso de amparo se plantea contra la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1997 por entender el demandante que ha vulnerado su derecho al honor (art. 18.1 CE) en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Esta resolución casó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de diciembre de 1992, que confirmó en apelación la dictada el 10 de marzo de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Madrid declarando que determinadas expresiones proferidas por don Ramón Mendoza Fontela durante la Asamblea general ordinaria y extraordinaria de socios del Real Madrid que tuvo lugar el 6 de octubre de 1991 constituyeron una intromisión ilegítima en el honor del señor García Pérez, si bien la existencia de una previa campaña difamatoria por parte de éste contra el señor Mendoza Fontela debilitó los límites del derecho al honor del demandante, razón por la que se condenó al demandado al pago de una indemnización que se fija en una cantidad simbólica a determinar en ejecución de Sentencia. La resolución impugnada, por el contrario, consideró que no se había producido en el caso intromisión ilegítima atentatoria contra el honor del demandante de amparo, «al tener en cuenta su delimitación por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos (art. 2.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo) ha mantenido el mismo», lo cual comprende la posición y actuación del ofendido, su proyección pública y el contexto en el que se produjeron las expresiones consideradas.

...

2. ...

De lo anterior resulta que nuestro examen debe reducirse a analizar si las expresiones vertidas por el señor Mendoza Fontela sobre la persona del padre del Sr. García Pérez durante la Asamblea general ordinaria y extraordinaria de socios del Real Madrid constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor. **Las manifestaciones a enjuiciar transcritas en el antecedente segundo**, letra a), segundo párrafo, de esta Sentencia, son las siguientes: «... a los padres de los demás cuando son personas decentes hay que dejarlos en paz, sobre todo si un padre es obrero como era este de Hauser and Menet o el otro, es un empresario que tuvo la gran tragedia de que lo secuestraran, o el padre de cualquiera de nosotros, sobre todo cuando se tiene un padre con una Cooperativa de Viviendas, La Familia Española, en Tres Cantos, que ha estado procesado por estafa, en documento público y por estafa procesado. ... De todas maneras, por favor, vamos a mantener un tono nosotros correcto, hemos dicho la verdad que está escrita en todas partes, cuando se hable de los padres te encuentras con

tus padres también, si llama a este señor que está allí, el hijo del choricero, y yo he dicho que es mucho mejor ser hijo de choricero que hijo de un chorizo —comprende Vd.?, claro, claro...».

3. La representación del señor Mendoza Fontela alega que la demanda de amparo carece de contenido constitucional, ya que, bajo la invocación del derecho al honor (art. 18.1 CE) en relación a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se limita a discrepar de la aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 realizada por el Tribunal Supremo, con lo que suscita una cuestión de interpretación de la norma aplicable que corresponde a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional. Ello debió, a su entender, haber determinado la inadmisión a trámite del recurso presentado por el señor García Pérez y, en todo caso, debe dar lugar en este momento a su desestimación.

El enjuiciamiento de este alegato ha de partir de la consideración de que la cuestión que se plantea inicialmente como objeción de procedibilidad afecta, en su esencia, al fondo del amparo que se nos demanda, puesto que incide sobre el contenido constitucionalmente apreciable del derecho fundamental al honor, consagrado en el art. 18.1 CE.

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.

Planteadas así la cuestión hemos de observar, ante todo, que el contenido del derecho al honor constitucionalmente protegible en la vía de amparo no coincide exactamente con el que se le atribuye en el ámbito específico de la legislación civil. En efecto, tal y como sostiene en su segunda alegación el Ministerio Público, la protección constitucional del derecho al honor (art. 18.1 CE) no puede desligarse de la eventual colisión de éste con otros derechos, y, concretamente, con el que tiene por contenido la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en el presente caso ejercida por el señor Mendoza Fontela a través de sus controvertidas manifestaciones. 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].

4. ...

Ahora bien, nuestro enjuiciamiento no puede limitarse a comprobar que el órgano judicial efectuó una interpretación de los derechos en juego, y que ésta no fue irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea. Por el contrario, como ya hemos

declarado en otras ocasiones, en la resolución de casos como el presente el Tribunal Constitucional debe determinar si se han vulnerado los derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia, ya que las razones argumentadas en ella no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (sentencia 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3).

5. Sentado lo anterior debemos, pues, determinar si las citadas manifestaciones del señor Mendoza Fontela sobre el padre del señor García Pérez constituyeron o no una ilegítima intromisión en el derecho al honor de éste garantizado por el art. 18.1 CE.

Para ello debemos iniciar nuestro enjuiciamiento afirmando una vez más que el honor, como objeto del derecho consagrado en el art. 18.1 CE, es un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, y de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege (Sentencias 180/1999, de 11 de octubre; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7). A pesar de ello este Tribunal no ha renunciado a definir el contenido constitucional abstracto del derecho fundamental al honor, y ha afirmado que éste ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas. Por ello las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a 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.

Por contra el carácter molesto o hiriente de una opinión o una información, o la crítica evaluación de la conducta personal o profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional, no constituyen de suyo una ilegítima intromisión en su derecho al honor, siempre, claro está, que lo dicho, escrito o divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran (Sentencias 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2; 190/1992, de 16 de noviembre, FJ 5; 123/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 170/1994, de 7 de junio, FJ 2; 3/1997, de 13 de enero, FJ 2; 1/1998, 12 de enero, FJ 5; 46/1998, 2 de marzo, FJ 6; 180/1999, FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 282/2000, FJ 3).

Abundando en este concepto constitucional de honor, en íntima conexión con la dignidad de la persona -art. 10.1 CE- (sentencia 180/1999, FJ 5), hemos afirmado que el art. 18.1 CE otorga rango constitucional a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás (sentencia 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). Ciertamente, como todos los derechos constitucionales, el honor también se encuentra limitado, especialmente por los derechos a informar y a expresarse libremente. Pero hemos reiterado en nuestra jurisprudencia que el art. 20.1 a) CE no garantiza un pretendido derecho al insulto (sentencia 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5; 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 6; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7), pues la «reputación ajena», en expresión del art. 10.2 del Convenio Europeo de

Derechos Humanos (SSTEDH, caso Lingens, de 8 de julio de 1986, ^{oo} 41, 43 y 45; caso Barfod, de 22 de febrero de 1989, ^o34; caso Castells, de 23 de abril de 1992, ^{oo} 39 y 42; caso Thorgeir Thorgeirson, de 25 de junio de 1992, ^o 63 y sigs.; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992, ^{oo} 34 y 35; caso Bladet Tromsø y Stensaas, de 20 de mayo de 1999, ^{oo} 66, 72 y 73), constituye un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (sentencia 297/2000, FJ 7). En suma, el derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución (art. 20.4 CE) impone al derecho a expresarse libremente [art. 20.1.a)], prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena.

6. A la luz de la doctrina expuesta debemos examinar si las denunciadas manifestaciones del señor Mendoza Fontela constituyeron una intromisión ilegítima en el honor del demandante de amparo (art. 18.1 CE), o si, por el contrario, tal vulneración no se produjo por estar aquellas declaraciones amparadas en la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] a la vista de las concretas circunstancias que concurren en el presente caso.

Para llevar a cabo la ponderación entre los dos derechos invocados las circunstancias que deben tenerse en cuenta, tal como las ha relacionado sintéticamente la sentencia 11/2000 en su FJ 8, son el juicio sobre la relevancia pública del asunto (Sentencias 6/1988, de 21 de enero; 121/1989, de 3 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre, y 178/1993, de 31 de mayo) y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (sentencia 76/1995, de 22 de mayo), especialmente si es o no titular de un cargo público. Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables (sentencia 107/1988), como una entrevista o intervención oral (sentencia 3/1997, de 13 de enero), y, por encima de todo, si en efecto contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (Sentencias 107/1988, de 8 de junio, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, y 15/1993, de 18 de enero, entre otras).

De entrada debe señalarse que, en el presente caso, las circunstancias en las que se produjeron las controvertidas declaraciones del señor Mendoza Fontela ponen de manifiesto la existencia de una colisión entre el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y el derecho al honor (art. 18.1 CE). Por un lado dichas declaraciones se realizaron durante un discurso dirigido a los socios compromisarios del Real Madrid reunidos en Asamblea, y si bien el orador transmitió alguna información sobre el señor García Pérez y su padre, del conjunto de la alocución se infiere claramente que su propósito no fue tanto el de sentar hechos o afirmar datos objetivos [art. 20.1 d) CE] como el de formular «pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra» [art. 20.1 a) CE], concretamente, emitir juicios personales y subjetivos a través de los cuales se trataba de infundir a la audiencia una determinada imagen del periodista y de su familia. De acuerdo con la diferencia que desde la sentencia 104/1986 hemos establecido entre la amplitud de ejercicio de los dos derechos considerados, la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición (Sentencias 105/1990, FJ 4; 112/2000, FJ 6).

Por otro lado, si bien formalmente la expresión injuriosa («chorizo») va referida al padre del recurrente («es mejor ser hijo de un choricero que de un chorizo»), a quien se imputan determinados hechos, una lectura del discurso del señor Mendoza Fontela en

su conjunto permite concluir que su intención no fue tanto la de menospreciar a la persona del padre del periodista aquí recurrente como la de replicar directamente a éste, objeto central de su intervención.

7. Entrando ya en el examen de las circunstancias que concurren en el presente caso debe señalarse inicialmente que no cabe dudar de la relevancia pública del tema tratado, que se refería al procesamiento del padre del recurrente por una estafa cometida en la gestión de una cooperativa de viviendas. Al respecto hemos declarado que la crítica legítima en asuntos de interés público ampara incluso aquellas que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de una persona, pero hemos matizado que no puede estar amparado por la libertad de expresión quien, al criticar una determinada conducta, emplea expresiones que resultan lesivas para el honor de quien es objeto de la crítica, aun cuando ésta tenga un carácter público (sentencia 3/1997, FJ 6).

Tampoco ofrece duda en este caso el carácter de personaje con notoriedad pública del recurrente, quien disfrutaba de acreditada publicidad por su actividad profesional como popular periodista deportivo, cuyas emisiones radiofónicas gozaban de un alto índice de audiencia y cuyo contenido y estilo fueron en más de una ocasión objeto de pública controversia. En cuanto personaje con notoriedad pública, en el sentido que le hemos dado en nuestra jurisprudencia, podría ver el señor García Pérez limitado su derecho al honor con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad de su figura (Sentencias 134/1999, de 15 de julio, FJ 7, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7). Con todo hemos puntualizado que, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación resulte innecesaria para la información y la crítica relacionada con el desempeño un cargo público, el desarrollo de una actividad profesional o la difusión de una determinada información, la persona afectada ha de ser considerada a todos los efectos un particular como otro cualquiera, que podrá hacer valer su derecho al honor o a la intimidad frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE (Sentencias 76/1995, de 22 de mayo; 3/1997, de 13 de enero; 134/1999, y SSTEDH, caso Sunday Times, de 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Praeger y Oberschlick, de 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997, y caso Fressoz y Roire, de 21 de enero de 1999), sin perjuicio de que sobre ella pese la carga de la prueba sobre el carácter injurioso, vejatorio o innecesario de la crítica a la que haya sido sometida (Sentencias 192/1999, FJ 7; 112/2000, FJ 8).

Finalmente, la ponderación de las circunstancias exige en este caso una especial referencia al contexto en el que se produjeron las controvertidas manifestaciones del señor Mendoza Fontela, valorando su contenido, intensidad de las frases, su tono y su finalidad crítica (sentencia 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). Como ha quedado registrado en los antecedentes de la Sentencia, las expresiones aquí enjuiciadas fueron pronunciadas durante el discurso que el señor Mendoza Fontela dirigió, como Presidente, a la Asamblea del Real Madrid, en el contexto de una fuerte polémica pública iniciada por el demandante de amparo, profesional de los medios de comunicación, y que tenía como objetivo desprestigiar al Presidente y a algunos miembros del club. Ha quedado asimismo acreditado que en el curso de esta controversia se llegaron a entablar otros procesos judiciales, al margen del que ha dado origen al presente recurso de amparo, en el que el demandante admitió haber calificado al señor Mendoza Fontela de «embustero», «mentiroso», «zafio», «histérico», «tonto»,

«descarado», «perjuro», «soberbio», «cobarde», «desvergonzado», «hortera» y «cantamañanas», y a uno de sus directivos de «choricero soriano».

Pues bien, de la lectura de la totalidad del discurso del señor Mendoza Fontela se deduce que la expresión «es mejor ser hijo de un choricero que de un chorizo» pretendía esencialmente defender ante los compromisarios del club el prestigio de éste frente a los reiterados ataques del periodista, quien había lanzado una campaña de desprestigio contra la institución y sus directivos, que extendió a los jugadores del equipo e incluso a familiares. En este concreto contexto, la expresión «hijo de chorizo» con la que el señor Mendoza Fontela aludió al demandante en su discurso (tras exponer que el padre de éste había sido procesado por estafa) realizando un juego de palabras con la expresión que previamente profirió el señor García Pérez para referirse a un dirigente del club («choricero soriano»), significó más una defensa de la entidad que aquél presidía y de sus representantes que a un ataque al honor del recurrente.

Ciertamente, fuera de este contexto la expresión podría reputarse formalmente denigratoria, y por ello no amparada por el art. 20.1 a) CE que, como se ha dicho, no reconoce un pretendido derecho al insulto, el cual sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental (sentencia 105/1990, FJ 8). Ahora bien, en el contexto de la polémica entablada entre ambos personajes y de la previa campaña difamatoria emprendida por el señor García Pérez, y atendiendo al conjunto del discurso del señor Mendoza Fontela, al sentido de la frase concreta y a su finalidad, las expresiones aquí enjuiciadas no pueden reputarse constitutivas de una intromisión ilegítima en el honor del recurrente, porque no transgredieron el legítimo ejercicio de la libertad de expresión.

8. En base a la anterior conclusión hemos de declarar que la Sentencia de 31 de enero de 1997 de la Sala Primera del Tribunal Supremo no vulneró el derecho al honor del recurrente y, consiguientemente, debemos denegar el amparo solicitado.

3. IGUALDAD: SENTENCIA 200/2001, HIJOS ADOPTIVOS, CRITERIOS GENERALES DISCRIMINACIÓN ANTE LA LEY

- 1. Fija la diferencia legislativa, la diferenciación que establece y que va a ser enjuiciada de si es o no discriminatoria (FJ 2). Observa los términos de comparación fijados en este caso “las situaciones a considerar...”. Observa cómo se dice que no se trata de “igualdad EN la ley” (FJ 2, final).**
- 2. Observa y efectúa un esquema de la doctrina sobre igualdad expresada en el FJ 4º de la sentencia. En concreto, ten muy presente la definición que se da del derecho el derecho subjetivo de igualdad. Compáralo con los pasos especiales de la igualdad. Observa lo relativo a la necesaria fundad, razonable y objetiva justificación y la no desproporcionalidad de la medida (FJ 4 a).**
- 3. Igualmente fija tu atención en lo relativo a las cláusulas prohibidas de discriminación (FJ 4B). ¿es una lista cerrada?, ¿es imposible establecer diferenciaciones basadas en las**

circunstancias prohibidas?, ¿qué consecuencias tienen tales prohibiciones (“canon de control”, “carga de la prueba”)?

- 4. ¿La discriminación por filiación queda en el ámbito de la discriminación prohibida por nacimiento? (FJ 4C).**
- 5. Observa con atención la doctrina sobre el “juicio de igualdad”, lo afirmado como requisitos obligados previos (FJ 5).**
- 6. En el caso concreto, habiendo una diferencia de trato, ¿considera el Tribunal Constitucional que los términos de comparación son admisibles? (FJ 6). Resume los argumentos sigue en este caso el tribunal.**
- 7. Por qué considera el Tribunal discriminatoria la diferencia establecida entre hijos adoptados y naturales (FFJJ 7, 8 y 9).**
- 8. Observa lo afirmado respecto de la acción prestacional de los poderes públicos. Esto es aplicable a cualquier actividad de subvención**
- 9. Ya en particular, ¿Sería inconstitucional que no se reconociesen estas pensiones de orfandad a todo huérfano? (FJ 8). Asimismo, observa lo afirmado respecto de la finalidad de evitar fraudes (FJ 9).**

II. Fundamentos jurídicos

2. ...La lectura de los apartados transcritos pone de manifiesto que el derecho de los hijos adoptivos a la pensión de orfandad quedaba sometido al condicionamiento adicional que se recogía en el segundo inciso del art. 41.2, de modo que tenían derecho a la pensión de orfandad si, *además de concurrir los requisitos señalados con carácter general en el art. 41.1, el adoptante había sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de adopción*. Así pues, el texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 diseñaba un régimen jurídico diferente para los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza en orden al derecho a percibir la pensión de orfandad, ya que para éstos sólo se exigían los requisitos de carácter general del art. 41.1, en tanto que para aquéllos se imponía además el ya reiteradamente aludido requisito temporal del segundo inciso del art. 41.2.

La cuestión sometida a nuestro enjuiciamiento se contrae a determinar, por lo tanto, si este requisito temporal que el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 exigía para que los hijos adoptivos tuvieran derecho a la pensión de orfandad supone un tratamiento diferenciado entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza que, por discriminatorio, resulta lesivo del derecho a la igualdad en la Ley (art. 14 CE). Las situaciones a considerar, al objeto de efectuar el juicio de igualdad, vienen constituidas, de un lado, por los hijos adoptivos, a los que se les imponía aquel requisito temporal, y, de otro, por los hijos por naturaleza, y no por las diferentes situaciones en las que se podrían encontrar los hijos adoptivos entre sí en función de que el adoptante hubiera sobrevivido o no dos años al menos desde la fecha de la adopción. Así resulta de los propios términos de la sentencia 46/1999, de 22 de marzo, por lo que deben de ser descartadas las dudas que el Abogado del Estado expone al

respecto en su escrito de alegaciones sobre los términos de comparación que han sido tenidos en cuenta en la mencionada Sentencia, al estimar que el precepto aplicado por las resoluciones administrativas y judicial impugnadas contenía una discriminación respecto a los hijos adoptivos que pugna con el derecho constitucional de igualdad en la Ley (art. 14 CE), y, por consiguiente, sus razonamientos en orden a justificar la constitucionalidad del precepto desde esta perspectiva.

[...]

4. El enjuiciamiento desde la perspectiva del art. 14 CE del requisito temporal que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987 para reconocer a los hijos adoptivos el derecho a la pensión de orfandad hace preciso traer a colación la reiterada doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación recogidas en el mencionado precepto constitucional.

a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, *como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.*

Como tiene declarado este Tribunal desde la sentencia 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que *no* toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, *el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable.* 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* (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).

b) *La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto*

constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (Sentencias 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, Sentencias 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, Sentencias 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, Sentencias 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, sentencia 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, Sentencias 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, Sentencias 92/1991, de 6 de mayo, FF JJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, sentencia 75/1983, de 3 de agosto, FF JJ 6 y 7; en relación con la raza, sentencia 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos 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.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (Sentencias 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las Sentencias 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la

raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (sentencia 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).

c) En este sentido, dentro de la prohibición de discriminación del art. 14 CE y, más concretamente, dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación (Sentencias 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b; 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; AATC 22/1992, de 27 de enero; 324/1994, de 28 de noviembre), de modo que deben entenderse absolutamente equiparadas éstas (ATC 22/1992, de 27 de enero). Y directamente conectado con el principio constitucional de no discriminación por razón de filiación (ATC 22/1992, de 27 de enero), se encuentra el mandato constitucional recogido en el art. 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (sentencia 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (sentencia 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5).

5. El juicio de igualdad es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (sentencia 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación 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). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma.

En el presente supuesto, como ya se ha dejado constancia y cabe deducir con absoluta nitidez de la lectura del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado de 1987, es evidente la diferencia que el mencionado precepto establecía desde la perspectiva de los derechos pasivos, en concreto, de la percepción de la pensión de orfandad, entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza, al imponer a aquéllos como requisito para que pudieran tener derecho a la pensión de orfandad que el adoptante hubiera sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción, el cual, así como ningún otro requisito temporal, no era exigido, sin embargo, a los hijos por naturaleza.

6. Un análisis más detenido requiere el segundo de los presupuestos antes aludido, esto es, la homogeneidad o equiparación de las situaciones subjetivas que se pretenden comparar a efectos del juicio de igualdad, constituidas en este caso por las de los hijos adoptivos y las de los hijos por naturaleza. La concurrencia o no de dicha homogeneidad o equiparación pasa necesariamente por abordar la caracterización jurídica de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico y, en concreto, por determinar si la misma constituye o no una forma o modalidad de filiación, ya que sólo en tal caso nos encontraríamos ante dos situaciones que, a efectos de lo establecido en el art. 14 CE, podrían considerarse iguales.

La Constitución no contiene una definición del instituto de la filiación, dejando un amplio espacio a la regulación del legislador, el cual se encuentra obviamente vinculado y constreñido por distintos mandatos constitucionales, entre ellos, en lo que ahora interesa, por la prohibición de discriminación por razón de nacimiento (art. 14 CE), en

cuanto comprensiva de la igualdad entre las distintas clases de filiación, así como por la obligación de asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE). En este sentido no cabe sino compartir los razonamientos del Abogado del Estado y del Fiscal General del Estado de que dentro del margen de libertad del legislador se encontraría la posibilidad de establecer o no una institución a la que denominase adopción o, incluso, de configurarla al margen de la relación genérica de filiación.

Siendo ello cierto, sin embargo no lo es menos, sin necesidad de detenerse en la evolución que ha experimentado la regulación de la adopción desde la redacción originaria del Código Civil, que el legislador postconstitucional, ya en la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, ha configurado y caracterizado la institución de la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico como una forma o modalidad de filiación, estableciendo al respecto la nueva redacción que se dio al art. 108 del Código que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción”.

A diferencia de la vigente regulación de la adopción, que sólo contempla una modalidad a la que se le confieren los mismos efectos que a la filiación por naturaleza (arts. 108 y 175 a 180 CC), hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, coexistían en nuestro Ordenamiento dos modalidades de adopción, la plena y la simple, equiparándose únicamente la adopción plena a la filiación por naturaleza en la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

En los distintos efectos atribuidos a una y otra modalidad de adopción, equiparándose sólo la plena a la filiación por naturaleza, radica, sin duda, el motivo por el que este Tribunal en la sentencia de la Sala Segunda 33/1983, de 4 de mayo, consideró que la denegación de la pensión de orfandad a un adoptado en forma simple no vulneraba el principio de igualdad ya que el legislador partía de dos formas diferentes de adopción con efectos y regímenes jurídicos también distintos. En tal contexto global debe entenderse el sentido de la expresión contenida en esa Sentencia de que “se comprende que en el régimen de pasivos ... era perfectamente legítimo un sistema en que se reconozca pensión solo a los huérfanos que sean hijos adoptivos en la modalidad de plena, y aun que se condicione ésta a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo”. Es claro que la alusión a que la adopción sea anterior en un determinado tiempo se hace en esta Sentencia, de modo meramente incidental, siendo la verdadera *ratio decidendi* la diferenciación de regímenes de adopción. Por ello no se puede ver en dicha Sentencia y en esa concreta expresión una aceptación de la legitimidad constitucional de que en un régimen único de adopción, en el que ésta se equipara a la filiación por naturaleza, tenga cabida la limitación temporal, cuyo enjuiciamiento es el objeto único del actual proceso.

En lo que aquí interesa, basta con resaltar que la adopción aparece configurada y caracterizada en nuestro ordenamiento jurídico como una forma de filiación, determinando, en consecuencia, el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado, que el propio art. 108 CC prevé, además, que surte los mismos efectos que la filiación por naturaleza. En otras palabras, la filiación puede tener lugar en nuestro ordenamiento tanto por naturaleza como por adopción, radicando la diferencia entre una y otra modalidad de filiación en su origen, pues en tanto aquélla deriva de la existencia de un nexo biológico, ésta viene determinada por resolución judicial. De otra parte, esta caracterización de la adopción como forma de filiación sintoniza con lo establecido en el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en la

Haya el 19 de marzo de 1993, ratificado por España el 27 de marzo de 1995, cuyo art. 26.1 dispone que “el reconocimiento de la adopción supone el reconocimiento: A) Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos...”.

Así pues, siendo la adopción, como lo es, una forma de filiación, las situaciones subjetivas que se pretenden comparar reúnen los requisitos de identidad y homogeneidad que a los efectos del juicio de igualdad impone el art. 14 CE.

7. La diferencia de trato normativo entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza que establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado viene referida a una prestación social, la pensión de orfandad, respecto a la que el derecho a percibirla viene determinado, al margen de los requisitos específicos relativos a la edad de los beneficiarios que son comunes a los hijos adoptivos y por naturaleza y, por consiguiente, intrascendentes a los efectos de la diferenciación enjuiciada, por la existencia de una relación de filiación entre el causante y los beneficiarios de la misma. El trato desigual en perjuicio de los hijos adoptivos es un hecho indiscutible desde el momento en que se condicionaba su derecho a la percepción de la pensión a que el adoptante hubiera sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción, no exigiéndose, por el contrario, requisito temporal alguno a los hijos por naturaleza. Y no se necesita profundizar excesivamente en la materia para comprender, circunstancia en la que están de acuerdo todas las partes que han comparecido en este proceso, que el único factor diferencial y determinante del distinto trato normativo viene dado por el diferente origen de la filiación de unos y otros beneficiarios, esto es, por su condición de hijos adoptivos o de hijos por naturaleza.

Al fundarse exclusivamente el diferente trato que dispensaba la norma en la filiación de los posibles beneficiarios de la prestación es evidente que la misma resulta contraria, no sólo al art. 14 CE, en cuanto utiliza como criterio de diferenciación una característica —la filiación— excluida como causa de discriminación por el mencionado precepto constitucional, al encuadrarse concretamente tal circunstancia en la expresa prohibición de discriminación por razón de nacimiento, sino también al mandato que el art. 39.2 CE impone a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, “iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación”, pues, configurada la adopción en nuestro Ordenamiento jurídico como una forma de filiación, ambos preceptos constitucionales imponen un régimen igual entre las distintas modalidades de filiación en el plano de sus efectos o consecuencias jurídicas.

8. A mayor abundamiento, aun en el supuesto de que pudiera admitirse, de conformidad con la doctrina constitucional de la que se ha dejado antes constancia, que tal elemento de diferenciación pudiera ser utilizado excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica (Sentencias 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 5 de mayo, FJ 8), las razones que en defensa de su constitucionalidad expone en su escrito de alegaciones el Abogado del Estado en ningún modo satisfacen el canon más estricto y riguroso que en estos casos requieren las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, aduce, en primer término, las *importantes matizaciones que experimenta el derecho constitucional a la igualdad cuando se proyecta sobre la acción prestacional de los poderes públicos*. Ciertamente es, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, que el legislador dispone de un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias económicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales (Sentencias 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 134/1987, de 21 de julio, FJ 5; 97/1990, de 24 de mayo, FJ 3; 184/1990, de 15 de

noviembre, FJ 3, por todas), así como también que corresponde a su libertad de configuración articular los instrumentos, normativos o de otro tipo, a través de los que hacer efectivo en este caso el mandato constitucional del art. 39.2 CE de asegurar la protección integral de los hijos, sin que ninguno de ellos resulte *a priori* constitucionalmente obligado [Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4 a); 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5]. Ahora bien, no es menos cierto, sin embargo, que, configurado un determinado mecanismo o expediente para la protección de los hijos, su articulación concreta deberá de llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a las que en este ámbito imponen el principio de igualdad (art. 14 CE) y el propio art. 39.2 CE, so pena de incurrir en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE. Ello sin perjuicio, obviamente, de que en atención a las disponibilidades económicas de cada momento para atender a las necesidades sociales el legislador pueda, respetando estas prescripciones constitucionales, diferenciar al determinar los posibles beneficiarios de la prestación en atención a criterios de necesidad relativa o a otros que resulten igualmente racionales (Sentencias 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4).

9. En segundo lugar, como ya hiciera con ocasión del recurso de amparo que resolvió la sentencia 46/1999, de 22 de marzo, el Abogado del Estado insiste de nuevo para justificar la diferenciación normativa que entre hijos adoptivos e hijos por naturaleza establecía el art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado en que *la finalidad del requisito temporal que a aquéllos imponía era la de evitar posibles fraudes, tratándose así de impedir que la causa real de la adopción fuera la de facilitar al adoptado una pensión de orfandad en vez de constituir en realidad un vínculo jurídico de filiación.*

Para rechazar tal argumentación, como causa que pudiera justificar la diferenciación normativa enjuiciada, basta con remitirse, asumiéndolos ahora, a los razonamientos vertidos al respecto en la *sentencia 46/1999, de 22 de marzo, con base en los cuales concluyó la Sala Primera de este Tribunal que la desigualdad creada por la norma, ni era razonable, ni proporcionada al fin perseguido por la misma, de modo que tal diferencia debía de considerarse contraria al art. 14 CE.* Se dijo al respecto en la mencionada Sentencia, y procede reiterar en este momento, que tal cautela frente al fraude de Ley resultaba claramente desproporcionada, pues *“con el fin de evitar un posible fraude se priva de pensión a todos aquellos hijos adoptados que hayan quedado huérfanos en este período. Fraude, por otra parte que, al menos de modo generalizado, tampoco puede producirse, ya que para que se realice es preciso que muera el adoptante; suceso que, en la gran mayoría de los casos, es imprevisible, e incluso, en el supuesto de que fuera realmente previsible, tampoco podría considerarse que la adopción realizada fuera necesariamente fraudulenta”.* Razonamiento al que se añadía que esta forma de proceder del legislador no resultaba tampoco razonable, ya que *“además de presumir que se ha actuado en fraude de Ley, [se] establece una presunción sin posibilidad de prueba en contrario, lo que no sólo supone invertir el principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a la exigencia de la buena fe, sino que se está desconociendo la exigencia constitucional de dar protección a la familia y a los hijos (art. 39.1 y 2 CE)” (FJ 2).*

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “para que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años, al menos, desde la fecha de la adopción” del art. 41.2 del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a cuatro de octubre de dos mil uno.

CUARTO. APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Publicado en Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia. Red de defensorías del pueblo latinoamericanas, nº 4, 2007, 28 páginas.

CONTENIDO:

- I. Elementos generales:* 1. A modo de introducción; 2. En el Título preliminar no se regulan derechos fundamentales; 3. Descripción general del Título I; 4. Artículo 10: dignidad de la persona y la importancia de los tratados internacionales de derechos y libertades; 5. Extranjería y algunas cuestiones de titularidad de derechos y la capacidad para ejercerlos; 6. Suspensión de derechos
- II. Garantías y protección de los diferentes grupos derechos y libertades reconocidos en la Constitución:* 1. Garantías que concurren en los derechos reconocidos en los artículos 14 a 38: eficacia, requisitos de los límites y actuación normativa; 2. Garantías reservadas a los derechos de los artículos 15 a 29 (y en casos el artículo 14): reserva de ley orgánica, tutela jurisdiccional especial y rigidez constitucional; 3. La “modulada” fuerza normativa de los “principios rectores” de los artículos 39 a 52; 4. Garantías no jurisdiccionales de los derechos
- III. Los derechos y libertades especialmente protegidos (arts. 14 a 29):* 1. La igualdad formal; 2. Derechos de la personalidad; 3. Las libertades públicas; 4. Derechos del ámbito político y participativo; 5. Acceso a la justicia y garantías procesales, penales y sancionatorias; 6. El derecho a la educación como derecho social fundamental
- IV. El resto de derechos, deberes y “principios” reconocidos en el Título I y en la Constitución:* 1. Los derechos y deberes reconocidos en los artículos 30 a 38; 2. De los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52); 3. Otros derechos reconocidos en la Constitución

Abstract:

En escasas páginas se ambiciona ofrecer al lector una visión jurídica bastante concreta y útil del sistema de derechos fundamentales en la Constitución española de 1978. Dados los puntos comunes en el Derecho de los derechos fundamentales, se subrayan aspectos más llamativos por contraste respecto de otros países. A lo largo del estudio y puntualmente se incluyen referencias jurisprudenciales de fácil localización, pero no referencias doctrinales; si bien, el estudio incorpora una sistemática selección de recursos fácilmente accesibles para cualquier usuario de la red, así como referencias bibliográficas por temas.

En primer lugar, se exponen diversos elementos generales: el alcance del Título preliminar respecto de los derechos, el contenido y alcance general del Título I, la centralidad del artículo 10 para el sistema de derechos y se observan cuestiones de titularidad de derechos y el sistema de suspensión de los mismos. En segundo lugar, se abordan las diferentes garantías y protección de los diversos grupos derechos y

libertades, en razón del precepto donde estén reconocidos, así como los llamados “principios rectores”. Se hace también referencia a las garantías no jurisdiccionales de los derechos. Ya en tercer lugar, se lleva a cabo una aproximación de los derechos y libertades especialmente protegidos (arts. 14 a 29). Se recalcan los aspectos conflictivos típicos y las concretas soluciones y reglas adoptadas por el Tribunal Constitucional. Dicho análisis se efectúa respecto del siempre complejo principio de la igualdad formal, el grupo de los derechos de la personalidad, las libertades públicas; los derechos del ámbito político y participativo; el acceso a la justicia y garantías procesales, penales y sancionatorias y el derecho a la educación como derecho social fundamental. Finalmente y con menor profundidad, se abordan el resto de derechos, deberes y “principios”, con distinción de los derechos y deberes reconocidos en los artículos 30 a 38 de los principios rectores de la política social y económica (arts. 39 a 52), así como otros derechos reconocidos en la Constitución y su tratamiento jurídico.

I. Elementos generales

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En la Constitución española²⁷⁷ se regulan derechos en diversas de sus partes, a los que, en general podemos denominar “derechos constitucionales”. En todo caso, la regulación de derechos se concentra en el Título Primero “De los derechos y deberes fundamentales” (arts. 10-55). Como reacción a la dictadura previa, se optó por un reconocimiento amplio y detallado de derechos y de las diversas garantías para su protección, copiándose modelos diferentes de protección. Las influencias más claras son, en todo caso, de Alemania e Italia. Este influjo va más allá del texto constitucional y se da, especialmente en la honda influencia alemana en la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Asimismo, es incuestionable la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en razón de la apertura obligada a los tratados internacionales de derechos fundamentales (art. 10. 2º) y, en especial los del ámbito europeo.

La regulación constitucional de derechos puede decirse que es asistemática y cerrada al no permitir el reconocimiento de otros derechos que los que expresamente se consagran (sin perjuicio del artículo 10. 2º a efectos de interpretación). La regulación es minuciosa, sin perjuicio de lagunas y falta de precisión técnica. En este sentido, no se regulan expresamente los límites a los derechos ni en todos los casos ni con cierta coherencia, ni se regula de forma general la limitación de derechos de colectivos como funcionarios civiles, militares o policiales. Tampoco se regula con suficientes certezas lo relativo a los derechos y libertades de los extranjeros, menores y discapacitados o personas jurídicas. Pese a existir reservas de ley genéricas (arts. 53. 1 y 81) tampoco es muy claro el papel del legislador –estatal o, en su caso autonómico- en la “regulación del ejercicio” (art. 53. 1º), “desarrollo” (art. 81) y “afectación” (art. 86) de derechos.

El presente estudio, pretende ser una aproximación útil a la materia, pese a generalidad y amplitud del ámbito abarcado que obliga a la simpleza, se ha configurado el trabajo de modo que se faciliten las vías para profundizar en las diferentes materias.

²⁷⁷ El texto de la misma es fácilmente accesible en numerosos sitios en la red. En todo caso, en el presente estudio se reproduce en algunas ocasiones el texto del precepto citado para el fácil seguimiento por el lector.

Por ello, si bien se ha prescindido de la cita doctrinal, se contiene una selección bibliográfica y de recursos al final. Asimismo, a lo largo del texto sí que se contienen continuas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español así como la cita de las leyes reguladoras más importantes, todo ello fácilmente accesible según se indica en la selección de recursos.

2. EN EL TÍTULO PRELIMINAR NO SE REGULAN DERECHOS FUNDAMENTALES

En el Título preliminar (arts. 1-9) se regulan elementos determinantes para el régimen de derechos fundamentales, pero no se regulan propiamente derechos subjetivos. Ahí se contiene la fórmula del “Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1^o²⁷⁸) Son “valores superiores” pero suponen derechos subjetivos amparables (sentencia 120/1990, FJ 4^o). En el artículo 3 del Título preliminar se reconoce el derecho constitucional de conocer y usar el castellano. En los artículos 6 y 7 se reconoce la relevancia constitucional de los partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales, cuya estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos, lo cual condiciona los derechos de asociación (art. 22) y sindicación (art. 28). El artículo 9. 2^o²⁷⁹ recoge “obligación” para los poderes públicos de promover la igualdad y la libertad real y efectiva, y facilitar la participación, una fórmula proveniente de la Constitución italiana (art. 3. 2^o CI) de la cual tampoco se derivan derechos subjetivos y viene a suponer una expresión de la dimensión objetiva de los derechos, como mandato a los poderes públicos de hacerlos efectivos (sobre esta dimensión objetiva, sentencia 53/1985, de 11 de abril, FJ 4^o). Asimismo, los principios del artículo 9. 3^o en ocasiones tienen conexión con diversos derechos fundamentales, aunque tampoco son alegables de forma autónoma en un recurso de amparo²⁸⁰.

3. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL TÍTULO I

El Título I “De los derechos y deberes fundamentales” se compone de cinco capítulos. Nadie duda que son derechos fundamentales los que se regulan en el Capítulo segundo, artículos 14 y Sección 1^o (artículos 15 a 29 (Sección 1^a)). Parte de la doctrina discute si son derechos fundamentales los regulados en los artículos 30-38 (Sección 2^a), sin perjuicio de reunir muchas de las especiales garantías de los anteriores. El capítulo tercero (arts. 39 al 52) regula los “Principios rectores de la política social y económica”, con algunos “derechos” y principios económicos, sociales, culturales y

²⁷⁸ “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”

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

²⁸⁰ “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

medioambientales. En virtud del artículo 53. 3º en ningún caso pueden considerarse derechos fundamentales. El Capítulo IV, con su artículo 53 viene a establecer la referida clasificación de los derechos en razón de las diversas garantías que les reconoce, y el Capítulo V, artículo 55 versa sobre la suspensión de los derechos.

4. ARTÍCULO 10: DIGNIDAD DE LA PERSONA Y LA IMPORTANCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS Y LIBERTADES

La regulación de los derechos en el Título I se inicia con el artículo 10²⁸¹, recogido de forma separada a los demás. En este artículo, de un lado, se reconoce a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como principio esencial del que derivan los derechos y libertades, que se erigen en fundamentos del orden político. No puede alegarse la dignidad de la persona ni el libre desarrollo de la personalidad de forma autónoma para proteger ningún derecho fundamental no reconocido en el texto constitucional (sentencia 120/1990), por lo cual no es una vía de apertura al catálogo cerrado de derechos.

De otro lado, mediante el artículo 10. 2º la Constitución “abre la puerta” al Derecho internacional de los derechos humanos, puesto que todos los tratados en la materia, además de su valor como Derecho interno (art. 96. 1º²⁸²) son referentes obligados para interpretar el texto constitucional mismo. Aunque el art. 10. 2º “no da rango constitucional” a los tratados de derechos humanos, “en la práctica” el contenido regulado en el Tratado internacional “se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades” que regula la Constitución (sentencia 36/1991, de 14 de febrero, FJ 4º). Así, los tratados de derechos fundamentales determinan “los perfiles exactos de su contenido” (sentencia 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5º) y “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce” (sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8º). Y no sólo hay que tener en cuenta el texto de los tratados, sino la interpretación de los mismos por los órganos autorizados, especialmente los jurisdiccionales y en especial “la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos” (sentencia 36/1984, FJ 3º).

El Tribunal Constitucional ha señalado recientemente que la (malograda) Carta de derechos fundamentales del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no contradecía la Constitución española y, en todo caso de haber algún conflicto con el Derecho europeo, que “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 suscitaban” (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre).

²⁸¹ Artículo 10: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

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

²⁸² “1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.”

5. EXTRANJERÍA Y ALGUNAS CUESTIONES DE TITULARIDAD DE DERECHOS Y LA CAPACIDAD PARA EJERCERLOS

El Capítulo I “De los españoles y los extranjeros” (arts. 11 al 13) regula aspectos esenciales respecto de la nacionalidad (art. 11). Se regula la mayoría de edad a los 18 años, sin vincularla expresamente al reconocimiento o ejercicio de los derechos (art. 12). Hay que señalar que los menores –como los discapacitados– son titulares de los derechos fundamentales (sentencia 141/2000), si bien, el ejercicio de los mismos queda condicionado por su madurez y capacidad en cada caso, según se regule legalmente bajo el principio de capacidad progresiva para ejercerlos, según la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

En el artículo 13 se regula el factor de la extranjería. El apartado 1º dispone que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.” En todo caso, se reserva el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo y de acceso a cargos y funciones públicas (artículo 23) a los nacionales. El artículo 13. 2º es el único precepto de la Constitución española que ha sufrido una modificación y sólo de dos palabras (cuando posibilita que un tratado o una ley, para el ámbito de las elecciones locales permita el sufragio activo a lo que se añadió “y pasivo”). El artículo 13 también contiene algunas prescripciones respecto de la extradición (apartado 3º) y el asilo (apartado 4º). En general para el Tribunal Constitucional, los extranjeros son titulares de todos los derechos fundamentales, incluidos los que la Constitución reconoce a “los españoles” (así respecto de la igualdad del art. 14 o la libre circulación y residencia del art. 19). Sin embargo, no están claras las condiciones para establecer límites diferentes a los derechos de los extranjeros (un resumen de la doctrina general, sentencia 242/1994, de 20 de julio, FJ 2º), en especial la fórmula de reconocer la titularidad de derechos a los extranjeros pero excluir su ejercicio a los que no sean residentes legales (así respecto de algunos derechos en la Ley 4/2000).

Sin que haya una respuesta general, en general, se reconocen derechos y libertades a las personas jurídicas. Los derechos de la personalidad son los más conflictivos. Se ha reconocido el derecho al honor sólo a las personas jurídico privadas (sentencia 139/1995), pero no a las personas jurídico-públicas (sentencia 107/1988), o en ocasiones se ha reconocido una protección más débil a la persona jurídica, como en el caso de la inviolabilidad del domicilio (sentencia 137/1985, en concreto, sentencia 69/1999). En ocasiones, el reconocimiento a colectivos y personas jurídicas se articula a través de una interpretación amplia de los “intereses legítimos” respecto de los que se tiene “derecho a obtener la tutela efectiva” de los tribunales (art. 24).

6. SUSPENSIÓN DE DERECHOS

El artículo 116 regula las situaciones excepcionales de defensa de la Constitución, con los estados de alarma, de excepción y de sitio, de menor a mayor gravedad. Vinculado a ello el artículo 55. 1º permite la suspensión en los estados de excepción y de sitio de los derechos reconocidos en los artículos 17 (libertad personal), 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de comunicaciones), artículos 19 (circulación y residencia), 20, apartados 1, a) y d), y 5 (libertades de expresión e información y secuestro de las publicaciones), artículos 21 (reunión y manifestación), 28, apartado 2, y

artículo 37, apartado 2 (derechos de huelga y de medidas en conflicto colectivo). El artículo 17. 3º (derechos del detenido) sólo puede ser suspendido en estado de sitio. No existe experiencia alguna de declaración de ningún estado excepcional en las tres décadas de vigencia de la Constitución.

De otra parte, el artículo 55.2º permite que una ley orgánica sean suspendidos individualmente los derechos reconocidos en los artículos 17. 2º (duración máxima de la detención), y 18. 2º y 3º, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas, con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario.

II. Garantías y protección de los diferentes grupos derechos y libertades reconocidos en la Constitución

En la Constitución española puede hacerse una diferente clasificación de los derechos que se regulan en razón de las diferentes garantías que se les reconoce. Para ello el artículo 53 es fundamental²⁸³, si bien hay que tener en cuenta otros preceptos (arts. 81, 82, 86, 161, 168). Hay que decir que la diferencia de los siguientes grupos va más allá de lo directamente relativo a tales garantías, en el sentido de que los derechos de los artículos 14 a 29 acaban conformándose, indubitablemente para doctrina, jurisprudencia y normativa como derechos fundamentales con mucha mayor intensidad que el resto.

1. GARANTÍAS QUE CONCURREN EN LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 14 A 38: EFICACIA, REQUISITOS DE LOS LÍMITES Y ACTUACIÓN NORMATIVA

- Eficacia directa, estos derechos “vinculan a todos los poderes públicos” (art. 53. 1º). Por ello, estas normas “son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos” sin que se requiera la interposición legislativa (sentencia 15/1982, de 23 de abril, FJ 8º). No obstante, hay “excepciones” “cuando así lo imponga la Constitución o la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable” (SSTC 15/1982, FJ 9º; 254/1993, FJ 6º). En este sentido, por ejemplo, se ha reconocido como derecho secundario o instrumental el derecho de creación de medios

²⁸³ Por su importancia, cabe reproducir su texto completo:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

de comunicación, que sí requiere interposición legislativa (sentencia 31/1994, de 31 de enero). Pese a la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones con poderes públicos, su proyección se relativiza algo en el seno de las llamadas “relaciones de especial sujeción”. Se trata de “esas peculiares relaciones y asimilables en las que entran en juego amplias facultades autoorganizativas, que confieren cierta prepotencia a la Administración para regularlas” (sentencia 61/1990, FJ 6º) como las de funcionarios civiles, militares y policiales, presos, estudiantes, etc.). Desde 1990 (sentencia 61/1990, de 29 de marzo) una relación de especial sujeción “debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales” (sentencia 120/1990, FJ 4º), por lo que –en teoría- todo límite debe ser justificado igual que en cualquier otro ámbito.

- Eficacia indirecta en relaciones entre particulares. Respecto de la eficacia de los derechos entre particulares (en general, auto 382/1996), ésta se construye a partir de la dimensión objetiva de los derechos y el deber de su protección por los poderes públicos, en especial legislador y jueces. Así, por un lado, el legislador tiene un mandato genérico de conferir su mayor protección y eficacia de los derechos. Así, el Derecho privado debe quedar “irradiado” por estos derechos. Las normas de Derecho privado suelen ser muy amplias en lo relativo a los derechos fundamentales, por ello, las soluciones suelen remitirse a la interpretación de tales preceptos legales por los Tribunales. Y, del otro lado, los jueces en tal labor también tienen que conferir la mayor eficacia a los derechos bajo el principio “pro libertate”. Respecto de conflictos de las libertades informativas y derechos de la personalidad, o la no discriminación por razón de sexo, tan siquiera se plantean dudas sobre la eficacia horizontal de los derechos, que, en todo caso, es una materia sin respuestas certeras.

- “Regulación del ejercicio” de estos derechos sólo por ley (art. 53. 1º). Ello es –en teoría- diferente del “desarrollo” del derecho que sólo puede hacerse por ley orgánica (art. 81). Esta regulación del ejercicio sí que permite el establecimiento de “restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental”, tales límites “lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental” (sentencia 292/2000, FJ 11º). Esta regulación la pueden hacer en su caso una ley de Comunidad Autónoma con competencia en la materia.

- Requisitos de los límites a los derechos. Como afirma el Tribunal Constitucional español, los límites a los derechos –establecidos o con la cobertura de una ley- deben proceder de otro derecho o bien constitucional, han de contar con una justificación objetiva y razonable y ser proporcionales, en el sentido de idóneos, los menos gravosos para el derecho y ponderados:

“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, FJ 7.º; 2/1982, FJ 5.º, 110/1984, FJ 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, FJ 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, FJ 5.º; 13/1985, FJ 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, FJ 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (sentencias 11/1981, FJ 10; 196/1987. FFJJ 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse.” (sentencia 120/1990, FJ 8º).

- Existencia de un “contenido esencial” que nunca puede ser afectado en la regulación de estos derechos (art. 53. 1º, sobre este concepto, por todos, sentencia 11/1981, de 11 de abril FJ 8º).

- Los derechos no pueden ser “afectados” por un Decreto-ley, norma del Gobierno con fuerza de ley (art. 86)²⁸⁴.

- Es posible entablar respecto de los mismos un recurso de inconstitucionalidad del artículo 161. 1º a) ante el Tribunal Constitucional (art. 53. 1º).

- Es competencia exclusiva del Estado (art. 149. 1º. 1ª) “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Esta garantía en su caso puede predicarse de todo derecho constitucional. Sobre el tema, incierto, sentencias 61/1997, 173/1998 y 164/2001.

2. GARANTÍAS RESERVADAS A LOS DERECHOS DE LOS ARTÍCULOS 15 A 29 (Y EN CASOS EL ARTÍCULO 14): RESERVA DE LEY ORGÁNICA, TUTELA JURISDICCIONAL ESPECIAL Y RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

- “Desarrollo” sólo por ley orgánica (art. 81²⁸⁵). Así lo consideró el Tribunal Constitucional (sentencia 76/1983, de 5 de agosto) respecto de los derechos reconocidos en los artículos 15 a 29. Tampoco cabe dicho desarrollo por Decreto legislativo (art. 82). “Desarrollo” de un derecho o libertad consiste en “la determinación de su alcance y límites en relación con los otros derechos y con su ejercicio por las demás personas” (sentencia 140/1986). Las Comunidades Autónomas no pueden regular leyes orgánicas, por lo que no pueden “desarrollar” estos derechos, pero si pueden por ley “regular su ejercicio” (art. 53. 1º) si tienen competencia. La diferencia es muy compleja.

- Tutela “preferente y sumaria” ante los tribunales ordinarios (art. 53. 2º). Estos principios se trasladan a la dispersa normativa procesal administrativa, civil, mercantil, laboral, militar, etc. que configura toda una panoplia de vías especiales de acción ante los tribunales frente a posibles lesiones de derechos fundamentales que es imposible de abreviar aquí.

²⁸⁴ Artículo 86 “1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.”

²⁸⁵ Artículo 81: “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.”

- Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (también objeción de conciencia del art. 30, art. 53. 2º). Este recurso lo puede interponer cualquier persona que considere lesionados sus derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 (más la objeción de conciencia) por un acto de un poder público. Si se trata de una cuestión entre particulares la lesión se considera –en su caso- por la resolución judicial que no reconoció el derecho fundamental del particular. Es un recurso subsidiario, por lo que sólo procede una vez agotada la vía judicial previa. El objeto del mismo es sólo la lesión de derechos, por lo que quedan excluidas las cuestiones de legalidad y no es una tercera instancia. De la realidad del recurso de amparo, basta decir que son inadmitidos más de un 95% de los que se presentan, unos diez mil al año y que colapsan totalmente la actividad del Tribunal, con retrasos mayúsculos. Se dictan unas 300 sentencias de recursos de amparo. El artículo 24 suscita más del 90% de los recursos, seguido de lejos por el derecho a la igualdad (un 15%), el resto de derechos son alegados en un 20% de casos. Desde 2007, el sistema de admisión parece invertirse, siendo la parte demandante quien debe probar la trascendencia constitucional de su caso (art. 50 Ley orgánica del Tribunal Constitucional).

- Garantía de rigidez constitucional. Cuando se trata de los artículos 15 a 29 la reforma constitucional pertinente es la más compleja de la vía del artículo 168.

3. LA “MODULADA” FUERZA NORMATIVA DE LOS “PRINCIPIOS RECTORES” DE LOS ARTÍCULOS 39 A 52

Las normas contenidas en el Capítulo III (arts. 39 a 52) sí tienen valor normativo, aunque muy “modulado” (sentencia 15/1982, de 23 de abril, FJ 8º) por el artículo 53. 3º, que relativiza mucho su alcance normativo real: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero *informarán* la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.” (Este artículo ha influido claramente en el artículo II-112 5º de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea)²⁸⁶.

En virtud del artículo 53. 3º, estos “principios” requieren de interposición normativa (no es necesario que sea a través de ley formal), no tienen contenido esencial a respetar, no pueden ser alegados directamente y el verbo “informar” hace casi imposible concretar obligaciones concretas para su aplicación por el poder público. Cuestión diferente –más allá de su obligación- es que el artículo 9. 2º y los principios rectores sean esgrimidos por los poderes públicos voluntariosos para justificar sus políticas, normas, resoluciones judiciales, actos o actuaciones. Y en este sentido cabe recordar la potencialidad limitadora de estos principios como bienes constitucionales. De otra parte, estos principios sólo parecen guarnecidos por el principio general de rigidez constitucional y cabría la posibilidad de cuestionar la inconstitucionalidad de una ley que los vulnere.

²⁸⁶ Artículo II-112: Alcance e interpretación de los derechos y principios: “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.”

4. GARANTÍAS NO JURISDICCIONALES DE LOS DERECHOS

Cabe destacar la figura regulada en el artículo 54²⁸⁷ del Defensor del Pueblo (*Ombudsman*) para la defensa de todos los derechos del Título I, regulado por la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo. Además de resolver las reclamaciones y emitir informes especiales y memorias anuales, destaca su capacidad de suscitar recursos de inconstitucionalidad frente a leyes. La mayoría de las Comunidades Autónomas cuentan con figuras afines respecto de la actuación de sus poderes públicos. Asimismo, hay que tener en cuenta la función especial atribuida por el artículo 124 al Ministerio Fiscal para promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, lo cual se articula, entre otras formas, en su participación en todos los procesos especiales de protección sumaria y preferente de derechos a que se refiere el artículo 53. 2º.

También debe recordarse que diversos derechos fundamentales tienen sus administraciones e instituciones especiales que velan particularmente por su eficacia y garantía (Administración electoral, Poder judicial y Administración de Justicia, administración educativa y universitaria, agencias independientes de protección de datos, etc.).

Finalmente, puede señalarse que las Fuerzas Armadas tienen como misión la defensa del “ordenamiento constitucional” (art. 8.1º), las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tienen ya expresamente como misión “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades” (art. 104. 1º). En ambos casos, especialmente en el segundo, se trata de comprometer a instituciones históricamente refractarias de la democracia y los derechos fundamentales. También, simbólicamente, el Rey jura “guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos” (art. 61).

III. Los derechos y libertades especialmente protegidos (arts. 14 a 29)

No cabe duda alguna de que los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15 a 29 son derechos fundamentales que gozan de la máxima protección y garantías, algunas de ellas compartidas por el artículo 14. Aunque a los meros efectos expositivos, es posible distinguir el derecho y principio de igualdad del artículo 14, los derechos de la personalidad, las libertades públicas, los derechos del ámbito político y participativo, el acceso a la justicia, las garantías procesales y del penado así como el singular derecho prestacional de educación.

²⁸⁷ “Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.”

1. LA IGUALDAD FORMAL

En el Capítulo II, en el artículo 14²⁸⁸ se regula de forma aislada la igualdad ante la ley con prohibición de discriminación, con carácter de principio y derecho subjetivo, más allá de la proclamación de la igualdad material (art. 9. 2º). Pese a que se trata de uno de los derechos fundamentales más alegados ante los tribunales, la doctrina y – especialmente- jurisprudencia sobre igualdad no está excesivamente desarrollada técnicamente ni se aplica de forma constante. La idea principal es que a los supuestos jurídicamente iguales corresponde un trato igual, salvo que exista una justificación objetiva, razonable y proporcional:

“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” (sentencia, 200/2001, FJ 4º).

No obstante, no es claro cuándo nos encontramos ante supuestos iguales que merecerían trato igual y sobre todo, los tribunales no siempre exigen todos estos requisitos para considerar admisible un trato diferente. Eso sí, en los supuestos de las discriminaciones prohibidas (raza, sexo, orientación sexual, etc.) “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). El principio y derecho de igualdad del artículo 14 no cuenta con las garantías especiales de la reserva de ley orgánica (sentencia 76/1983, de 5 de agosto) ni la especial rigidez constitucional de los artículos 15-29 (art. 168). En todo caso, nadie duda de que nos encontramos ante un principio y derecho fundamental de la máxima importancia.

2. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En general puede decirse que la Constitución regula en primer lugar los derechos de la personalidad. Así, en el artículo 15 se regula el derecho a la vida. La pena de muerte se admite sólo para “tiempos de guerra”, si bien legalmente está totalmente abolida desde 1995. El Tribunal Constitucional admite el aborto en determinados supuestos regulados en el Código penal (sentencia 53/1985, de 18 de mayo), no obstante, en la práctica hace dos décadas que no se persigue el aborto. Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la vida no incluye el derecho a morir, al punto de impedirse la culminación de las huelgas de hambre de presos (sentencia 120/1990, FFJJ 7 y 8º) y parece entenderse que veda la eutanasia. En el artículo 15 se regula también el derecho a la “integridad física y moral”. El derecho a no sufrir torturas (art. 15) es el único derecho respecto del que no cabe limitación alguna (sentencia 151/1997, de 29 de

²⁸⁸ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

septiembre, FJ 5º), por lo que el juicio se limita a constatar si ha habido o no una tortura, trato inhumano o degradante.

En el artículo 17 se reconoce el “derecho a la libertad y a la seguridad”. En todo caso no se trata de un derecho general a la libertad del que puedan derivarse derechos autónomos para distintas aspiraciones de libertad (sentencia 120/1990, FJ 11º), sino que se trata de la libertad personal física. En el apartado 1º se contiene una reserva de ley fuerte para la fijación de las figuras de prevención de libertad (sentencia 140/1986). Asimismo, se contemplan las diversas garantías ante la detención, que durará el “tiempo estrictamente necesario”, y en el máximo de 72 horas procede la puesta a disposición judicial (apdo. 2º, sentencia 224/1998). El apartado 3º recoge derechos del detenido (información, no obligación de declarar - sentencia 45/1997-, garantía de abogado - sentencia 196/1987). Finalmente se remite a la ley la regulación de la garantía del habeas corpus (Ley Orgánica 6/1984, reguladora del habeas corpus, entre otras, sentencia 98/1986) y remite a la ley para la duración máxima de la prisión provisional (en la actualidad hasta un máximo de 4 años, sentencias 41/1996, 47/2000 y 142/1998). El habeas corpus ha resultado especialmente conflictivo en el ámbito militar y de extranjería. Las garantías del artículo 17, pese a estar fijadas para la “detención preventiva” en la medida de lo posible deben proyectarse a cualquier situación de restricción de la libertad (sentencia 341/1993). Sobre la materia, es básica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882 (modificada en numerosas ocasiones), así como leyes penales y disciplinarias militares. También cabe tener en cuenta la Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. La libertad personal –al igual que otras garantías procesales, penales y sancionatorias- atrae una atención jurisprudencial y doctrinal muy importante.

El artículo 18 es básico respecto de los derechos de la vida privada, además de su protección penal, cabe tener en cuenta la Ley orgánica 1/1982, de protección civil de derechos del artículo 18 CE. En el artículo 18. 1º se reconocen los derechos “al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, que son derechos autónomos, sin perjuicio de su profunda interrelación de los mismos (sentencia 156/2001). Cabe señalar que en razón del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso López Ostra de 1994) se han reconocido algunas aspiraciones medioambientales por conexión con la intimidad familiar (sentencia 16/2004). El apartado 2º reconoce que el “domicilio” es inviolable, concepto que se interpreta funcional y finalistamente (sentencia 10/2002) y el apartado 3º garantiza el secreto de las comunicaciones, en ambos casos, salvo resolución judicial. Con la sentencia 292/2000, de 30 de noviembre culminó un proceso en virtud del cual se reconoció el derecho a la protección de datos personales en el apartado 4º del artículo 18. Pese a que no se deduce de su texto, se le reconoce como un derecho autónomo del apartado 1º. Este derecho está desarrollado por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y goza de una administración independiente estatal de protección, así como en algunas Comunidades Autónomas.

El artículo 19 reconoce los derechos de circulación y de residencia a los españoles, si bien el Tribunal Constitucional lo ha reconocido también a los extranjeros. Más allá de las cuestiones de extranjería y sin perjuicio de su conexión con las libertades comunitarias, no es un derecho que suscite excesiva atención doctrinal y jurisprudencial. Los funcionarios tienen algunas limitaciones a estos derechos.

3. LAS LIBERTADES PÚBLICAS

En general, después de los derechos de la personalidad en el texto constitucional se reconocen distintas libertades públicas. De estas libertades, y especialmente las libertades informativas, el Tribunal Constitucional ha mantenido en ocasiones una “posición preferente” o “valor prevalente” en sus conflictos con otros derechos, afirmando en ocasiones que quedan sobreprotegidas por una “garantía institucional”. Ello se fundamenta en el esencial valor de estas libertades para el sistema democrático, puesto que estas libertades “no son sólo derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (sentencia 12/1982, entre otras muchas, sentencias 6/1981, 104/1986, 165/1987 y 107/1988).

Sobre la base de la libertad ideológica (art. 16), se protege su faceta religiosa (art. 16), la libertad de expresión, de información y de creación científica y artística (art. 20), la libertad de reunirse y manifestarse (art. 21), la de asociarse (art. 22) y de sindicarse (art. 28). En el ámbito educativo se reconocen diversas libertades de la enseñanza (arts. 27 y 20).

El basamento de todas las libertades se encuentra en la “libertad ideológica” reconocida en el artículo 16, si bien tiene una íntima –y compleja- conexión con la libertad de expresión del artículo 20 (sentencia 20/1990). En este artículo 16 “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.” Por cuanto a la libertad religiosa, cabe destacar que “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”, si bien, “Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. España, pues, no es un Estado laico, sino aconfesional. Los Acuerdos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 están pendiente de revisión, habiendo voces doctrinales y políticas que consideran que hoy día tienen aspectos inconstitucionales, todo ello en un clima tenso de relaciones Iglesia-Estado en los últimos años. Existen acuerdos con la religión judía, evangélica y musulmana y una breve, y bastante pacífica Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa. En el ámbito educativo, en los últimos tiempos resulta jurídicamente conflictiva la situación de los profesores de religión no renovados o cesados por las autoridades religiosas católicas por ser divorciados, así como en el marco del derecho de los padres a elegir la educación religiosa de sus hijos conforme a sus propias convicciones la Iglesia Católica ha llegado incluso a solicitar la objeción de conciencia a la nueva asignatura de “Educación para la ciudadanía”, por considerarse contraria a los postulados católicos.

En el artículo 20 se reconocen diversas libertades públicas, si bien concentran el interés la libertad de expresión (art. 20. 1 a) y del derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión” (art. 20. 1 d). Los conflictos de estas libertades con otros derechos (en general los del artículo 18) y bienes constitucionales es habitual. Para su resolución cabe distinguir si se trata del ejercicio de la libre expresión o de la libre información “El objeto allí [libre expresión] es la idea y aquí [libre información] la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde se mezclan hasta confundirse” (sentencia 176/1995, FJ 5º). Por ello, la clave “es detectar el elemento

preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada paso para situarlo en un contexto ideológico o informativo” (sentencia 6/1988).

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

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

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

Otro elemento importante es la atribución de responsabilidad por lo expresado o informado. Al respecto hay que tener en cuenta la existencia de diversas circunstancias que pueden llevar a la exención de responsabilidad por “reportaje neutral”, esto es, por “la transmisión neutra de manifestaciones de otro” (sentencia 28/1996). También es posible la exención en el caso de las “cartas al director” en los periódicos: no se hace responsable al medio de comunicación de lo dicho por un tercero ajeno que participa en esta sección si está bien identificado (sentencia 15/1993, de 18 de enero). La responsabilidad penal se da en “cascada”: autor e inductor, si no, es responsable el director de la publicación o programa, si no, el director de la empresa. Por el contrario,

la responsabilidad civil es solidaria (se puede exigir indistintamente a autores, editores, directores, etc.). Puede afirmarse que los medios de comunicación españoles actúan de forma casi ilimitada, ya en la revelación de secretos y manejo de fuentes, en la crítica política así como, en especial, por parte de la llamada “prensa del corazón”, que funciona en la realidad muy distante de las pautas marcadas por el Tribunal Constitucional. En todo caso, el Alto Tribunal es por lo general muy garante de estas libertades. De otra parte, cabe señalar que la jurisprudencia no se ha adaptado aún a los cambios por las nuevas tecnologías.

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

Por último respecto de las libertades informativas, procede indicar las diversas garantías que se reconocen en este artículo “el derecho a la cláusula de conciencia” (art. 20. 1º d), regulado por Ley orgánica 2/1997), que supone el derecho del periodista a resolver el contrato ante cambios de línea u orientación ideológica del medio para el que trabajen, con derecho a indemnización. También en dicho precepto se reconoce “el derecho al secreto profesional”, esto es, a no revelar las fuentes de la información periodística. En el artículo 20. 2º se prohíbe “ningún tipo de censura previa”, reacción a la censura del régimen del General Franco. Finalmente, se reconoce la garantía de que el “secuestro de las publicaciones” (hacer inaccesible el soporte informativo o audiovisual) sólo puede darse por resolución judicial (art. 20. 5º).

En el artículo 21 se reconoce el derecho de reunión y manifestación, desarrollados por la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión. Cuando se trata de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones la Constitución requiere “comunicación previa” (que no es “autorización”). La autoridad “sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.” La práctica y la jurisprudencia ha sido muy benevolente con el ejercicio de este derecho, interpretando muy restrictivamente sus límites (por ejemplo, sentencias 59/1990, de 29 de marzo, 66/1995 o 37/1998, de 17 de febrero). No obstante, en los últimos años se ha extendido la práctica de la prohibición de manifestaciones del entorno político del grupo terrorista ETA, como medidas cautelares en procesos penales o como consecuencia de la ilegalización de partidos políticos.

El artículo 22 reconoce el derecho de asociación, que rige para partidos políticos conjuntamente con el artículo 6. Se consideran ilegales las asociaciones que “persigan fines o utilicen medios tipificados como delito” (art. 22. 2º) y se prohíben las “asociaciones secretas y las de carácter paramilitar” (art. 22. 5º). En el ámbito de los partidos políticos se ha admitido la declaración de ilegalidad no penal bajo los requisitos y condiciones de la muy polémica Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio de partidos políticos. Se trata de una ley dirigida a la ilegalización del brazo político de la banda terrorista ETA, que se llevó a cabo por sentencia del Tribunal Supremo, de 27 marzo 2003 en un proceso paralelo a las medidas contra el entramado de organizaciones afines a ETA en diversos procesos penales. Desde entonces, las actividades del brazo político

terrorista han sido hostigadas jurídicamente, aunque de manera irregular en razón del temporal proceso de negociación con la banda terrorista.

El artículo 22 establece dos garantías del derecho de asociación:

- el registro de la asociación sólo es a “efectos de publicidad” (art. 22. 3º). No obstante, el Tribunal Constitucional admite que en el registro se efectúe un control de la constitucionalidad de la asociación (sentencia 219/2001, FJ 6º). Este control al momento de la inscripción en el registro se regula expresamente para el caso de partidos políticos (artículo 4. 2º y 5 de la Ley 6/2002), lo cual no ha sido cuestionado por el Tribunal Constitucional.

- El apartado 4º garantiza que “las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”. Esta garantía se da tanto para asociaciones como para partidos políticos.

El Tribunal Constitucional admite la pertenencia obligatoria a una asociación en algunos casos de asociaciones y colegios profesionales “cuando esté justificado por la necesidad de un interés público” (STC 194/1998, de 1 de octubre, FJ 4). Ello no podría afirmarse para el caso de un partido político, como expresamente se prohíbe respecto de los sindicatos en el artículo 28.

En razón del artículo 6 respecto de los partidos políticos, la “estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”. Esta exigencia –sólo para los partidos- se ha trasladado a las asociaciones en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. En todo caso, cabe señalar que el Tribunal Constitucional y el legislador han protegido bastante poco la posición de los afiliados de los partidos a favor de la organización de los partidos y su derecho de asociación (por ejemplo, sentencia 56/1995, de 6 de marzo).

Bajo el genérico “libertad de enseñanza” (art. 27. 1º) se reconocen diversas libertades en este ámbito (sentencia 5/1981, de 13 de febrero): la libre creación y dirección de centros, con derecho al establecimiento de un ideario o carácter propio (art. 27. 3º), la libre elección por los padres de educación conforme a sus convicciones (art. 27. 6º). Asimismo, la libertad de enseñanza se conforma como garantía institucional al reconocerse la “autonomía de las universidades (art. 27. 10º). A las anteriores hay que añadir la “libertad de cátedra” de los profesores y maestros (art. 20. 1º) y la libertad de investigación (art. 20. 1º. b). Las libertades de creación y de elección de centros y de educación religiosa han sido tradicionalmente emblema de la enseñanza católica, muy importante y preponderante a lo largo de la historia en España. El sistema asentado es el de educación pública, por un lado, y educación privada, concertada y subvencionada – en la mayoría de casos católica-, por otro. Ambas tienen una presencia similar. Ya con menor implantación hay educación privada no subvencionada. La libertad de cátedra de los profesores y la autonomía universitaria han sido habitualmente argüidos desde sectores más vinculados a la izquierda. En general los conflictos de estas libertades no suelen alcanzar los tribunales, si bien en el marco del conflicto religioso es una cuestión de debate.

En el ámbito laboral destaca el reconocimiento de la libertad sindical (art. 28), que “comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección”. Desde la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical se optó por favorecer un sistema de sindicatos mayoritarios, básicamente son dos: Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de los Trabajadores (UGT). La tasa de afiliación sindical es del 15-20%. Este derecho queda vinculado con el derecho de negociación colectiva del artículo 37. La doctrina del Tribunal Constitucional en la materia puede tildarse de proteccionista,

quedando vinculada –y reforzada- la libre sindicación en conexión con otros derechos fundamentales. Así, es especialmente importante la doctrina de no discriminación sindical (en la sentencia 326/2005, de 12 de diciembre se recapitula una doctrina que viene desde la sentencia 38/1981, de 23 de noviembre; respecto del ámbito de subvenciones, sentencia 147/2001, de 27 junio). También se refuerza el alcance de la libertad sindical respecto de su actividad en su conexión con la libre expresión e información así como con los derechos de reunión y manifestación y el correlativo derecho de huelga (por ejemplo sentencia 254/1988, FJ 5º o 37/1998, de 17 de febrero). Sobre los derechos adicionales a la sindicación, sentencia 281/2005, de 7 de noviembre.

El derecho de huelga se reconoce en el artículo 28. 2º y la realidad es que el legislador ha optado por su práctica desregulación, pues sigue vigente el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones laborales (únicamente hubo un proyecto de ley fallido a inicios de los años 90).

4. DERECHOS DEL ÁMBITO POLÍTICO Y PARTICIPATIVO

En el ámbito político y participativo, además del reconocimiento de partidos, asociaciones, sindicatos, así como el derecho de reunión y manifestación, destaca la regulación del artículo 23. 1º CE. Se reserva a los “ciudadanos” –en principio sólo a los españoles, art. 13. 2º- el “derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.” Por cuanto al “derecho a participar”, su contenido como derecho subjetivo fundamental está monopolizado y limitado al derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones generales, municipales y autonómicas, así como en los casos de referéndum. Otras posibles vías de participación ciudadana con los derechos que puedan reconocerse, quedan fuera del ámbito protegido por este derecho fundamental (por todas, sentencia 119/1995, de 17 julio). Al respecto de derechos participativos en la Constitución (arts. 27 –educación-, 105 –en general- y 129 –Seguridad Social- y 125 respecto de la Justicia) cabe remitir a lo afirmado respecto de otros derechos constitucionales. El derecho de sufragio activo y pasivo, se complementa con lo dispuesto en los artículos 68, 69, 140 o 151 de la Constitución respecto de diputados, senadores, alcaldes y concejales y asambleas autonómicas, respectivamente, . Su regulación legal básica es la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como en las leyes electorales de casi todas las Comunidades Autónomas; también en la Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero, que regula las modalidades de referéndum.

Queda especialmente reservado a los españoles el “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.” (art. 23. 2º), para el acceso a las funciones públicas “de acuerdo con los principios de mérito y capacidad” (art. 103. 3º). Sin embargo, desde 2002 es posible la incorporación de soldados extranjeros en las Fuerzas Armadas.

Por último, cabe señalar el reconocimiento del derecho de petición en el artículo 29, desarrollado por la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre. Se trata de un derecho histórico –y anacrónico- de participación política reconocido en todas las constituciones españolas. En virtud del mismo cualquier persona o colectivo (aunque en principio está reservado a los “españoles”) puede sugerir, expresar quejas o súplicas a cualquier administración de todo aquello relativo a lo discrecional y graciable, sin que de ello

derive perjuicio alguno –salvo que cometa delito o falta-. El derecho obliga a tramitar la petición y contestarla (obviamente en el sentido que sea). Es un derecho en declive que quizá recobre alguna fuerza en razón de los medios electrónicos. Cuenta con límites expresos a su ejercicio colectivo por militares.

5. ACCESO A LA JUSTICIA Y GARANTÍAS PROCESALES, PENALES Y SANCIONATORIAS

Respecto de las garantías del ciudadano, ya se hizo mención del importante artículo 17 sobre la libertad personal. Cabe señalar que el artículo 24 es, con mucha diferencia, el derecho fundamental más invocado ante el Tribunal Constitucional, en el 85-90% de los casos. Son más de 7.000 las sentencias de este Tribunal dedicadas a este precepto que atrae casi por completo la atención del Derecho procesal. Los derechos y garantías reconocidos en este artículo deben interpretarse conjuntamente con los artículos 117 y siguientes, relativos al “Poder judicial”. El derecho más alegado es el del artículo 24. 1º, relativo al acceso a la justicia y proceso debido: “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”

Este derecho comprende el derecho de acceder a la justicia ya sea alegando derechos subjetivos, ya se trate de “intereses legítimos”; incluye el derecho a conseguir una resolución fundada en Derecho, motivada y congruente con las alegaciones presentadas, así como el derecho de obtener la ejecución de la sentencia (sentencias 4/1984 y 67/1984, de 7 de junio, FJ 4º). La normativa procesal debe interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (sentencias 19/1983, de 14 de marzo, FJ 4º). La resolución judicial no tiene porqué ser sobre el fondo del asunto si es que no procede, si bien, en este caso no puede ser arbitraria, o irrazonable, o irrazonada” o basada en una interpretación restrictiva (sentencia 69/1984, de 11 de junio, FJ 2º).

La tutela judicial efectiva no sólo da derecho a que se abra y sustente el proceso, sino a que se den las garantías que eviten la indefensión. En este punto cabe tener en cuenta las garantías consagradas en el artículo 24. 2º²⁸⁹: derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley; derecho a la defensa y a la asistencia efectiva de letrado; derecho a la prueba pertinente y suficiente; derecho a un proceso público; derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; derecho a un proceso con “todas las garantías”; derecho a ser oído en todas las fases del proceso; derecho a ser notificación en la resolución judicial de los recursos de que se dispone. Asimismo, cabe tener en cuenta las garantías específicas del proceso penal: derecho a ser informado de la acusación; derecho a no declarar contra uno mismo y a no declararse culpable; derecho a la presunción de inocencia (que es el derecho más alegado entre los del artículo 24. 2º, en un 15% de los recursos de amparo). Finalmente, el artículo 24. 2º se remite a una ley para los casos de no obligación de declarar por “razón de parentesco o de secreto profesional”.

²⁸⁹ El texto es: “2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

No hay que olvidar que las garantías del artículo 24 se proyectan en la medida de lo posible para el ámbito administrativo sancionador (sentencia 22/1982, de 12 de mayo, FJ 2º).

Otro artículo de especial importancia respecto de las garantías del ciudadano y vinculado al artículo 17 es el artículo 25. En su apartado primero²⁹⁰ se incluye:

1º El principio de legalidad penal y sancionadora y el principio de tipicidad de las penas e infracciones administrativas: *nullum crimen nulla poena sine lege*. Se trata de la obligada predeterminación en una ley formal (sentencia 42/1987, de 7 de abril, FJ 2º) “con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa (sentencias 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3; 153/1996, de 30 de septiembre, FJ 3). Es posible la colaboración infralegal, pero nunca la reglamentación independiente y no claramente subordinada a la Ley (sentencias 83/1984, de 24 de julio, FJ 4; 42/1987, FJ 2; 3/1988, de 21 de enero, FJ 9). La ley determina los elementos esenciales de la conducta (sentencias 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3º) y está prohibida “toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio (sentencia 132/2001, de 8 de junio, FJ 5º). El Tribunal Constitucional ha flexibilizado algo este principio de legalidad sancionador para el ámbito municipal (sentencia 25/2004, de 26 de febrero).

2º El artículo 25. 1º también exige que sea una ley la que lleve a cabo “la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes” (sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 4; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 3).

3º Asimismo, aunque no se exprese en este precepto, se considera por la jurisprudencia (desde la STC 2/1981, FJ 4º) que el artículo 25. 1º garantiza el *non bis in idem*, esto es, que no haya duplicidad de sanciones -administrativa o penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, con preferencia a la autoridad judicial respecto de la Administración (al respecto, sentencias 41/1997 y 177/1999).

4º También se considera implícito en el artículo 25.1º el principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción administrativa, lo cual es habitualmente alegado ante los tribunales ordinarios.

En el artículo 25. 2º se afirma que la finalidad de las penas y medidas de seguridad hacia la “reeducción y reinserción social”, sin ser trabajos forzados. Se garantiza al condenado un trabajo remunerado y a la seguridad social, y a medios de acceso a la cultura y de desarrollo de su personalidad. El artículo 25.3º prohíbe las sanciones administrativas que impliquen, directa o indirectamente privación de libertad, por lo que tales sanciones sí que proceden en el ámbito militar (sentencia 31/1985). La sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006 en el Caso Dacosta Silva contra España, considera contrarias al artículo 5.1 a) del Convenio las sanciones de arresto disciplinario en el ámbito de la Guardia Civil (policía sometida a la disciplina militar). Por último, y relacionado con lo anterior, el artículo 26 prohíbe los “Tribunales de Honor” para la Administración civil y de las organizaciones profesionales, por lo que, en principio, son

²⁹⁰ “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”

posibles para el ámbito militar. En todo caso, estos tribunales han desaparecido formalmente en las leyes militares desde 1985.

6. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL

Entre los derechos fundamentales especialmente protegidos resta el derecho a la educación del artículo 27. Más allá de las libertades de la enseñanza, ya comentadas, se trata quizá del único derecho fundamental esencialmente prestacional, por cuanto “La enseñanza básica es obligatoria y gratuita” (art. 27. 4º). “El derecho de todos a la educación ... incorpora junto a su contenido primario de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho” (sentencia 86/85, de 10 de julio, FJ 3º). Es más, la educación a recibir no puede ser cualquiera, sino aquella que transmite los valores democráticos y de libertad (art. 27. 2º). Este derecho supone el derecho y deber de la escolarización de los menores (sentencia 24/1994, de 24 de enero, FJ 2º), en la enseñanza reglada; incluye una educación con unas garantías mínimas de calidad (sentencia 5/81, de 13 de febrero FJ 27º b)); la no arbitrariedad en las medidas disciplinarias educativas (FJ 28º); la estabilidad de los profesores (sentencia 77/1985, de 27 de junio FJ 26º); un procedimiento que haga posible las pruebas o exámenes (auto 855/1987, de 8 de julio, FJ 2º). Cabe advertir que no incluye la prestación de los poderes públicos del derecho a recibir la educación en la lengua de preferencia de los padres (sentencia 195/1989, de 27 de noviembre, FJ 3º), si bien obliga a recibir la educación en una lengua que los alumnos puedan comprender y asumir los contenidos (sentencia 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 11º). En el auto 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4º, se asevera que el derecho a la educación incluye la facultad de elegir centro docente por los padres (no como exigencia prestacional al Estado), así como el derecho a acceder al centro escolar elegido y su correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo, y por ende, de no ser expulsado arbitrariamente. El artículo 27. 7º garantiza la participación de profesores, padres y alumnos en control y gestión de todo centro sostenido con fondos públicos, así como la participación en la programación de la enseñanza (apartado 5º).

Cabe señalar que las máximas dificultades al respecto de este derecho se dan desde el punto de vista competencial, con relación con los artículos 149. 1. 30ª y 15º respecto de universidades. La educación es una materia asumida –hace mucho tiempo en muchos casos- por las Comunidades Autónomas. Sobre el tema, entre otras, sentencias 6/1982, de 22 de febrero y 48/1985, de 28 de marzo, y sobre universidades, sentencia 26/1987, de 27 de febrero. La regulación de la educación es muy amplia, destacando la reciente Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación y la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades.

IV. El resto de derechos, deberes y “principios” reconocidos en el Título I y en la Constitución

1. LOS DERECHOS Y DEBERES RECONOCIDOS EN LOS ARTÍCULOS 30 A 38

La Sección 2º (arts. 30-38) se titula “De los derechos y deberes de los ciudadanos”. En razón de los artículos 53, 81 y 168, éstos gozan de garantías diferentes a los reconocidos en los artículos 15 a 29. En todo caso, lo bien cierto es que más allá de tales garantías concretas, doctrinal, jurisprudencial y normativamente estos derechos quedan bastante devaluados en su fundamentalidad. De ahí que parte de la doctrina tan siquiera los considere derechos fundamentales. Entre los derechos ahí reconocidos pueden llamar la atención por su importancia:

- el derecho a la propiedad privada y a la herencia, cuyo contenido está delimitado por la ley según su función social. Se incluye la garantía de no privación de bienes y derechos sin causa justificada y con indemnización (art. 33).

- El derecho al matrimonio en plena igualdad (art. 32. 1º). Al respecto de este derecho está pendiente sentencia del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de “matrimonio” entre personas del mismo sexo en razón de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil; y

- el derecho y deber al trabajo y libre elección de profesión para los “españoles” (art. 35).

Asimismo, en esta Sección segunda se reconoce:

- el derecho y deber de defensa para los españoles, con garantía de objeción de conciencia respecto del servicio militar –suspendido indefinidamente desde 2000- así como los posibles deberes de los ciudadanos para algunas situaciones (art. 30).

- el deber de contribuir a los gastos públicos según su capacidad, bajo los principios de igualdad y progresividad. Se incluye una reserva de ley para prestaciones personales o patrimoniales (art. 31).

- derecho de fundación para fines de interés general, con las garantías del artículo 22. 2º y 4º (art. 34).

- Remisión a la ley para regulación de los Colegios profesionales y el ejercicio de profesiones tituladas (art. 36).

- El artículo 37 debe vincularse con el artículo 28 de libre sindicación y huelga, reconoce el “derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios” así como el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con garantías de servicios esenciales (art. 37).

- La garantía institucional de la “libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38), que debe armonizarse con los artículos 128 y ss. (Título VII).

2. DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA (ARTS. 39 A 52)

La mayoría de los principios que se encuentran en el Capítulo III del Título I son expresión del carácter social del Estado y su papel promocional (arts. 1. 1º y 9. 2º). La terminología de “principios” parece acorde al artículo 53. 3º para subrayar que su fuerza normativa es muy relativa y en modo alguno nos encontramos ante derechos fundamentales o tan siquiera derechos. Ello es así, a pesar de que hasta en cuatro ocasiones se utiliza la fórmula del reconocimiento de un “derecho”, con el valor simbólico que ello pueda tener: así, el “derecho a la protección de la salud” (art. 43), el “derecho” de “acceso a la cultura” (art. 44); el “derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” (art. 45) y el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47).

En general, se abordan colectivos que merecen la atención del legislador y los poderes públicos (familia, hijos y madres –art. 39-, trabajadores –art. 40- y trabajadores en el extranjero –art. 42-, juventud –art. 48-, discapacitados –llamados “disminuidos”, art. 49-, tercera edad –art. 50-, consumidores y usuarios –art. 51-, organizaciones profesionales –art. 52-). Entre los mandatos de promoción muy genéricos, en ocasiones se advierten algunas imposiciones más concretas al legislador o a poderes públicos: igualdad de los hijos con independencia de la filiación y de las madres con cualquier estado civil, imposición procesal de pruebas de paternidad (art. 39. 2º); deber de regular sanciones penales o administrativas y obligación de reparar daños causados al medioambiente (art. 45. 3º); necesaria regulación de sanciones penales por atentados contra el patrimonio histórico, cultural y artístico (art. 46); mandato de que la comunidad participe de las plusvalías de la acción urbanística (art. 47); que la estructura interna y funcionamiento de las “organizaciones profesionales” han de ser democráticos (art. 52). De igual modo, parece que se configuran o reconocen algunas garantías institucionales (protección de la familia –art. 39-, así como se obliga a la existencia de un sistema público de Seguridad Social –art. 41-, de salud pública –art. 43-, un “sistema de servicios sociales” –art. 50- y las “organizaciones profesionales” –art. 52-).

3. OTROS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN

Fuera del Título I que ha centrado la atención, se reconocen diversos derechos constitucionales. Ya se señaló respecto del Título Preliminar el derecho de usar y la obligación de conocer el castellano (art. 3, sentencia 82/1986, de 26 de julio). En ocasiones se trata de derechos vinculados a un derecho fundamental (ejemplo: derecho de sufragio de españoles fuera del territorio –art. 68. 5º- o igualdad de los españoles en el territorio -arts. 139. 1º o 149. 1º. 1ª). Muchas veces el reconocimiento del derecho queda muy relativizado por la remisión a la regulación legal. Entre estos derechos constitucionales cabe señalar: el derecho de acceso a los archivos y registros y derechos participativos del artículo 105 (en la Seguridad Social, art. 129), el derecho a ser indemnizados por lesiones causadas por el funcionamiento de los servicios públicos (art. 106. 2º); la participación en la justicia por medio de la acción popular en el ámbito penal o a través del jurado (art. 125). También, la obligación de justicia gratuita (art. 119) o del derecho de indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de justicia (art. 121).

QUINTO. PRÁCTICAS

Según el desarrollo del curso, el profesor introducirá alguno de estos supuestos para la aplicación práctica de los “pasos” y análisis de derechos fundamentales.

Práctica 1. Eficacia de derechos entre particulares. Extranjería y diversos derechos

Javier, de 14 años de edad, es inmigrante en situación de ilegalidad en el país, como sus padres que lo acompañan. Javier es portador del virus del SIDA. Ante el temor por la enfermedad (temor infundado científicamente, pero real), la dirección de la piscina a la que asiste regularmente a aprender a nadar (regida por un consorcio de una fundación privada y un patronato municipal de deportes) le comunica que deberá abandonar el centro. Javier vive en una población de unos 7.000 habitantes, por lo que el hecho de la enfermedad y de la expulsión es difundido en una emisora local. La noticia no cita el nombre del niño, pero del contexto de la información Javier puede ser fácilmente identificado por los oyentes. Seguidamente, los padres de Javier acuden al sistema sanitario público a solicitar atención médica para su hijo. En un primer centro la atención les es denegada, por no encontrarse la familia en situación de legalidad en el país.

Práctica 2. Derechos de la personalidad y concurrencia con otros derechos y garantías

(la normativa que se aporta puede estar modificada o ser figurada a los propósitos de esta práctica). Ello no obsta para que se informe todo lo pertinentemente que considere para la mejor realización de la misma.

El Artículo 90 del Código penal dispone:

“1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.”

Entre estas reglas o medidas están:

“Prohibición de acudir a determinados lugares.

Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, o de comunicarse con ellos.

Prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida.

Comparecer personalmente ante el juzgado o tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

La obligación de residir en un lugar determinado.

La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.”

Por su parte, el Reglamento de la ley penitenciaria dispone:

Artículo 200. Control del liberado condicional.

1. Para su adecuado seguimiento y control, los liberados condicionales se adscribirán al Centro penitenciario o al Centro de Inserción Social más próximo al domicilio en que vayan a residir....

3. Con este fin, la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de los penados, elaborará un programa individualizado para el seguimiento de los liberados condicionales que se adscriban al Centro penitenciario, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo.

Caso:

Sobre estas bases, el Ministro de Interior dicta una Orden Ministerial por la que se aprueba el uso de brazaletes electrónicos en el marco de la aplicación de la libertad condicional. En virtud de lo dispuesto en dicha orden, para disfrutar de la libertad condicional todo recluso debe aceptar que se coloque en su brazo un aparato electrónico que permitirá a la Administración penitenciaria conocer en todo momento su ubicación geográfica y supervisar el cumplimiento de la libertad condicional en sus términos propios. Según se indica en la exposición de motivos de esta Orden, la misma permite a los jueces que, siempre dentro de su independencia, flexibilicen los criterios para otorgar la concesión de la libertad condicional a los presos.

La señora Mora Dastá, de nombre Elena condenada a prisión, ha pasado a tercer grado penitenciario y ya ha extinguido más de tres cuartas partes de la condena. Asimismo, tiene informe favorable de buena conducta y reinserción. Al comprobarse estas condiciones el Juez competente considera oportuno otorgar la libertad condicional con aplicación del brazalete electrónico localizador y así lo resuelve por medio de un auto. El brazalete tiene unas dimensiones de 12 centímetros de largo, 6 de ancho y dos de grueso, y se le aplica en el brazo izquierdo. Cuando llega el periodo estival, resulta muy difícil ocultarlo, por lo que es bien sencillo reconocer su presencia para la gente, que conoce la existencia de brazaletes electrónicos.

1º Identifique las posibles injerencias que se dan en el supuesto relatado y de forma prioritaria, señale qué derechos fundamentales pueden ser los afectados.

2º Ya de forma separada, delimite los derechos en juego explicando (especialmente si cree que hay dudas, porqué ese o esos derechos están en juego en cada injerencia).

3º A continuación, analice separadamente si cada una de las posibles injerencias son o no admisibles constitucionalmente (si considera que son muy afines algunas de ellas, puede refundir este análisis en alguna ocasión). Recuerde que lo más importante es su fundamentación.

4º Si en algunas de las injerencias analizadas considera que se da una inconstitucionalidad, exponga cómo podría adoptarse esta intervención en el derecho para que sí fuera constitucional.

Práctica 3. Partido político-asociación y eficacia entre particulares

El Sr. Ticuado, de nombre Sebastián, forma parte de la Asociación socio-cultural “Con Franco Se Vivía Mejor” (CFSVM), debidamente inscrita. Como asociado participa en las reuniones periódicas donde se recuerdan con nostalgia tiempos pretéritos de restricción de los derechos y libertades. En una de estas reuniones Sebastián discrepa educadamente con el Presidente de la CFSVM sobre el apoyo norteamericano al régimen franquista en los años cincuenta.

A la semana, Sebastián Ticuado recibe una notificación en la que el Presidente le comunica que, instruido el oportuno expediente, la comisión disciplinaria ha decidido suspenderle por un año de su condición de asociado y todos los derechos dimanantes de tal condición sobre la base del tipo disciplinario recogido en los estatutos: “negativa a cualquier discrepancia ideológica respecto del régimen de Franco respecto de los órganos directivos de la asociación” (artículo 20 Estatutos).

De igual modo, en la comunicación se recuerda el artículo 24 de tales Estatutos, según el cual “las decisiones de cualquier órgano de la Asociación serán inapelables ante la misma, así como irrecurribles ante la jurisdicción ordinaria”, siendo que la contravención de lo dispuesto implica la expulsión inmediata de la asociación.

Malhumorado ante la decisión de suspensión, Sebastián acude a ud., experto especialista en materia de derechos fundamentales, debiendo ud. informarle sobre todas las cuestiones de interés para la defensa de su situación jurídica.

Especial atención al contexto jurídico, disección de posibles intromisiones y a las vías de protección

Práctica 4. Igualdad

(sin perjuicio de informarse oportunamente, realice esta práctica sobre la base de los datos normativos que se ofrecen en el caso).

El Sr. Legio, de nombre Paco, tiene una discapacidad física evaluada como del 35% por la Seguridad Social. Pretende acceder a la función pública en el Ayuntamiento de Valencia. El Ayuntamiento ha convocado 100 plazas de Grupo C. En la normativa de dicha convocatoria se prevé la reserva de un 5% de plazas para discapacitados que presenten una discapacidad superior al 25%. A las cinco plazas de la cuota acceden aquellos discapacitados que –habiéndose superado la oposición– no obtendrían plaza si se les integrara en el orden de calificaciones con el resto de los aspirantes. Dicha normativa es conforme a la ley estatal de integración de los discapacitados que establece la misma cuota y mecanismo. El temario, pruebas y exigencias es

exactamente el mismo para discapacitados y quienes no lo son. Sin perjuicio de ello, se establecen unos baremos que incrementan las notas del examen en virtud del porcentaje de discapacidad entre quienes superen el 25% con un sistema de ponderación. La máxima incapacidad podría elevar la nota de examen hasta dos puntos respecto de quien contando con la mínima (25%) obtuviese la misma calificación.

Así las cosas, Paco se presenta y obtiene la plaza tras las fases de examen y concurso. Su evaluación final fue la de 7,76, que aplicada la ponderación supuso 8.04.

Una vez ponderadas las calificaciones, entre los aprobados se establece un escalafón para atribuir las plazas. Dicho escalafón reúne a todos los que superan la oposición (discapacitados o no). El ayuntamiento prevé que ante la misma calificación, se sitúe por delante a la mujer, si la hay. En esta situación, con igual calificación que la Sra. Montse Rano, de nombre Maruja, Paco pierde la plaza que quería al lado de su casa.

Ya ocupando su plaza atribuida, se entera de que otro opositor, que obtuvo un 7.98, varón de 40 años no impedido, ocupa una plaza en el mismo centro de al lado de su casa. Por lo que sabe, es sobrino de un Concejal y todo parece indicar que ha sido favorecido.

(esta parte de la práctica se realiza sólo bajo las indicaciones previas del docente)

Asimismo, en su lugar de trabajo, realiza unas funciones idénticas que su compañero Fermín, que no obstante, es del grupo B, motivo por el cual su salario es mayor. Fermín también cobra un complemento especial de productividad que el Jefe de Sección atribuye anualmente sobre la base de criterios de días efectivamente trabajados y valoración personal de la eficacia. Paco tampoco tiene este complemento; siendo que lo solicita; pero como su discapacidad le provoca no pocos días al año de baja, resulta rechazado de un lado por los días efectivamente trabajados, y de otro, porque el Jefe de Sección atribuye a Fermín y otros compañeros mayor evaluación de rendimiento.

Fije especialmente su atención a las vías de impugnación posible frente a estos hechos.

Práctica 5. Libertades públicas en ámbito universitario e igualdad

El Sr. Cupa, de nombre, Mariano, estudia Biología en la Universitat de Valencia y forma parte de la Asociación de Estudiantes "Okupa la Universitat" (que goza de una representación importante en aquella Facultad). Esta asociación es muy crítica con el equipo decanal de Biología. Mariano, junto con diversos de sus compañeros, ha impreso en la reprografía de la universidad unos carteles. Uno de ellos consiste en la reproducción fotográfica de un famoso mural cubano que consiste en la foto del "Che" con la leyenda "Todos los medios de lucha son legítimos para acabar con el

capitalismo". Al pie del cartel figura "Asociación de Estudiantes Okupa la Universitat". El otro cartel consiste en un montaje que simula la cabeza del Decano cortada en un cerco de sangre acompañada del lema "Abajo los fascistas del Decano y la AED". La AED es la Asociación de Derechas de la Facultad. Los carteles son situados en las paredes de varios pasillos de las Facultad de Biología, como muchos otros carteles de publicidad y de propaganda, muchos de los carteles de la Asociación están fuera de los siempre saturados tabloneros reservados para los carteles. Al día siguiente, todos los carteles de esta asociación han sido retirados por órdenes del equipo decanal y los paquetes de carteles que quedaban en reprografía han quedado bajo el poder del equipo decanal.

Días después, se resuelve la Convocatoria de Ayudas culturales a Asociaciones de Estudiantes de Biología. La Asociación "Okupa la Universitat" no ha recibido ninguna de las dos modalidades de ayuda que había solicitado. En la denegación de una de las ayudas se indica que "La actividad cultural propuesta no se entiende del interés y objeto de la convocatoria a juicio de la comisión evaluadora". La denegación de la otra ayuda indica que se ha rechazado por no haber aportado con la documentación el proyecto de facturas que se indicaban en las bases de la convocatoria. Mariano sabe por sus colegas de otras asociaciones que sí obtuvieron la ayuda, que nadie presentó dichos proyectos de facturas.

SEXTO. SELECCIÓN DE RECURSOS Y BIBLIOGRAFÍA

Tras casi tres décadas desde la Constitución de 1978, la doctrina española en materia de derechos fundamentales es extraordinariamente rica, dándose, incluso un exceso de producción que hace casi imposible seguir las novedades al respecto. Dados los medios informáticos, pierde sentido hacer referencia bibliográfica sobre derechos fundamentales que no pretenda ser selectiva. Para una aproximación bibliográfica extensa, me remito, por todos, a ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (Dir.), *Constitución Española. 25 años de bibliografía*, (2ª ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, con más de 13.000 monografías, capítulos y artículos de libro, sistematizadas por temas, entre ellos, los relativos a derechos fundamentales. A la obra en papel, cada día se añaden más valiosos recursos en la red, algunos de los cuales son de una utilidad e interés académico fenomenales, como se expone.

1. Recursos básicos en internet

En tanto en cuanto se contienen numerosas referencias de jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, cabe recordar que el acceso a su jurisprudencia es libre en su sitio web (www.tribunalconstitucional.es). La cita de sus resoluciones es sencilla *nº de resolución/año de la resolución*. Así, la sentencia 12/2007 es la sentencia que se dictó en 12º lugar en dicho año. Con ese número de referencia pueden ser fácilmente localizadas. Además de sentencias hay “autos” y, excepcionalmente “Declaraciones” (dos hasta 2007) que pueden ser de interés.

Por cuanto a la normativa, básicamente cabe seguir las leyes orgánicas (art. 81) cuyo sistema de referencia es similar (ejemplo, Ley orgánica 1/1982, la primera que se dictó ese año) y es bien sencillo acceder a su texto completo en numerosos sitios, si bien es recomendable el “Código de Derechos fundamentales” de <http://constitucion.rediris.es>, al que luego se hace referencia.

Son ya innumerables y excelentes los recursos y herramientas en la materia. Sin perjuicio de omitir muchas posibles, permito concentrar toda la atención en las que siguen, siendo accesibles como punto de partida en www.cotino.net en tanto he dispuesto un enlace básico a las mismas. Como punto de partida para cualquier recurso jurídico, los enlaces de *Derecons* son, a mi juicio, lo más recomendable.

1. 1. RED ACADÉMICA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, “DERECONS”

Por todos, hay que destacar el trabajo que desde la Universidad de Oviedo se lleva a cabo en DERECONS (Red Académica De Derecho Constitucional), accesible en <http://constitucion.rediris.es>. Se trata del mejor referente jurídico para Derecho constitucional en español, del que me permito destacar sus códigos (todos accesibles a partir de www.cotino.net):

- "Código de Derechos fundamentales" con toda la normativa y jurisprudencia seleccionada. Nótese que se incluye una espléndida selección de jurisprudencia, inigualable en la red.

- "Código de Derecho constitucional" con todas las normas básicas del Estado sistematizadas por áreas.

- "Códigos de referencia" con las normas más importantes en los ámbitos administrativo, penal, civil, financiero, laboral y mercantil.

1. 2. MATERIALES DOCENTES DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

De igual modo, desde hace ya muchos años en la red, desarrollada por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid., los "Materiales de Derecho Constitucional", con su sección interactiva de derechos fundamentales, sigue siendo una excelente herramienta:

<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/matriz.htm>

en concreto lo relativo a los derechos fundamentales

<http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/derechosfund.html>

1. 3. OTROS RECURSOS MUY IMPORTANTES

Cabe recordar el gran interés y valor de las memorias del Tribunal Constitucional, disponibles en su sitio de internet (www.tribunalconstitucional.es) con relación a los recursos de amparo. En las mismas puede seguirse con sencillez las aportaciones más importantes en la doctrina jurisprudencial respecto de cada de derecho. Es una fuente muy recomendable.

Asimismo, es imprescindible el sitio del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, que implanta paulatinamente recursos, repertorios y monografías, si bien, me permito ahora destacar, como pueda ser el acceso directo a las revistas, entre otras la Revista Española de Estudios Constitucionales y la Revista de Estudios Políticos, entre otras.

Para el ámbito de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, www.derechotics.com, con su repertorio "Documentos TICS" con secciones de e-libertades, e-democracia, etc.

En general, del ámbito privado y gratuito, para referencias normativas, www.juridicas.com sigue siendo muy completo y actualizado.

1. 4. FUENTES JURISPRUDENCIALES

Recuérdese la inigualable selección jurisprudencia en el Código de derechos fundamentales de Derecons. Asimismo, es recomendable acceder a partir de los enlaces

de Derecons a una innumerable cantidad de recursos, entre ellos, las bases de datos jurisprudenciales:

HUDOC del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: base exhaustiva, completa y muy sencilla de manejar, con diversos campos y estrategias de búsqueda, sólo inglés-francés.

<http://hudoc.echr.coe.int/redirectEnglish.htm>

Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (desde 1997) (español).

<http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>

Tribunal Constitucional español: base muy sencilla de manejar, con diversos campos y estrategias de búsqueda del Tribunal Constitucional.

http://www.boe.es/g/es/bases_datos/tc.php

2. Selección de bibliografía

Me permito hacer una selección bibliográfica básicamente de manuales y monografías, sin incluir tampoco aquellas obras relativas a derechos fundamentales en particular. Antes al contrario, la siguiente selección se centra en obras de interés y teoría general de los derechos fundamentales, ámbitos y categorías de interés también básico y manuales de referencia. Asimismo, me he permitido concentrar las obras básicas de referencia en el curso.

2. 1. OBRAS BÁSICAS DE DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS Y TEORÍA GENERAL

En el ámbito de la teoría general de los derechos, me permito destacar dos trabajos. Por su vocación pedagógica, su claridad y generalidad, no centrado únicamente en España, así como por su selección bibliográfica, resulta un recurso básico para la teoría general ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005. Un referente esencial, quizá algo más complejo para un iniciado, pero centrado en la dogmática española es la obra colectiva, BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

La teoría general de los derechos fundamentales es, ciertamente, compleja. A continuación me permito destacar algunas obras indispensables.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

BÖCKENFÖRDE, Ernst .W, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

FREIXES SANJUÁN, Teresa: *Constitución y Derechos Fundamentales. I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992. También, bien útil “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 11-12, págs. 97-115.

HABËRLE, Peter, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, trad. C. Ramos, Madrid, 1997.

LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

MARTIN RETORTILLO, Luis, y DE OTTO PARDO, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Eudema Universidad, Madrid, 1991

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1995 (5.ª ed.).

ZAGREBLESKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, (2ª ed.), Trotta, [s.l.], 1997

2. 2. SELECCIÓN DE OBRAS RELATIVAS A DIVERSAS CUESTIONES GENERALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A) TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

Respecto de la titularidad de derechos fundamentales, me permito destacar algunos trabajos:

VIDAL FUEYO, Camino, *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

ALÁEZ DEL CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, págs. 49-107, 2002.

B) EFICACIA DE LOS DERECHOS

Sobre la eficacia de los derechos, ya en ámbitos especiales públicos, ya entre privados, cabe destacar los siguientes trabajos. Respecto del ámbito público, ABA

CATOIRA, Ana, *La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos*, Tecnos, Madrid, 2001 y, sobre todo, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994.

Respecto del ámbito privado, BILBAO UBILLOS, Juan M, La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares : Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional , BOE- CEC, Madrid, 1997; HESSE, Konrad, *Derecho constitucional y Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1995; INGO VON MUNCH y FERRER I RIBA, Josep, *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, (coor. Pablo Salvador Coderch), Civitas, Madrid, 1998 y NARANJO DE LA CRUZ, Rafael, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

C) CATEGORÍAS DE GARANTÍA INSTITUCIONAL Y LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS

Respecto de las categorías de garantía institucional y la dimensión objetiva de los derechos, 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 y 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.

D) IGUALDAD

Particular interés requiere el tratamiento de la igualdad. Sin perjuicio de otros trabajos, considero indispensables, REY MARTINEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995 y, sobre todo, GIMÉNEZ GLUCK, David, *El juicio de igualdad*, Civitas, 2004.

E) DERECHOS SOCIALES

Respecto de los derechos sociales, aunque ya relativamente antiguos, siguen teniendo interés GARCÍA MACHO, Ricardo, *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*, IEAL, Madrid, 1982 y CASCAJO CASTRO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988. Actuales y de todo interés, aunque de difícil acceso hay que remitir al trabajo de Rodolfo Arango, con prólogo de Robert Alexy, así como al trabajo de ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

F) PROPORCIONALIDAD

Una atención centrada en la proporcionalidad, de indudable importancia para los derechos fundamentales: AA.VV. *Cuadernos de Derecho Público*, INAP, nº 5, diciembre

de 1998, monográfico dedicado al principio de proporcionalidad; BERNAL PULIDO, Carlos, “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

2. 3.. DERECHO EUROPEO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, AUTONOMÍAS E INTEGRACIÓN DE SISTEMAS DE DERECHOS

Con carácter general sobre la relación entre sistemas de derechos, SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, así como otras obras de este autor.

Por cuanto al CEDH y la obra jurisprudencial del TEDH, hay dos aportaciones sistemáticas muy recientes y de una calidad excelente, referencias obligadas para cualquier aproximación a la obra del TEDH:

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, (coord.) Convenio europeo de derechos humanos : comentario sistemático, Civitas, Madrid, 2004.

GARCÍA ROCA, Francisco Javier y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo (coords.), La Europa de los derechos : el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Para el ámbito de la Unión Europea, aunque desactualizado sigue siendo muy útil el trabajo de CHUECA SANCHO, A.: Los derechos fundamentales en la Unión Europea, Barcelona, Bosch, 1999, 2ª ed. Entre los trabajos recientes, cabe destacar, JIMENA QUESADA, Luis, Sistema europeo de derechos fundamentales, Madrid, Colex, 2006.

Para una perspectiva autonómica, hasta la “fiebre” del Estatut de Cataluña aprobado finalmente en 2006, cabe destacar CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario, CEPC, Madrid, 2001. Después del Estatut de Cataluña se ha generado una valiosa doctrina, aunque en cierto modo, sobre hechos consumados (ejemplo: DÍEZ PICAZO, Luis M^a, “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78 (Septiembre-Diciembre 2006) y ARAGÓN REYES, Manuel, “Sí, pueden : (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79 (2007), págs. 9-32).

2. 4. MANUALES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A riesgo de omitir alguna aportación también relevante, me permito señalar algunas de las aportaciones más destacables en la manualística española en el ámbito de los derechos fundamentales:

ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional* (vol. 2), Tecnos, Madrid, 2000 (3ª ed.).

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coord.), *Temas de derecho constitucional*, Cedecs, Barcelona, 1998-.

ARAGÓN REYES, Manuel, *Temas básicos de derecho*, Civitas, Madrid, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN y otros, *Derecho constitucional, vol. II. , Derechos y libertades fundamentales ; Derechos constitucionales ; Instituciones y órganos constitucionales*, Tecnos, 2002.

DÍEZ PICAZO, Luis-María, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. *Derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, edición de 2006.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Derecho constitucional, vol. II Derechos y deberes constitucionales*, Tirant lo Blanch, ult. Edición.

PECES BARBA, Gregorio, *Curso de Derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1995.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (9ª ed.).

RUBIO LLORENTE, F. (dir.): *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades* (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios del Derecho Constitucional español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2 vols., Madrid, 1998, (4.ª ed.).